

CLAUSOLE GENERALI E PRINCIPI COSTITUZIONALI di Federico Pedrini* (29 giugno 2015)

Sommario: § 1. – Le clausole generali tra teoria dei diritti fondamentali, teoria dell'interpretazione giuridica e concetto di diritto. § 2. – Schema dell'indagine. § 3. – 'Clausole generali' e 'principi costituzionali' tra *Jurisprudence* e *Meta-Jurisprudence*. § 3.1. – Trappole terminologiche. § 3.2. – Il meta-piano stipulativo. § 4. – Le clausole generali. § 4.1. – Le clausole generali come elementi di "tecnica legislativa". § 4.2. – L'indeterminatezza delle clausole generali. § 4.3. – Vaghezza da rinvio e pluralità degli standard. § 4.4. – La concretizzazione delle clausole generali. § 4.4.2. – Individuazione del criterio di giudizio e sua specificazione. § 4.5. – La differenziazione funzionale. § 5. – Principi costituzionali e clausole generali. § 5.1. – I principi costituzionali come principi morali. § 5.2. – I principi costituzionali come precetti di ottimizzazione. § 6. – Postilla: clausole generali e principi costituzionali tra pragmatica e metodologia interpretativa.

§ 1. – *Le clausole generali tra teoria dei diritti fondamentali, teoria dell'interpretazione giuridica e concetto di diritto*

La problematica delle clausole generali parrebbe interessare tutti e tre i filoni di ricerca del volume in cui appare questo saggio: teoria dell'argomentazione giuridica, teoria dei diritti fondamentali (in quanto teoria dei principi), concetto e natura del diritto.

Oltre a quanto specificamente si dirà con riferimento al rapporto tra clausole generali e principi, basti pensare – da un lato – al fatto che le clausole generali, così come sono state tradizionalmente intese, parrebbero gettare un "ponte" tra l'ordinamento giuridico e altri sistemi normativi meta-giuridici, potendo in tal modo significativamente influire sul concetto di diritto e sulla sua connessione (necessaria o quanto meno possibile) con la sfera della morale. E siccome – dall'altro lato – la giustificazione relativa all'esistenza, al contenuto e alle modalità di accertamento di quei particolari "oggetti" costituiti dalle regole meta-giuridiche richiamate dalle clausole generali costituisce evidentemente uno dei casi particolari (e più complessi) dell'argomentazione giuridica, spesso al confine con l'argomentazione morale *tout court*, pure la rilevanza delle clausole generali sul piano della teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica parrebbe evidente.

Il dato non deve stupire. Trattandosi non solo, come ben noto, delle tre principali linee d'indagine del pensiero di Robert Alexy, ma di altrettanti architravi della teoria giuridica tutta, è persino ovvio osservare come tali tematiche siano, di per sé, tra loro strettamente interconnesse¹. E se a ciò s'aggiunge, come pure è stato detto, che «nel mondo moderno non è pensabile venir a capo dei problemi del diritto senza le clausole generali»², supporre di riuscire a indagare queste ultime affrontando uno (soltanto) di questi snodi teorici senza

* *Alma Mater Studiorum* – Università degli studi di Bologna e Università degli studi di Modena e Reggio Emilia. Questo saggio è la versione italiana, con pochi adattamenti, del saggio in corso di stampa in lingua portoghese PEDRINI, Federico. *Cláusulas Gerais e Princípios Constitucionais*, in TOLEDO, Cláudia (coord.). *Direito, Razão e Institucionalização*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, volume internazionale di studi dedicato al pensiero di Robert Alexy, di prossima traduzione in inglese (a cura di C. Toledo) col titolo *Law, Reason and Institutionalization – Theory of Legal Argumentation, Theory of Fundamental Rights, Concept and Nature of Law*.

¹ Lo ha comunque ricordato ancora di recente lo stesso Alexy in PEDRINI, Federico. *Colloquio su Principi, Diritto e Giustizia. Intervista al Prof. Robert Alexy (Kiel, 27 febbraio 2014)*. In: *Lo Stato*. Modena: Mucchi, n. 2, 2014, p. 130, osservando come «questi tre elementi devono essere intesi come unità, come sistema».

² RÜTHERS, Bernd. *Die Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 266.

imbattersi in problematiche proprie (anche) degli altri due costituirebbe, nel migliore dei casi, una speranza alquanto ingenua.

La scelta di concentrarsi qui specificamente sull'interazione tra il concetto di clausola generale e quello di principio, pertanto, non soltanto non esclude incursioni anche sul piano della teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica o su quello della riflessione intorno alla "natura" del diritto, ma fatalmente le impone.

Le riflessioni di carattere squisitamente teorico-giuridico e argomentativo, tuttavia, si potranno mantenere sullo sfondo, circoscrivendole nei limiti dello stretto essenziale, per due ordini di ragioni *oggettive*, che si assommano a quelle *soggettive* legate alla provenienza dello scrivente dagli studi del diritto positivo e non a quelli della teoria o della filosofia del diritto.

Il primo ordine di ragioni concerne una caratteristica operativa e metodologica propria di ogni seria riflessione sui diritti fondamentali. La dogmatica sviluppata sui diritti fondamentali come principi costituisce, infatti, una sorta di "punto di approdo" della teoria giuridica mondiale contemporanea. Di quest'ultima rappresenta forse il principale crocevia teorico, e in questo crocevia *necessariamente* s'incontrano e si confrontano la dimensione "ideale" e quella "reale" degli ordinamenti giuridici. Essa (dogmatica), pertanto, non soltanto *presuppone* opzioni di carattere teorico-generale, ma insieme offre anche il miglior banco di prova per *verificarne* (o confutarne) *la tenuta* "sul campo", con esempi concreti riconducibili a specifiche disposizioni costituzionali e alla loro effettiva applicazione³. Ebbene, proprio di tale (maggior) concretezza, nonché della maggiore specificità che può riuscire soltanto da circostanziati processi di esemplificazione, sembrerebbe molto potersi giovare anche la riflessione sulle clausole generali⁴, la quale (riflessione) il più delle volte è stata viceversa condotta in modo altamente indifferenziato e a livelli di astrattezza tali da renderla poco o punto intelligibile.

Il secondo ordine di ragioni riguarda invece un elemento di specifica affinità tematica tra i principi (e i diritti fondamentali come principi) e le clausole generali. Le clausole generali, invero, a prima vista parrebbero vantare coi principi una connessione contenutistica e strutturale particolarmente stretta. A volte, invero, le clausole generali sono indicate come *sinonimo* di quel che da altri è individuato come diritto o principio fondamentale⁵, altre volte i principi sono presentati come *archetipi* delle clausole generali⁶. E neppure sono mancati i casi in cui il rapporto "privilegiato" tra principi e clausole generali parrebbe anche "di secondo grado", esprimendosi (oltre che direttamente, pure) indirettamente al livello di

³ Cfr. paradigmaticamente, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994, trad. it. a cura di L. Di Carlo, *Teoria dei diritti fondamentali*. Bologna: il Mulino, 2012, p. 39: «qui si tratta di una teoria giuridica, meglio, di una teoria generale giuridica dei diritti fondamentali della Legge Fondamentale. Non si tratta pertanto, né di una filosofia dei diritti fondamentali indipendente dal diritto positivo, né di una teoria sociologica, storica o politologica. Quello che ci si può attendere si può designare, in termini classici, come parte generale della dogmatica dei diritti fondamentali».

⁴ Per un primo tentativo in tal senso con specifico riferimento all'intersezione tra clausole generali e piano costituzionale v. PEDRINI, Federico. *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*. In: *Quaderni costituzionali*. Bologna: il Mulino, XXXII, n. 2, 2012, p. 295 ss., poi ripreso e sviluppato più ampiamente in PEDRINI, Federico. *Le „clausole generali“. Profili teorici e aspetti costituzionali*. Prima ristampa riveduta e corretta. Bologna: Bononia University Press, 2014, p. 181 ss.

⁵ Cfr., testualmente, KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 197, dove si parla di «clausole generali lapidarie»; o ancora DREIER, Ralf. *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*. In: DREIER, Ralf. *Recht, Moral, Ideologie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981, p. 112, il quale parla di «agglomerati di clausole generali e concetti-plastilina».

Non a caso, entrambi gli autori sono citati nelle primissime pagine dell'*Introduzione* alla monografia di Robert Alexy dedicata ai diritti fondamentali. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 35-36.

⁶ V., ad esempio, DI MAJO, Adolfo. *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, 1984, p. 544.

quel meta-criterio (o principio) costituito dalla *proporzionalità*⁷ o – secondo un lessico maggiormente in uso in Italia – dalla *ragionevolezza*⁸. Il principio della proporzionalità (o ragionevolezza), infatti, oltre a essere concepito, esprimendone la “legge” di reciproca ponderazione, come la necessaria modalità di funzionamento dei diritti fondamentali e dei principi (ed eventualmente anche delle clausole generali intese come principi) sarebbe esso stesso da considerare in termini di clausola generale⁹.

Anche solo a partire da queste sintetiche premesse, allora, parrebbe non privo d'interesse riflettere un poco più in profondità sul rapporto sussistente tra due figure giuridiche – clausole generali e principi – che *prima facie* sembrerebbero presentare più di una “somiglianza di famiglia”.

Detto questo, non ci si illude di esaurire una tematica evidentemente troppo ricca di complessità, ambiguità, implicazioni e complicazioni per poter essere adeguatamente e compiutamente scandagliata nello spazio qui a disposizione. L'auspicabile utilità di questo studio sarà piuttosto quella di offrire un primo contributo ad una più ampia e completa indagine sul tema, mappando la problematica e fornendo un preliminare corredo di strumenti di riflessione e comprensione che consentano, se non di *risolvere*, quanto meno di *inquadrare* con accresciuta chiarezza alcune delle grosse questioni teoriche e giuridiche coinvolte. Se di queste ultime non sempre si arriverà ad offrire una risposta netta *nel merito*, spero almeno *nel metodo* di non tradire troppo lo “spirito” tenacemente analitico di Robert Alexy, al cui pensiero questo volume e (*si parva licet componere magnis*) questo saggio sono dedicati¹⁰.

§ 2. – Schema dell'indagine

Lo scritto sarà articolato in tre parti, completate da una postilla finale.

In una prima sezione si cercherà di chiarire lo specifico (meta-)piano teorico in cui parrebbe collocarsi la riflessione sulle *categorie* delle clausole generali e dei principi costituzionali, evidenziando le insidie terminologiche più frequenti, sottolineando la natura necessariamente stipulativa di alcuni passaggi e indicando un possibile metodo di indagine della concreta fenomenologia normativa.

La seconda e più ampia sezione del lavoro sarà dedicata all'analisi della categoria delle clausole generali, evidenziando i vari livelli sui quali parrebbero emergere elementi di specificità. In questa chiave, dapprima (1) ci si concentrerà sul piano *linguistico* degli

⁷ Una sintetica, ma efficace ricapitolazione, insieme ad un'aggiornata bibliografia è ora offerta da HEINTZEN, Markus. *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*. Modena: Mucchi, 2015.

⁸ Specificamente sulla ragionevolezza, e sulle sue differenze rispetto al principio di proporzionalità, v. almeno SCACCIA Gino. *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2000 e MORRONE, Andrea. *Il custode della ragionevolezza*. Milano: Giuffrè, 2001. In prospettiva comparata cfr. ora PENNICINO, Sara. *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*. Rimini: Maggioli, 2012.

⁹ Per questa impostazione v. ad esempio COGNETTI, Stefano. *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*. In: *Giurisprudenza italiana*. Torino: Utet, 2012, p. 1197 ss. o, con maggior ampiezza, COGNETTI, Stefano. *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 201 ss. Il tema è ora ripreso criticamente, con spunti originali, da VESPIGNANI, Luca. *La ragionevolezza nelle clausole generali. Alcune note a margine di una recente monografia*. In: *Lo Stato*. Modena: Mucchi, 2014, n. 2, p. 275 ss.

¹⁰ Sul valore del metodo analitico nel pensiero di Alexy v., per lo meno, ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 54: «la chiarezza analitico-concettuale è condizione elementare di razionalità di ogni scienza. Nelle discipline pratiche, che sono controllate in maniera solo indiretta da esperienze empiriche, questo postulato ha un significato ancora più importante»; e cfr. ancora *ivi*, p. 60: «senza un'analisi sistematico-concettuale del diritto, non è possibile una scienza giuridica come disciplina razionale. (...) Se qualcosa potesse sottrarre, almeno in qualche misura, la scienza dei diritti fondamentali alla retorica politica e alla lotta fluttuante delle visioni del mondo, allora questo è soprattutto il lavoro nella dimensione analitica».

enunciati (delle disposizioni), per poi approfondire (2) le particolarità del piano *semantico* delle *proposizioni normative* (delle norme) da essi ricavati; di séguito saranno esaminate (3) le caratteristiche *strutturali* delle clausole generali, in stretta connessione (4) col piano *applicativo* della loro concretizzazione, per poi concludere (5) con qualche spunto relativo alle *funzioni* svolte all'interno dell'ordinamento giuridico.

In una terza sezione, si procederà al confronto tra le categorie di clausole generali così individuate e la ricostruzione dei principi costituzionali proposta da Robert Alexy nella sua *Teoria dei diritti fondamentali*. All'interno di tale peculiare impostazione "neocostituzionalistica" si proverà a distinguere l'aspetto *materiale* da quello *strutturale* dei principi, mostrando come l'interazione con le clausole generali si atteggi diversamente nell'uno e nell'altro caso.

Si dedicheranno, infine, alcune brevi riflessioni conclusive al rapporto tra il ragionamento sulle clausole generali e sui principi e l'approccio alla problematica dell'interpretazione giuridica.

§ 3. – 'Clausole generali' e 'principi costituzionali' tra Jurisprudence e Meta-Jurisprudence.

§ 3.1. – Trappole terminologiche

Il discorso sulle *categorie* delle clausole generali e dei principi si configura, prima di tutto e in un senso "costitutivo" dell'accezione, come questione terminologica. In esso, infatti, prim'ancora che di rapporti tra *cose*, si tratta della relazione tra *scelte linguistiche*. Vediamo ora in che modo.

Ragionare intorno al rapporto tra clausole generali e principi presuppone che le une e gli altri *esistano* come realtà conoscibili e raffrontabili. La concreta individuazione di tali realtà e dello specifico "piano" dell'universo giuridico in cui si collocano, dal canto suo, dipende preliminarmente da cosa noi intendiamo con le parole 'clausola generale' e 'principio'. Il significato di queste ultime, infatti, coincide col concetto astratto che consente di riconoscere la concreta realtà giuridica di riferimento, differenziandola dal resto di quella giuridicamente rilevante. Disgraziatamente, tanto con riferimento al concetto di clausola generale, quanto a quello di principio, non esistono – all'attuale stato dell'arte – definizioni universalmente condivise.

Questa incertezza definitoria, a scanso di equivoci, non esclude che sicuramente esistano, all'interno dell'ordinamento giuridico, quegli *enunciati normativi* o quelle *norme* che, secondo parametri di qualificazione differenti, alcuni giuristi chiamano (e altri non chiamano, o chiamano diversamente) 'principio' o 'clausola generale'. L'esistenza degli enunciati normativi scritti, così come anche – nei limiti di cui si dirà – delle norme da essi ricavate, parrebbe infatti indipendente dalla modalità della loro categorizzazione (descrittiva) da parte dei giuristi o di altri soggetti. Questo perché l'attività di categorizzazione, a prescindere dai criteri utilizzati per effettuarla, presuppone in senso logico e cronologico la *conoscenza* dell'oggetto (il tal enunciato normativo, la tal norma) classificato; tale conoscenza, dal canto suo, parrebbe a sua volta presupporre l'*esistenza*, con certe caratteristiche, dell'oggetto conosciuto¹¹.

Si avranno dunque (norme riconducibili a) articoli legislativi o costituzionali contenenti espressioni linguistiche come 'comune sentimento del pudore', 'buona fede', 'motivi abietti e futili', 'giusta causa', 'danno ingiusto', 'buon costume', 'utilità sociale', anche nel caso in cui risulti dubbia, o venga negata la loro descrizione/qualificazione in termini di clausole generali. Così come si avranno (norme espresse da) formulazioni legislative o

¹¹ Questo modo di argomentare, che per certi versi potrebbe apparire un'ovvietà, rinvia a ben vedere a questioni assai complesse e controverse relative al rapporto fra soggetto osservatore e oggetto dell'osservazione, sulle quali ora cfr. BIN, Roberto. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva "quantistica"*. Milano: Franco Angeli. 2013, p. 18 ss.

costituzionali come 'ognuno ha il diritto alla vita e all'integrità fisica', 'la libertà della persona è inviolabile', 'l'arte e la scienza sono libere', 'la dignità della persona è inviolabile' anche nel caso in cui risulti dubbia, o venga negata la loro descrizione/qualificazione in termini di principio. Altrimenti detto: enunciati linguistici e norme, se esistono, esistono con le caratteristiche loro proprie *independentemente* da come decidiamo di definire e di chiamare le categorie scientifiche (descrittive) alle quali li ascriviamo.

A risultare incerte, viceversa, sono (solo) l'esistenza e la riconoscibilità di un tratto *caratterizzante* delle fenomenologie linguistiche e/o normative chiamate rispettivamente – in modo spesso generico e promiscuo al loro interno – 'clausole generali' o 'principi'. In altre parole, è incerto il criterio selettivo che consenta utilmente di distinguerle come peculiare "specie" da tutte le altre appartenenti al medesimo "genere". Il tutto, peraltro, con l'indesiderabile conseguenza che, essendo controversa la tipologia (e la stessa esistenza) di questo criterio distintivo, dubbi e incertezze talora si trasmettono anche – con moto circolare – sul tipo di realtà linguistica e normativa che si ritiene rilevante come base per l'osservazione e la categorizzazione.

Il dato non è casuale e dipende dal particolare ambito linguistico in cui espressioni come 'principio' e 'clausola generale' sono state implementate. Né l'una, né l'altra, infatti, vengono espressamente definite nei rispettivi elementi costitutivi dal diritto positivo e neppure può aiutare, in questo caso, il ricorso al linguaggio *comune*, giacché si tratta di termini o sintagmi che assumono un significato specificamente giuridico solo nel linguaggio "tecnicizzato" *dei giuristi* (e *dei teorici del diritto*). Quest'ultimo, dal canto suo, a dispetto della sua tensione alla scientificità parrebbe purtroppo condizionato da interminabili controversie terminologiche, ben colte da Luigi Ferrajoli quando osserva come «si ha l'impressione, occupandosi di diritto, di muoversi in una torre di Babele: ogni giurista ha un suo vocabolario personale, e dedica la maggior parte della sua opera a individuarne le differenze con quello degli altri»¹².

Una conseguenza (e, insieme, una causa) significativa, ai fini che qui ci occupano, di tale stato di cose è quella dell'efficacia soltanto *persuasiva* delle definizioni proposte all'interno del discorso della dottrina. Ciò astrattamente consente, e di fatto ha consentito, alla discussione – tanto nel caso delle clausole generali quanto in quello dei principi – di spaziare tra i due poli estremi che consistono da una parte (1) nel chiamare la stessa cosa con nomi diversi e dall'altra parte (2) di chiamare con lo stesso nome cose diverse¹³.

Il primo caso (1), almeno nella sua forma più elementare, è forse il meno problematico. Esso si verifica quando, semplicemente, si utilizza una *rubrica differente*, ma ci si riferisce ai *medesimi enunciati* o alle *medesime norme*, individuati/e in ragione dei *medesimi criteri*.

Non 'clausole generali', ma – ad esempio – 'disposizioni in bianco'¹⁴, 'concetti valvola'¹⁵, 'valvole di sicurezza'¹⁶, 'concetti giuridici indeterminati'¹⁷, 'standard'¹⁸, 'nozioni a contenuto

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 2.

¹³ V. più ampiamente PEDRINI, Federico. *Le „clausole generali“: Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 29 ss.

¹⁴ (*Blankettvorschriften*). Così ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1879, p. 19 ss.

¹⁵ (*Ventilbegriffe*). Così WURZEL, Karl Georg. *Das juristische Denken*. II Ed. Wien-Leipzig: Moritz Perles, 1924, p. 86.

¹⁶ (*Sicherheitsventile*). Così WENDT, Otto. *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*. In: *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen: Mohr, n. 100, 1906, p. 106 ss.

¹⁷ (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*). Per la relativa letteratura giuridica, soprattutto di lingua tedesca, cfr. per tutti ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 1968, trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, *Introduzione al pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 170 ss.

¹⁸ Così, ad esempio, FALZEA, Angelo. *Gli standards valutativi e la loro applicazione*. In: *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, vol. I, 1987, p. 1 ss.; TARUFFO, Michele. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*. In: COMANDUCCI, Paolo-GUASTINI, Riccardo. *L'analisi del ragionamento giuridico*. Vol. II. Torino: Giappichelli, 1989, p. 311 ss.

variabile¹⁹ e così avanti, nella misura in cui si considerino tali espressioni nulla più che sinonimi. Lo stesso accade – su altra sponda – quando si utilizzino, sempre col medesimo ambito di riferimento semantico, le espressioni ‘determinazioni di scopi’²⁰, ‘interessi’²¹, ‘valori’²² e avanti in questo modo al posto di quella di ‘principi’, che qui si è eletta a punto di riferimento. Se le espressioni sono effettivamente e completamente sinonime, allora esse sono interscambiabili e le differenze si arrestano al piano lessicale: a dispetto dell’eterogeneo *vocabolario*, identico è l’oggetto del discorso²³.

Il secondo caso (2) parrebbe più insidioso e si verifica nell’ipotesi in cui il medesimo termine (‘clausole generali’ o ‘principi’) sia utilizzato per designare realtà tra loro totalmente²⁴ o, come più spesso capita, parzialmente irrelate²⁵.

Questo accade, ad esempio, quando il termine ‘clausola generale’ è «usato simultaneamente e in modo indifferenziato tanto come sinonimo di norma fluida e aperta alla realtà sociale quanto come sinonimo di norma generale e aperta»²⁶. La medesima situazione, del resto, è ben nota anche con riferimento al termine ‘principio’, che ad esempio è usato indifferentemente tanto per indicare norme fondamentali, caratterizzate da «un’eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)»²⁷, quanto per designare «lo standard che deve essere osservato (...) perché è un requisito di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione morale»²⁸, tanto per riferirsi a norme particolarmente generiche²⁹, quanto a norme necessariamente da applicare tramite il bilanciamento³⁰. La (maggiore) insidia consiste qui nel fatto che, utilizzando la medesima parola per designare entità (in tutto o in parte) diverse da un lato è assai più facile disperdersi in dispute *meramente* terminologiche, e dall’altro lato è sensibilmente più difficile individuare con precisione gli elementi (e i moventi) del dissenso reale quando esso concretamente sussista.

¹⁹ Così il titolo del volume PERELMAN, Chaim-VANDER ELST, Raymond (eds.). *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1984.

²⁰ (*Zielbestimmungen*) HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leitungsstaat*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*. Berlin: de Gruyter. Vol. 30, 1972, p. 135.

²¹ Cfr., ad esempio, MORRONE, Andrea. *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 13 ss., dove espressamente si considera il termine ‘interesse’ equivalente rispetto a quello di ‘principio’ o di ‘valore’.

²² Si vedano in proposito le indicazioni offerte da ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 101-102 e 162 ss.

²³ Problemi maggiori si affacciano, viceversa, quando la sinonimia è soltanto parziale, giacché allora, per lo meno in una certa misura, al contrasto terminologico potrebbe affiancarsi anche una differente impostazione concettuale. Altro discorso ancora è quando *identico è l’oggetto*, vale a dire la stessa classe di enunciati o di norme, individuato dall’espressione (‘clausola generale’, ‘concetto indeterminato’, ‘norma in bianco’ etc.), ma *differenti sono i criteri* che giustificano l’ascrizione dei singoli elementi (i singoli enunciati, le singole norme) alla classe designata. Ovviamente le due situazioni appena descritte – che complicano il modello semplificato accennato in testo – possono variamente cumularsi tra loro.

²⁴ Il che porterebbe a qualificare le parole ‘clausole generali’ e/o ‘principi’ come interessate dal fenomeno linguistico dell’*omonimia*.

²⁵ Il che, linguisticamente, rinvia al fenomeno dell’*ambiguità* intesa in senso stretto (non inclusivo dell’*omonimia*).

²⁶ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 305.

²⁷ Così BETTI, Emilio. *Teoria generale dell’interpretazione*. Edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò. Milano: Giuffrè, vol. II, 1990, p. 849 (corsivo nel testo originale).

²⁸ Così DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, trad. it. a cura di N. Muffato, *I diritti presi sul serio*. Bologna: il Mulino, 2010, p. 48.

²⁹ Cfr. ad esempio RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: *Yale Law Journal*. New Haven: The Yale Law Journal Company, vol. 81, 1972, p. 836 ss. Più recentemente sulla connessione tra principi e vaghezza v. LUZZATI, Claudio. *Principi e principi. La genericità nel diritto*. Torino: Giappichelli, 2012.

³⁰ È la nota impostazione di Alexy, ampiamente argomentata in *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 106 ss.

Entrambe le situazioni ora descritte ci ricordano che – in questa materia particolare ancor più di quanto generalmente non accada in tutta l'analisi giuridica – *nomina non sunt consequentia rerum*. Esse dunque suggeriscono di non arrestarsi mai alla *rubrica*, e piuttosto di indagare sempre *singolarmente* e *nel dettaglio* le strutture e i contenuti che stanno dietro ciascuna definizione di 'clausola generale' o di 'principio'. Anche perché, come si sarà capito, *nomina numina*: a seconda di come si definiscano convenzionalmente i termini di 'principio' o 'clausola generale', infatti, si potranno poi ricostruire in termini assai diversi pure i rapporti tra le due categorie.

§ 3.2. – *Il meta-piano stipulativo*

Finora si è parlato, genericamente, di *definizioni* di 'clausola generale' e 'principio' quali *categorizzazioni* di enunciati e/o di norme, cioè a dire in termini di *criteri* che consentono ai giuristi d'individuare e designare specifiche *classi* (omogenee) di enunciati e/o di norme.

Dell'appartenenza di tali definizioni e categorizzazioni al linguaggio della dottrina già si è detto. Resta da chiarire meglio il loro specifico "statuto" logico-concettuale, il quale (statuto) dal canto suo spiega anche in modo più completo il dato, cui pure si è fatto cenno, della molteplicità e dell'efficacia solo persuasiva delle citate definizioni o categorizzazioni.

Tale statuto è quello proprio delle *stipulazioni*, la cui caratteristica saliente, in relazione a quel che si è esposto finora, è quella di essere *prive di valori di verità*. Altrimenti detto, in quanto criteri di classificazione che consentono ai giuristi e ai teorici del diritto di ordinare la realtà giuridica in classi omogenee di enunciati e/o di norme, le definizioni di 'clausola generale' e di 'principio' *non sono né vere né false*. Rendersi conto che si tratta di strumenti *convenzionali* di analisi, dal canto suo, consente di prendere consapevolezza di un importante corollario di quanto osservato: quello di riconoscere come infruttuoso *già in astratto* ogni ragionamento intorno alla presunta "natura" – *vera, propria* o *esatta* – delle clausole generali o dei principi intesi come *categoria*³¹.

Ciò detto, le stipulazioni (dunque anche quelle facenti capo alle formule 'clausole generali' e 'principi'), per quanto prive di valori aletici e inidonee a imporsi in virtù d'una intrinseca o evidente "realtà delle cose", non per questo risultano necessariamente arbitrarie o insuscettibili di una valutazione razionale, se non altro in chiave comparativa. Se così non fosse, del resto, non si potrebbero sensatamente confrontare tra loro neppure le teorie – relative, nel nostro caso, sia alle clausole generali, sia ai principi – che su tali stipulazioni sono basate, mettendone alla prova pregi e difetti, a loro volta da riportare alla finalità dell'indagine.

Come scrive Giorgio Pino, insomma, «una stipulazione (...) non può essere confutata in quanto falsa, proprio perché non mira a descrivere la realtà. Tuttavia, una definizione stipulativa può comunque essere valutata sotto il profilo della sua maggiore o minore utilità, adeguatezza a fini teorico-esplicativi, e così via. E ad una stipulazione se ne può

³¹ Questo dato, nonostante la sua importanza, è spesso trascurato nell'analisi delle due figure. Non mancano tuttavia meritorie eccezioni. Con riferimento ai principi v. ATIENZA Manuel-RUIZ MANERO Juan. *Tres enfoques de los principios jurídicos*, trad. it. *Tre approcci ai principi di diritto*. In: COMANDUCCI, Paolo-GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto 1993*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 9: «è noto che i giuristi usano le espressioni 'principi di diritto', 'principi generali', e simili con significati diversi e non sembra aver molto senso affermare che uno di questi significati sia quello "essenziale", quello "vero", o alcunché del genere». Con riguardo alle clausole generali cfr. LUZZATI, Claudio. *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, vol. 31, n. 2, 2013, p. 164: «chi assume una prospettiva teorica non sta puntando un potente telescopio in cielo nella speranza di scorgere, prima o poi, l'astro splendente del vero concetto di clausola generale. Sta invece compiendo scelte ridefinitorie non neutrali che vanno argomentate con ragioni di opportunità pratica e di fecondità della ricerca».

sempre contrapporre un'altra, se quest'ultima può rivelarsi più utile, più adeguata a fini teorico-esplicativi, e così via»³².

Ciò ha significative conseguenze metodologiche, ai fini che qui ci occupano, giacché introduce un primo, possibile "filtro" al semplice censimento delle stipulazioni concretamente in essere.

Se ci si dovesse arrestare a un punto di vista meramente *empirico*, infatti, un'indagine sul rapporto tra (la categoria delle) clausole generali e (quella dei) principi presupporrebbe da una parte il previo accertamento di tutte le definizioni stipulative di 'clausole generali' (StCg₁, StCg₂, StCg₃... StCg_n) e di 'principi' (StP₁, StP₂, StP₃... StP_n) riscontrabili nella letteratura giuridica (e/o nella giurisprudenza³³) e dall'altra, successivamente, la riflessione su ogni possibile combinazione tra gli elementi dei due insiemi (StCg₁-StP₁, StCg₁-StP₂, StCg₁-StP₃, StCg₂-StP₁, StCg₂-StP₂, StCg₂-StP₃, StCg₃-StP₁, StCg₃-StP₂, StCg₃-StP₃... StCg_n-StP_n).

Introducendo un correttivo di carattere (blandamente) *normativo*, che consenta di selezionare il materiale empirico a disposizione (cioè a dire tutte le eterogenee stipulazioni esistenti) secondo il metro della sua *utilità*, il lavoro si semplifica e può anche divenire più fruttuoso, guadagnando in profondità ciò che perde in estensione. Questa operazione, dal canto suo, può riuscire nella misura in cui il criterio utilizzato per la selezione sia (applicabile e) applicato in modo non meramente soggettivo, ma razionalmente argomentato.

Per poter argomentare razionalmente la maggiore o minore utilità di una stipulazione intorno alle clausole generali o ai principi bisogna anzitutto chiarire di quale utilità si discorre. Siccome l'utilità si rapporta sempre a un fine, si possono subito contrapporre finalità (cui corrispondono *teorie*) *descrittive* a finalità (cui corrispondono *dottrine*) *prescrittive*. Semplificando deliberatamente una questione assai complessa, si dirà qui che le prime si prefiggono di descrivere come il diritto è, le seconde hanno come obiettivo quello di prescrivere come il diritto *deve essere*. In questo senso, se la riflessione giuridica intenda proporsi come scienza quanto meno a titolo di "idea regolativa", non parrebbe dubbio che il fine sul quale parametrare l'utilità della stipulazione intorno alle clausole generali ed ai principi debba essere di carattere descrittivo o, se si preferisce, "avalutativo"³⁴.

Ma – bisogna immediatamente chiedersi – descrittivo *di quale diritto?* Del diritto come insieme di *enunciati* normativi scritti? Del diritto come insieme di *norme* da intendere come il *significato corretto* di tali enunciati? Del diritto come insieme di *norme comunque ascritte* dalla dottrina e/o dalla giurisprudenza agli enunciati del legislatore nella loro opera di interpretazione e/o applicazione del diritto scritto? Del diritto come *insieme delle decisioni*

³² PINO, Giorgio. *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e costituzione' di Aljs Vignudelli*. In: *Diritto e Società*. Napoli: Editoriale Scientifica, n. 2, 2013, p. 364.

³³ La quale (giurisprudenza), tuttavia, raramente *stipula* in modo espresso, laddove più frequentemente *utilizza* soltanto una certa espressione (come 'principio' o 'clausola generale') con un significato che si deve per lo più evincere dal contesto. Maggiori riferimenti ed ampia analisi in ROSELLI, Federico. *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*. Napoli: Jovene, 1983 e FABIANI Ernesto. *Clausole generali e sindacato della Cassazione*. dwo

³⁴ Almeno su questo aspetto – che non ancora involge valutazioni rispetto allo "specifico" costituito dalla attività interpretativa – ritengo ancora valide nella sostanza le considerazioni di BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 250: «siccome la scienza o è avalutativa o non è scienza, il metodo positivisticò è puramente e semplicemente il metodo scientifico, e quindi è necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica o della teoria del diritto: se non lo si accoglie non si fa della scienza, ma della filosofia o della ideologia del diritto». Una importante rimediazione della caratteristica dell'avalutatività per ogni scienza, inclusa quella giuridica, è ora in DREIER, Horst. *Max Webers Postulat der Wertfreiheit in der Wissenschaft und in die Politik*. In: DREIER, Horst-WILLOWEIT, Dietmar (eds.). *Wissenschaft und Politik*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 36 ss.

giudizialmente assunte con riferimento ai singoli casi concreti, anche a prescindere dalla loro ascrizione a enunciati costituzionali e legislativi?

Se si considera, insomma, come lo stesso “diritto” cui la scienza giuridica di fatto rivolge o dovrebbe preferibilmente rivolgere le proprie attenzioni è oggettivamente controverso (anche qui, non vi è una stipulazione univoca e condivisa su ciò che si chiama ‘diritto’), si capisce come la contrapposizione tra teorie e dottrine rischia di essere assai meno netta e “assoluta” di quanto non possa suggerire la sua immediata efficacia didattica³⁵.

I ragionamenti (correttamente) implementati all’interno della teoria descrittiva di un certo diritto (D₁), infatti, potrebbero essere rigettati come assunti prescrittivi (o ideologici) se considerati attraverso lo schema della teoria, pure descrittiva, di un altro diritto (D₂), e viceversa. Molte delle interminabili discussioni teoriche dove – con reciproche accuse di “politicità” o “non scientificità” – si contrappongono, ad esempio, diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, dal punto di vista concettuale spesso si rivelano null’altro che il frutto di una mancata precisazione in ordine al rispettivo concetto di diritto³⁶.

A tal riguardo, in questa sede si adotterà operativamente, come base di lavoro, una nozione di ‘diritto’ abbastanza ampia come insieme di norme ricavate (direttamente o indirettamente) da enunciati normativi espressi per il tramite di un’interpretazione sostenibile dei medesimi. L’idea retrostante a questa impostazione, dunque, è quella secondo cui gli enunciati legislativi esprimano un vincolo per il loro interprete, ivi compreso quel particolare interprete e applicatore istituzionale costituito dal giudice³⁷. La natura e l’intensità di questo vincolo possono per il momento rimanere imprecisati; per ora basti il rilievo che l’interpretazione giuridica *non* sarà qui intesa come attività strutturalmente e, soprattutto, *liberamente* “produttiva” di norme.

Attesa questa definizione della realtà giuridica quale oggetto della riflessione articolata dalla scienza del diritto, a sua volta animata da finalità descrittive, si tratta ora di argomentare più nel dettaglio la stipulazione intorno alle categorie dei ‘principi’ e delle ‘clausole generali’.

Per quanto riguarda i principi, il discorso è semplice, poiché – come già si anticipava – essi saranno qui considerati secondo la definizione, peraltro massimamente diffusa proprio in ambito costituzionalistico, di Robert Alexy. Quanto alle clausole generali, la migliore stipulazione (nel senso della stipulazione *più utile*) sembrerebbe quella in grado di individuare con la più ampia esattezza raggiungibile le caratteristiche proprie non tanto *di tutte* e neppure *della maggiore parte* delle disposizioni o delle norme concretamente chiamate ‘clausole generali’ da parte dei giuristi o dei teorici del diritto³⁸, bensì *dei casi paradigmatici* di tale categoria.

³⁵ Per rendersene conto è assai istruttiva la lettura del paragrafo introduttivo (§ 1.1.) del volume di VIGNUDELLI, Aljs. *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 5-20, soprattutto in corpo note.

³⁶ Problemi identici parrebbero riscontrarsi con riferimento al contrasto fra le diverse teorie o dottrine dell’interpretazione (che di quelle del o sul diritto parrebbero per certi versi una sorta di odierno “precipitato”), su cui ora v. VIGNUDELLI, Aljs. *Come un post scriptum. „Interpretazione e Costituzione“ tra Prequel e Sequel*. In: *Diritto & Questioni Pubbliche*. Palermo: Università di Palermo, n. 14, 2014, p. 1026-1037. La questione era peraltro già emersa nei contributi raccolti in BARBERIS, Mauro-VIGNUDELLI Aljs. *“Nuovi” dialoghi sull’interpretazione*. Modena: Mucchi, 2013, part. pp. 37-47 e 84-91.

³⁷ Questo assunto trova, del resto, espressa consonanza anche in ALEXY, Robert, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 140: «si può certamente discutere su ciò che significhi il vincolo alla Costituzione e se, in determinati casi, si possa derogare al testo costituzionale. Non si può, invece, discutere sul fatto che, almeno in primo luogo, si deve partire dal testo della lettera della Costituzione e che, se è ammesso derogare a essa, questo è ammissibile per ragioni particolari».

³⁸ Mi trovo qui, infatti, perfettamente d’accordo con VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 38, quando osserva come «dottrina e giurisprudenza hanno dato vita [...] a una vera e propria babele lessicale, a una congerie di stipulazioni non proprio perspicue foriera di confusione e di sovrapposizioni concettuali, dove la terminologia ha assunto una diversificazione opaca e

Questa scelta, focalizzando l'attenzione sul "cono di luce" della relativa espressione, consente di individuare quegli oggetti (enunciati o norme) che, in linea di massima, *tutti* i giuristi sarebbero "istintivamente" disposti a riconoscere come appartenenti alle categoria 'clausole generali', pur potendo poi dissentire su una serie di casi marginali ("zona di penombra" delle espressioni).

Certo neppure in questo modo si potrà confidare in definizioni pienamente neutrali e del tutto aliene da un certo margine di convenzionalità³⁹. Tuttavia, l'obiettivo di circoscrivere l'ambito del discorso con modalità né arbitrariamente stipulative, né smaccatamente prescrittive, parrebbe così, se non *raggiunto*, quanto meno *raggiungibile*.

§ 4. – *Le clausole generali.*

§ 4.1. – *Le clausole generali come elementi di "tecnica legislativa"*

Per individuare le caratteristiche paradigmatiche della nozione 'clausole generali', l'ambito delle relative istanze d'uso da parte di giuristi e teorici del diritto va anzitutto circoscritto in senso geografico. 'Generalklausel' o 'clausola generale' sono infatti formule che ricorrono in modo quasi esclusivo nella letteratura giuridica di lingua tedesca e italiana. Mentre in queste ultime, come già si osservava, abbondano pure i sinonimi (totali o parziali)⁴⁰, in altri paesi non soltanto la relativa locuzione non compare se non in modo del tutto sporadico (e per lo più come semplice traduzione)⁴¹, ma neppure sembra sostituita da alternative di perimetro concettuale compiutamente analogo⁴².

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

³⁹ Non foss'altro perché anche per capire quali elementi ricadano nel "cono di luce" e quali invece siano da ascrivere alla "zona di penombra" di una certa espressione linguistica, si riaffacciano a un (meta-)livello superiore gli stessi problemi di obiettiva indecidibilità che la vaghezza pone già a livello della espressione linguistica "base". Cfr. LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 4, nota 4.

⁴⁰ Cfr. DENOZZA, Francesco. *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, 2011, p. 380: «se il dibattito anglosassone sembra soffrire di una certa semplicità e ripetitività degli argomenti, altrettanto non si può dire per quello continentale, che soffre del vizio opposto. Qui i poli del discorso non sono due o tre, ma una quantità pressoché illimitata».

⁴¹ Anche nei rari casi in cui ricorra in altre lingue, la rubrica 'clausole generali' è preludio a una trattazione che poi rinvia in modo quasi esclusivo alla letteratura giuridica tedesca e italiana. Parlano in questo senso di 'cláusulas generales' v. MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho*. In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, n. 1, 1997, pp. 297 ss. e GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. In: *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia, n. 20, 2003, pp. 105 ss. Analogamente accade per l'espressione 'general clauses' utilizzata in DAWSON, John Philip. *The General Clauses, Viewed From a Distance*. In: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 41, n. 3, 1977, p. 441 ss. Ancor più evidente è il caso della 'clause générale' di JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Théorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français Et Dans Les Autres Systemes Juridiques Romanistes*. In: GRUNDMANN Stefan-MAZEAUD Denis (eds.). *General Clauses And Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 23 ss., dove il saggio addirittura esordisce puntualizzando come «les mots 'clause générale' ne font pas partie du vocabulaire juridique français» (p. 23).

⁴² Sebbene sia vero che siano talora riscontrabili profili di affinità, la riflessione che la letteratura giuridica anglofona sviluppa intorno alla categoria degli *standard* (per la quale si rinvia qui alle indicazioni bibliografiche rinvenibili in ADAR Yehuda-SIRENA Pietro. *La dialettica di principi e regole nel diritto europeo dei contratti: dai PECL al CESL, e oltre*. In: *Osservatorio del diritto civile e commerciale*. Bologna: il Mulino, 2013, n. 2, p. 207, nota 17) non mi pare proficuamente accostabile *nel suo complesso* a quella continentale sulle clausole generali.

Tanto precisato, nei sistemi giuridici dove la relativa nozione si è diffusa e sviluppata gli operatori giuridici pensano in modo istintivo e quasi automatico alle clausole generali quando si trovano di fronte a enunciati normativi dove compaiano formule come ‘buon costume’⁴³ (*‘guten Sitten’*⁴⁴), ‘comune sentimento’ (del pudore⁴⁵ o della morale⁴⁶), ‘pubblico scandalo’⁴⁷, ‘pubblica decenza’⁴⁸, ‘buona fede’⁴⁹ (*‘Treu und Glauben’*⁵⁰), ‘danno ingiusto’⁵¹, ‘ordine pubblico’⁵² (*‘öffentliche Ordnung’*⁵³), ‘utilità sociale’⁵⁴ e così avanti.

Il riflesso condizionato ha radici storiche risalenti, le quali tuttavia non sempre hanno giovato ad una proficua riflessione sul tema. Quando fra la fine dell’Ottocento e l’inizio del Novecento questa tipologia di formule fece il suo ingresso nel dibattito giuridico, infatti, di esse colpiva soprattutto l’elemento di “tensione” con l’ideologia giuspositivistica: questione allora certamente significativa, ma da lungo tempo tramontata e che oggi, se riproposta, rischierebbe d’incanalare la riflessione su un binario morto. Compatta nel segnalare la crescente rilevanza del fenomeno⁵⁵ e la connessa crisi d’ogni pretesa “autarchia” del diritto

Vero è che gli *standard* – non di rado in ricerche giuridiche articolate in chiave di analisi economica del diritto – sono il più delle volte definiti per contrapposizione alle *rules* (a quelle che noi chiameremmo ‘regole’, intendendosi con esse delle norme dettagliate e tassative). Tuttavia, tale connotazione semplicemente “in negativo” finisce per far confluire negli *standard* un insieme assai eterogeneo di norme, rendendo peraltro assai difficile distinguere la categoria scientifica degli *standard* da quella dei *principles*, i quali pure sono tradizionalmente contrapposti alle *rules*. Per una complessiva proposta di distinzione tra le tre categorie, comunque non coincidente con l’impostazione qui accolta, cfr. recentemente LARRY, Alexander. *What Are Principles, and Do They Exist?*. In: *Legal Studies Research Paper Series*. San Diego: University of San Diego School of Law. Research Paper No. 13-119, June 2013, scaricabile a <http://ssrn.com/abstract=2277787>.

⁴³ Art. 21, Costituzione italiana: «sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume».

⁴⁴ § 138, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*: «*ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig*».

⁴⁵ Art. 529, codice penale: «agli effetti della legge penale, si considerano “osceni” gli atti e gli oggetti, che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

⁴⁶ Art. 15, legge 8 febbraio 1948, n. 47 (c.d. legge sulla stampa), nella parte in cui estende la disciplina penalistica relativa agli atti osceni al caso degli «stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti (...) in modo da poter turbare il comune sentimento della morale».

⁴⁷ Art. 564, codice penale: «chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto (...) è punito con la reclusione da uno a cinque anni».

⁴⁸ Art. 726, codice penale: «chiunque, in un luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti contrari alla pubblica decenza è punito con l’arresto fino a un mese o con l’ammenda da euro 10 a euro 206».

⁴⁹ Art. 1375, codice civile: «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

⁵⁰ § 242 *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*: «*der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*».

⁵¹ Art. 2043, codice civile: «qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

⁵² Art. 650, codice penale: «chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall’Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d’ordine pubblico o d’igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l’arresto fino a tre mesi o con l’ammenda fino a duecentosei euro».

Ma cfr. anche, stavolta per l’ordine pubblico *internazionale*, l’art. 16, legge 31 maggio 1995, n. 218: «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico».

⁵³ §§ 123-145d *Strafgesetzbuch (StGB)* dove si parla di «*Straftaten gegen die öffentliche Ordnung*».

⁵⁴ Art. 41, secondo comma, Costituzione, laddove si statuisce come l’iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

⁵⁵ La «fuga nelle *Generalklauseln*» poté così essere indicata in un celeberrimo volume di Hedemann come «il problema forse più importante che si pone ai giuristi del secolo XX» (HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln*. Tübingen: Mohr, 1933, p. 3), mentre negli stessi anni Carl Schmitt osservava come «da tutte le parti e in circonlocuzioni innumerevoli sono penetrate in tutti i campi della vita giuridica, persino anche nel diritto penale, le cosiddette clausole generali e concetti indeterminati: ‘fedeltà e fede’, ‘buoni costumi’, ‘motivo importante’, ‘durezza ingiusta’ [...]. Tali clausole generali sono diventate da gran

da fattori normativi e valutativi “esterni”, la riflessione sulle clausole generali si limitava allora genericamente a segnalare un (presunto) effetto di *apertura al meta-giuridico*⁵⁶ e di accresciuta *capacità d’adattamento* al sempre cangiante sistema sociale⁵⁷, mentre solo episodica era l’indagine sulle particolarità linguistiche dei singoli oggetti studiati.

Un primo progresso nell’analisi del piano sintattico sembrerebbe ravvisabile, sia pure soltanto in via indiretta, nella celebre definizione di Karl Engisch delle clausole generali come una specifica *tecnica di legislazione*. Secondo la sua *Introduzione al pensiero giuridico*, infatti, «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»⁵⁸.

Il *proprium* di questa tecnica legislativa per clausole generali sarebbe consistito in una specifica modalità di costruzione della *fattispecie* normativa: «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»⁵⁹.

Ai fini che qui ci occupano, l’importanza di questi rilievi non sta in ciò che di primo acchito cattura di più l’attenzione, come l’ambiguo riferimento alla «valutazione giuridica» cui i casi generalmente descritti verrebbero affidati o la contrapposizione – d’impronta per lo più *penalistica*, com’è evidente dal suo essere ritagliata “negativamente” dall’idealtipo della norma penale incriminatrice⁶⁰ – “tassativo” vs. “generale”. A rilevare è piuttosto da una parte la connessione tra clausole generali ed *enunciati legislativi*, e dall’altra l’elemento tecnico della collocazione delle clausole generali nella *fattispecie* normativa.

Da ciò è possibile desumere due indicazioni basilari sulla categoria qui discussa. Per prima cosa (1), sebbene – come meglio si vedrà – l’aspetto interpretativo sia tutt’altro che marginale nella ricostruzione delle clausole generali, queste ultime non parrebbero

tempo inevitabili e indispensabili, e determinano interamente il quadro generale della nostra amministrazione della giustizia tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico» (SCHMITT, Carl. *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt. 1933, trad. it. di D. Cantimori, *Stato, movimento, popolo*. In: SCHMITT, Carl. *Principii politici del Nazionalsocialismo*. Firenze: Sansoni, p. 227).

⁵⁶ Così, ad esempio, ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 19 ss. caratterizzava le clausole generali per il *Blankett* (l’assegno in bianco) che esse avrebbero rilasciato per la determinazione del loro contenuto alle scienze esatte o comunque non giuridiche; Analogamente HECK, Philip. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. 2^a ed. Tübingen: Mohr, 1933, p. 21.

⁵⁷ In questo senso v. WURZEL, Karl Georg. *Das juristische Denken*, cit., p. 86, il quale parlava di «concetti la cui funzione principale consiste nell’approntare una categorizzazione per l’imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento [...] Io li definisco concetti valvola (*Ventilbegriffe*), perché essi sono paragonabili a delle valvole di sicurezza»; ma cfr. anche i discorsi di tenore sostanzialmente identico di WENDT, Otto. *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, cit., p. 106 ss., che parlava di «valvole di sicurezza» (*Sicherheitsventile*) e di DONATI, Donato. *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*. Milano: Società editrice libraria, 1910, che si riferiva a «organi di adeguazione».

⁵⁸ ENGISCH, Karl. *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 197.

⁵⁹ Così sempre ENGISCH, Karl. *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 192 s.

⁶⁰ Su questo tema rinvio a CASTRONUOVO, Donato. *Clausole generali e diritto penale*. In: *Scritti in onore di Alfonso Stile*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 477 ss. Per ulteriori indicazioni circa la letteratura penalistica tedesca, cfr. PEDRINI, Federico. *Le “clausole generali”*, cit., p. 64, nt. 26.

concepibili come costrutti *meramente interpretativi*, viceversa vantando col diritto positivo *scritto* un nesso non solo molto forte, ma addirittura *necessario*. In altre parole, se le clausole generali costituiscono l'oggetto d'una precisa opzione di tecnica legislativa, *allora* possiamo intanto dire che non potranno esistere clausole generali "apocriefe", prive di una specifica disposizione.

In secondo luogo (2), sempre a livello sintattico, dal fatto che le clausole generali corrispondano a un elemento della fattispecie, oltre ad avere un'indicazione di massima su quale "regione" dell'enunciato normativo sarà da indagare per ricercare l'eventuale clausola generale ivi espressa, si può desumere anche che quest'ultima non coinciderà con (il significato del) *l'intera* disposizione, bensì soltanto con una sua *parte*.

Questi dati hanno portato a volte taluni autori addirittura a *identificare* le clausole generali con specifici frammenti di linguaggio, corrispondenti a quelle espressioni linguistiche poc'anzi segnalate ('buon costume', 'buona fede', 'danno ingiusto' etc.) che – a causa della loro intuitiva caratteristica d'implicare il ricorso a particolari "valutazioni" per poter essere applicate – sono state indicate come *termini o sintagmi valutativi*⁶¹.

A tale ricostruzione delle clausole generali come parti *di disposizioni*⁶², pur condivisibile nella misura in cui segnala il dato del necessario ancoraggio delle clausole generali al diritto scritto, si preferirà qui tuttavia considerare le clausole generali come parti *di norme*⁶³. Sebbene tali clausole, come si diceva, sembrerebbero necessariamente evinte dagli elementi di enunciati anzidetti, i loro tratti maggiormente caratterizzanti parrebbero infatti collocarsi, più che sul piano dei *significanti* (disposizioni), su quello dei *significati* (delle norme), presupponendo quindi anche, per poter essere riconosciute, uno stadio più avanzato dell'interpretazione dei relativi costrutti.

§ 4.2. – *L'indeterminatezza delle clausole generali*

Circa il fatto che le clausole generali siano da considerare (parti di) norme in qualche modo indeterminate, parrebbe sussistere oggi ampia convergenza in letteratura, così come pure si conviene che sarebbe proprio tale peculiare indeterminatezza a garantire all'ordinamento giuridico quella flessibilità e quella capacità di adattamento alle mutate condizioni storico-sociali che il legislatore punterebbe ad ottenere attraverso lo strumento delle clausole generali⁶⁴.

⁶¹ Sulla definizione di 'termine valutativo' cfr. sinteticamente ENGISCH, Karl. *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 174 s., il quale li distingueva all'interno della più ampia categoria dei concetti *normativi* (comprensiva anche di concetti che potremmo definire *giuridici*, come 'coniugato' o 'minorenne', che assumono senso soltanto applicando categorie del diritto positivo): «il significato autentico di 'normativo' [...] dovrebbe essere rinvenuto in ciò, che vi è sempre bisogno di una valutazione per portare ad applicazione nel caso singolo un concetto normativo. Che taluno sia coniugato o minorenne 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». Vedi inoltre BETTI, Emilio. *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 56, secondo il quale essi 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».

⁶² Per tale impostazione cfr. VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali*, cit., p. 29, secondo cui «le clausole generali sono termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi».

⁶³ Per la definizione delle clausole generali come «frammenti di norme» cfr. anche MENGONI, Luigi. *Spunti per una teoria delle clausole generali*. In: *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Jovene, 1986, p. 11.

⁶⁴ Efficace sintesi in FABIANI, Ernesto. *Clausola generale*. In: *Enciclopedia del diritto*. Annali. Milano: Giuffrè, vol. V, 2012, p. 191, come «volendo in via di approssimazione indicare quelli che, quanto meno secondo l'impostazione dottrinale prevalente, costituiscono i tratti caratterizzanti – sul piano strutturale e

Il consenso e la (relativa) chiarezza, purtroppo, si arrestano frequentemente a questo duplice riconoscimento. Da una parte, infatti, spesso si è dato per scontato che il ricorrere nella fattispecie normativa di concetti corrispondenti a quelli espressi dai termini quali 'buon costume', 'danno ingiusto', 'buona fede' potesse avere delle conseguenze specifiche sul piano della *semantica*⁶⁵ dei relativi enunciati, generando indeterminatezza. Altrettanto spesso, tuttavia, con riferimento a quest'ultima non si è andati tanto oltre il generico rilievo che per 'concetto indeterminato' si dovesse intendere semplicemente «un concetto il cui ambito e il cui contenuto sono molto incerti»⁶⁶.

Siccome però, in questo senso, pressoché *tutti* i concetti giuridici risulterebbero *almeno in parte* indeterminati⁶⁷, ben presto l'approccio unicamente *quantitativo*, per cui concetti giuridici indeterminati sarebbero stati soltanto quei concetti *più indeterminati* della media, è stato percepito come insoddisfacente⁶⁸. Mossi dall'intento di rinvenire un più appagante discrimine *qualitativo*, soprattutto i teorici del diritto hanno allora cercato di approfondire l'analisi semantica dei concetti valutativi, indagando l'indeterminatezza delle clausole generali in più analitiche partizioni⁶⁹ e giungendo progressivamente ad *escludere* la rilevanza della maggior parte di esse.

Sono state anzitutto scartate per ragioni concettuali tutte le forme di indeterminatezza tecnicamente relative non ai *termini* (o, se si preferisce, ai *concetti* da questi desunti, come abbiamo stipulato essere le clausole generali) bensì agli *enunciati*.

È anzitutto questo il caso del fenomeno linguistico della *generalità*: caratteristica secondo cui «un enunciato (...) dice qualcosa che vale contemporaneamente per tutti gli oggetti che appartengono a una data classe, senza eccezione alcuna»⁷⁰ e con la quale – a dispetto della rubrica – le clausole generali non parrebbero vantare alcun particolare legame.

Considerazioni del tutto analoghe valgono per la *genericità*, vale a dire quella mancanza di specificazione di un'espressione che si verifica «quando l'espressione si

funzionale – delle cosiddette clausole generali, crediamo si possa affermare che si tratti di termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi (e non, dunque, di interi e compiuti enunciati normativi) il cui utilizzo da parte del legislatore si traduce nel ricorso ad una particolare tecnica (normativa) di costruzione della fattispecie incentrata sull'indeterminatezza della norma, non priva di significative conseguenze sul piano della interpretazione e applicazione della stessa, che mira a salvaguardare la flessibilità dell'ordinamento, il quale, per l'effetto, può: per un verso, mantenersi "attuale" nonostante il passare del tempo; per altro verso, meglio "adattarsi" alle circostanze concrete del caso da decidere di volta in volta».

⁶⁵ Vedi già TARUFFO, Michele. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., p. 312: «quando la norma giuridica contiene un riferimento a uno standard, essa è particolarmente "aperta" dal punto di vista della sua struttura logica e semantica»; il punto sarà poi al centro della più volte citata riflessione monografica di V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., *passim*.

⁶⁶ ENGISCH, Karl. *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 170. Come si sarà già notato, del resto, in un certo senso questo genere di indeterminatezza potrebbe essere considerato alla base anche dei concetti di clausole generali come frutto di una particolare tecnica non tassativa di redazione della fattispecie già esaminati in precedenza (*supra*, § 2.2.1.).

⁶⁷ Vedi in tal senso BELVEDERE, Andrea. *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*. In: *Politica del diritto*. Bologna: il Mulino, 1988, p. 632: «è un dato ormai acquisito dall'attuale cultura giuridica quello dell'ineliminabile margine di indeterminatezza dei concetti giuridici – o, come forse sarebbe preferibile dire, dei termini giuridici – in quanto appartenenti solitamente al linguaggio ordinario e non a linguaggi tecnici o scientifici, nei quali i termini possono essere definiti rigorosamente».

⁶⁸ Si è infatti a ragione obiettato come «sebbene le "clausole generali" consistono sempre in concetti dotati di un elevato grado di indeterminatezza, è ben lungi dall'essere vero che in ogni norma che contenga un concetto indeterminato sia ravvisabile una clausola generale». Così D'AMICO, Giovanni. *Note in tema di clausole generali*. In: *In lure Praesentia*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 437 s. Segnala l'esigenza di differenziare tra le diverse specie di indeterminatezza anche RODOTÀ, Stefano. *Il tempo delle clausole generali*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, 1987, p. 725.

⁶⁹ Penso qui soprattutto ai lavori, più volte richiamati in queste pagine, di LUZZATI, Claudio. *La vaghezza*, cit., p. 299 ss. e VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali*, cit., p. 29 ss.

⁷⁰ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza*, cit., p. 50.

riferisce indifferentemente, cioè senza distinguere, a una pluralità di situazioni diverse. Un enunciato è tanto più generico quanti più sono i fatti che, se si verificassero, realizzerebbero l'ipotesi da esso prevista»⁷¹. A suggerire la mancanza di una connessione specifica con le clausole generali starebbe qui inoltre il decisivo rilievo per cui mentre a queste ultime si imputa solitamente una discrezionalità *forte* in sede applicativa, le norme generiche parrebbero viceversa implicare una discrezionalità *debole*⁷².

Neppure parrebbe vantare una connessione *specifica* con le clausole generali il fenomeno dell'*ambiguità*: «un termine o un enunciato sono considerati *ambigui* se (a causa dell'omonimia o della polisemia) possono assumere *più significati distinti* e il contesto non permette di chiarire in quale di tali significati essi siano stati usati»⁷³. Se per definizione non rileva l'*ambiguità sintattica*, dipendente appunto dalla struttura logica degli *enunciati*, non parrebbe ascrivibile al *proprium* delle clausole generali neppure l'*ambiguità semantica*, che si presenta quando, nel momento dell'attribuzione del significato, c'è obiettiva incertezza tra due o più significati, distinti e specifici, in competizione tra loro⁷⁴. È vero che talvolta, soprattutto se analizzate al di fuori del loro contesto documentale, formule come 'buon costume' o 'danno ingiusto' potrebbero presentare profili di ambiguità (cfr. *infra*, § 4.4.1.), ma anche così la polisemia parrebbe una caratteristica solo *possibile*, e non *caratterizzante* delle clausole generali, del resto pacificamente da escludere per altre formule (altrettanto paradigmatiche) come 'comune sentimento del pudore' o 'pubblica decenza'.

Fenomeno apparentemente più prossimo alla problematica (semantica) delle clausole generali parrebbe invece la *vaghezza*, intesa come la (relativa) carenza di precisione del significato di termini o enunciati, idonea a causare problemi interpretativi per alcuni casi *marginali*⁷⁵. Sovente confusa con la genericità e specialmente con l'*ambiguità*, la *vaghezza* è viceversa «principalmente un problema di confini del significato. L'area di applicazione delle espressioni linguistiche non è esattamente delimitata: esistono casi marginali ai quali non sappiamo se esse si applichino oppure no. Il campo semantico entro cui ci si muove resta approssimativamente fissato. Si ignora dove finisca il "bosco" e dove incominci la "foresta", ma, tutto sommato, si parla sempre di alberi e di vegetazione. Le circostanze di impiego di questi vocaboli sono assai simili. L'*ambiguità*, invece, presuppone una pluralità di significati (che possono anche essere relativamente

⁷¹ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme*, cit., p. 48.

⁷² Cfr. LUZZATI, Claudio. *Principi e principi*, cit., 110 s.: «quando una disposizione è generica, vi è una discrezionalità debole: non sorge nessuna incertezza interpretativa, ma vi sono molte condotte alternative, tutte ugualmente legittime, poste al riparo dalle critiche sotto l'ampio ombrello degli ordini ricevuti. Quando però una disposizione è vaga o ambigua, vi è una discrezionalità forte: sorge incertezza e la pretesa legittimità di una soluzione esegetica va a escludere quella di tutte le altre»; cfr. ancora *ivi*, p. 83 per la considerazione secondo cui la genericità «si risolve nella circostanza che "tutto va bene" entro un certo ambito di scelta».

⁷³ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza*, cit., p. 46, ove pure si trova l'importante precisazione secondo cui «l'omonimia e la polisemia non coincidono però con l'*ambiguità*: esse rappresentano la fonte di una possibile *ambiguità*, non costituiscono un'*ambiguità* in atto. Affinché si verifichi un caso di *ambiguità* è necessaria un'ulteriore condizione: l'espressione equivoca deve essere usata in un *contesto* che non permetta di decidere in quale accezione è stata intesa» (*ivi*, p. 46 s.).

⁷⁴ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 351: «ad esempio, è ambiguo, se decontestualizzato, il predicato 'dottore'. Dobbiamo intendere per 'dottore' i laureati in medicina? o i laureati in genere? o magari i cosiddetti "dottori di ricerca"?».

⁷⁵ Vedi DICIOTTI, Enrico. *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*. In: COMANDUCCI, Paolo-GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1992, p. 121, dove si evidenzia come, anche in ambito giuridico, la *vaghezza* parrebbe costituire un problema per l'interprete «solo in alcune circostanze, cioè se l'interprete è interessato a stabilire se un determinato insieme di casi marginali del significato di un'espressione linguistica debba o non debba considerarsi denotato da essa».

precisi)»⁷⁶. Questo tipo d'indeterminatezza dipende essenzialmente dalle "situazioni del mondo" cui l'espressione linguistica si riferisce: «si dice che un termine è vago se vi sono dei casi cui non vi è risposta precisa riguardo all'applicazione del termine. 'Di mezza età' è vago in questo senso»⁷⁷.

Date tali premesse, non v'è dubbio che formule come 'buon costume' o 'buona fede' possano essere ritenute in qualche modo vaghe, essendo rappresentabili tanto dei casi paradigmatici in cui il comportamento *x* risulti conforme (o difforme) al parametro del buon costume⁷⁸, o il comportamento *y* risulti conforme (o difforme) a quello di buona fede⁷⁹, quanto una serie di casi in cui, viceversa, l'area di applicazione dei predicati di 'conforme a buon costume' o di 'conforme a buona fede' risulti assai più imprecisata, incerta e fatalmente controvertibile. Sempre a livello intuitivo, tuttavia, la vaghezza che parrebbe caratterizzare le formule delle clausole generali sembrerebbe di tipo particolare e solo a fatica *pienamente* riconducibile alla vaghezza "comune".

Non solo e non tanto perché gli *hard cases* sembrerebbero qui "marginali" solo per modo di dire – ciò che farebbe supporre, semplicemente, una vaghezza di grado elevato – , ma per la specifica *causa* di tale vaghezza. Una causa che non parrebbe tanto dipendere, come nel caso della vaghezza comune, soltanto dalla presenza nel mondo di oggetti, situazioni e stati di cose che il linguaggio utilizzato non risulta sufficientemente preciso per denotare con sicurezza, bensì soprattutto per l'*assenza d'un criterio pienamente esplicitato ed univoco* per l'applicazione della relativa qualifica.

Detto altrimenti, dai termini valutativi ('buon costume', 'utilità sociale' e così avanti) che esprimono una clausola generale l'interprete non riceve un'indicazione *diretta* del criterio da applicare per qualificare una condotta come conforme al (o difforme dal) contenuto della clausola generale. Egli riceve, viceversa, solo un'indicazione *indiretta*, che consta in una sorta di "rinvio" a parametri di giudizio *ulteriori* rispetto a quelli espressamente ricavabili dalla disposizione normativa in cui compare il termine valutativo.

§ 4.3. – Vaghezza da rinvio e pluralità degli standard

Non a caso, dunque, v'è chi ha qualificato questo tipo di indeterminatezza come *vaghezza da rinvio*: «si ha vaghezza *socialmente tipica* (o *da rinvio*) di un termine quando questo, secondo una certa interpretazione, esprime un concetto valutativo i cui criteri applicativi non sono *neppure parzialmente* determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume»⁸⁰.

Per capire se la disposizione il cui testo recita 'vietato l'accesso ai veicoli nel parco' esprima una norma che nella circostanza *x* è stata (o meno) violata all'interprete basterà

⁷⁶ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza*, cit., p. 47.

⁷⁷ ALSTON, William Payne. *Philosophy of Language*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1964, trad. it. *Filosofia del linguaggio*. Bologna: il Mulino, 1971, p. 135.

⁷⁸ Pensiamo, ad esempio, per un comportamento difforme al buon costume, alla condotta di colui che, senza una specifica ragione, si aggirasse nudo e schiamazzante in un luogo pubblico; o, per un comportamento conforme a buon costume, alla condotta di colui che (senza ulteriori elementi disturbanti) nel medesimo luogo pubblico rimanga perfettamente silenzioso e vestito di tutto punto.

⁷⁹ Pensiamo, con un esempio in materia di trattative precontrattuali, ai due opposti del comportamento (contrario a buona fede) deliberatamente mendace e volto a trarre in inganno il potenziale partner e viceversa al comportamento (conforme a buona fede) pienamente informativo di ogni circostanza rilevante, comprese quelle a se sfavorevoli.

⁸⁰ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme*, cit., p. 302 s. Cfr. anche *ivi*, p. 303: «mentre nell'ipotesi della vaghezza comune il legislatore fissa, sebbene in modo incompleto, i criteri per applicare una certa qualifica ai fatti, nell'ipotesi della vaghezza socialmente tipica il legislatore rinuncia a determinare direttamente tali criteri e fa implicito o esplicito rinvio a parametri variabili nel tempo e nello spazio desumibili da regole morali, sociali e del costume».

considerare, senza ulteriori intermediazioni, da un lato l'enunciato giuridico scritto (ovviamente da interpretare) e dall'altro l'esperienza (ponendosi dei tipici problemi di vaghezza comune per stabilire se monopattini e biciclette sarebbero in tale contesto da considerare 'veicoli'). Diversamente, nel caso d'una disposizione che recitasse 'è vietato ogni comportamento contrario a buon costume' l'interprete, dopo aver ascrivito senso all'enunciato, e prima di rivolgere la sua attenzione ai fatti, dovrà *ulteriormente* e *preliminarmente* prendere in considerazione l'insieme dei criteri di valutazione, o se si preferisce l'insieme delle regole, richiamato dal concetto di 'buon costume' (problema caratteristico della vaghezza da rinvio)⁸¹.

A differenza delle parole 'monopattini' o 'biciclette', in relazione alle quali ha senso interrogarsi sul rispettivo *significato*, nel caso di termini valutativi come 'buon costume' ('buona fede', 'danno ingiusto' e così avanti) la domanda proficua da porsi verte sui concreti *criteri di applicazione* del termine, costituiti da altrettanti criteri *di valutazione* della condotta umana. Riflettere in astratto sul significato di un termine valutativo, infatti, non farebbe altro se non rinviare daccapo a tali criteri, solo individuati per il tramite di un'altra formula.

Un facile sistema per rendersi conto di questa proprietà è provare a sostituire un termine valutativo per equivalente semantico. Si ipotizzi, ad esempio, di provare a ridefinire il concetto di 'buon costume' attraverso quello di 'decenza' o di 'senso del pudore'. Anche a presumere tali espressioni perfetti sinonimi, il concetto astratto di 'decenza' (o di 'senso del pudore') non offre *di per sé*, direttamente, un criterio concreto per qualificare le singole condotte umane. Si porrà infatti sempre la domanda relativa a quali *ulteriori* regole, semplicemente *evocate* ma non *esplicitate* dal termine valutativo, integrino il parametro costituito da quest'ultimo. Possiamo definire 'standard' l'insieme dei criteri di valutazione (e/o delle regole che ne derivano) riassuntivamente richiamati dalla clausola generale (per il tramite delle espressioni 'buon costume', 'buona fede' etc.) e che consentono di applicarla in concreto.

Le clausole generali non sarebbero tuttavia concetti *valutativi* soltanto in quanto *normativi*, nel senso già incontrato di applicabili soltanto attraverso un insieme di regole ulteriori (standard) il cui contenuto non è direttamente esplicitato, ma anche in quanto concetti essenzialmente *controversi*.

Quando un costume sia *buono* (quale sia l'insieme delle regole del buon costume), quando un danno sia *ingiusto* (quale sia l'insieme delle regole giuste), quando un comportamento sia *indecente* (quale sia l'insieme delle regole della decenza), non parrebbe desumibile da un insieme di parametri normativi (= regole) pienamente *oggettivi*, accertabili tramite un *giudizio di fatto*, dipendendo invece in senso forte da valutazioni *soggettive*, frutto almeno in parte di un *giudizio di valore*⁸². Operando dunque in ambiti dove a contare non risulta soltanto la *conoscenza*, ma anche la *volontà*, le clausole generali finirebbero allora tipicamente per richiamare *non un singolo* e ben individuato insieme di regole (standard), bensì una *molteplicità* d'insiemi di regole, all'interno della quale (molteplicità) l'interprete potrebbe dunque rinvenire una *pluralità* di parametri di giudizio⁸³.

⁸¹ Circa la necessaria intermediazione di *regole* come criteri di applicazione dei termini valutativi v. SCARPELLI, Umberto. *Filosofia analitica, norme e valori*. Milano: Comunità, 1962, p. 57.

⁸² Per dirla con ROSS, Alf, *Directives and Norms*. London: Routledge and Kegan Paul, 1968 trad. it. di M. Jori, *Direttive e norme*. Milano: Comunità, 1978, p. 91, «i giudizi di valore esprimono attitudini favorevoli o contrarie a qualcosa»

⁸³ Cfr. in proposito DICIOTTI, Enrico. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 377: «mentre la vaghezza è dovuta all'indeterminatezza dei criteri di applicazione di un termine, l'indeterminatezza di un termine valutativo è dovuta al carattere effettivamente o potenzialmente controverso dei suoi criteri di applicazione».

Sempre nel già citato caso della disposizione 'è vietato ogni comportamento contrario a buon costume' per l'interprete non solo sarà imprescindibile rivolgere preliminarmente le sue attenzioni alla dimensione della morale o del costume (o comunque alla dimensione richiamata dalla clausola generale), ma da queste ultime non parrebbe emergere automaticamente un *unico* paradigma normativo, cui corrisponderebbe un *univoco* criterio d'applicazione del buon costume nel caso concreto. Detto altrimenti, dietro la sintetica formula secondo cui le clausole generali rinvierebbero alla morale, starebbe una realtà necessariamente più complessa, legata alla contemporanea presenza di *più* possibili morali (di *più* insieme di regole di costume) all'interno della medesima società⁸⁴. Il rinvio allo standard effettuato dalle clausole generali, se non ulteriormente precisato, diverrebbe così un rinvio alla *molteplicità* delle (eterogenee) morali vigenti e/o argomentabili in una data società, con l'ovvio problema della *scelta* fra una di esse nel momento applicativo.

Il quadro diviene completo considerando che l'indeterminatezza (o vaghezza) da rinvio caratterizzante, in ipotesi, le clausole generali neppure sarebbe *necessariamente* da risolvere tramite il diretto ricorso alla più volte menzionata dimensione della morale, delle regole del costume o degli altri possibili standard normativi meta-giuridici (ad esempio di carattere socio-economico, estetico etc.) evocati dalle singole clausole generali. Queste ultime, infatti, talvolta potrebbero richiamare, *in concorrenza* con la (già di per sé molteplice) dimensione morale/sociale o comunque meta-giuridica, potenzialmente *pure* la dimensione giuridica, dovendosi in quest'ultimo caso rinvenire il criterio di applicazione in altre norme dell'ordinamento giuridico⁸⁵.

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

Caratteristica strettamente *necessaria* delle clausole generali sarebbe pertanto un *potenziale* rinvio diretto alla dimensione (normativa) meta-giuridica, non potendosi dunque dare casi di clausole generali che mancassero di rinviare a qualche dimensione normativa meta-giuridica *quanto meno in astratto*. Si potrebbero tuttavia avere delle ipotesi – come quella del 'danno ingiusto'⁸⁶ – in cui il potenziale diretto rinvio al meta-giuridico *in concreto*

⁸⁴ Per uno spunto in tal senso cfr. BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 42, dove la c.d. morale positiva viene definita come «una delle tante morali diffuse nella società» e si introduce, ad esempio, la morale critica come «la morale ideale elaborata da filosofi e moralisti a partire dalla critica delle stesse morali positive».

⁸⁵ Evidenzia questo profilo VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali*, cit., p. 65-66: «dalla formulazione delle clausole generali non è dato di riscontrare sempre e necessariamente la natura esterna al diritto del criterio, dello standard (...). Per essere più puntuali si danno, almeno, due situazioni. Si hanno casi in cui la clausola generale indica il "tipo" di criterio utile a individuarne il significato, lasciando all'interprete la scelta del criterio nell'ambito del tipo indicato. La clausola generale indica, cioè, la necessità di ricorrere a un tipo di criterio (per esempio di natura morale) escludendone altri. Tuttavia, vi sono casi in cui la clausola generale, in ragione della sua formulazione, lascia irrisolta la questione del criterio cui rinvia, nel senso che rinvia indifferentemente a criteri esterni o interni al diritto».

⁸⁶ Questa possibilità è peraltro riscontrabile, sebbene complessivamente recessiva, anche con clausole generali la cui formulazione testuale sembrerebbe deporre più univocamente nel senso di un rinvio alla morale, come ad esempio per i 'buoni costumi' (*Gute Sitten*). Cfr. in proposito TEUBNER, Gunther. *Standards und Direktiven in Generalklauseln*. Frankfurt a.M.: Athenäum, 1971, p. 36 ss.

non verrebbe “valorizzato” dall’interprete al momento di applicare (o attuare) la norma inclusiva della clausola generale⁸⁷.

Se infine si considera come tutti gli standard richiamati dai concetti valutativi sarebbero sempre suscettibili di mutare nel tempo i propri contenuti in connessione con l’evolversi della società (e del relativo sistema giuridico), garantendo così ai settori dell’ordinamento presidiati da clausole generali un certo grado di flessibilità e una certa capacità di adattamento anche *a tessuto normativo scritto invariato*, si può arrivare alla seguente definizione della categoria qui considerata.

Le clausole generali sarebbero quelle parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretabili come concetti il cui significato non possa essere determinato in concreto se non per il tramite di parametri di giudizio – spesso, anche se non necessariamente, desunti dall’insieme delle regole sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro⁸⁸.

§ 4.4. – *La concretizzazione delle clausole generali*

Le caratteristiche sintattiche, semantiche e strutturali analizzate nei paragrafi precedenti e riassunte nella definizione ora prodotta consentono ora di tratteggiare il profilo del procedimento di concretizzazione – termine qui da intendersi comprensivo tanto della *applicazione* diretta a fattispecie concrete quanto della *attuazione* attraverso la creazione di ulteriori fattispecie astratte – di una norma contenente una clausola generale⁸⁹.

⁸⁷ Anche in tali casi, però, criteri di valutazione meta-giuridici sembrerebbero comunque avere un rilievo strutturale, seppure soltanto (parziale e) *indiretto*. Infatti, quand’anche lo standard richiamato dalla clausola generale si intendesse di tipo giuridico, il rinvio non parrebbe mai effettuato a *specifiche* (classi di) disposizioni o norme giuridiche, individuabili formalmente a partire dalla formula espressiva della clausola generale. La concreta selezione dello *specifico* materiale *giuridico* che alla fine andrà (direttamente) ad integrare la clausola generale, dunque, sarà pur sempre (indirettamente) effettuata secondo criteri sostanziali almeno in parte extra-giuridici (o, quanto meno, extra-*positivi*). Si potrà anche dire, insomma, che la clausola generale del ‘danno ingiusto’ rinvii non a criteri di valutazione (o regole) morali o sociali, ma a particolari categorie di norme giuridiche, indicandole magari come quelle che qualificano un interesse come ‘degno di protezione secondo l’ordinamento giuridico’. Il rilievo di parametri normativi extra-giuridici parrebbe qui comunque sussistere, sia pure solo su un meta-livello, giacché per selezionare *quali* (categorie di) norme giuridiche segnalino l’interesse da queste protetto come *degno* di tutela giuridica anche nella sua proiezione risarcitoria, parrebbero pur sempre necessari dei criteri di valutazione non esplicitati dal diritto positivo, né da esso soltanto desumibili. La necessaria congiunzione di standard giuridici ed extragiuridici per l’applicazione della clausola generale di cui all’art. 2043 è attestata, ad esempio, da *Corte cost.*, 10 maggio 1999, sent. n. 156.

⁸⁸ Analogamente VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali*, cit., p. 71 secondo cui una clausola generale verrebbe a essere costituita da «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti».

⁸⁹ Cfr. HAUBELT, Horst Wilhem. *Die Konkretisierung von Generalklauseln*. Augsburg: Gesamtherstellun, 1978, *passim*, ma part. p. 46 ss. Spunti (parziali) ora anche in SCHMIDT, Martin. *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*. Berlin: de Gruyter, 2009, p. 15 ss.

Bisogna peraltro precisare che tale procedimento assumerà fattezze differenti, implicando anche un differente grado di elasticità e d’incertezza negli esiti, a seconda della *singola* formula espressiva di una clausola generale e della sua *specifica* collocazione all’interno del singolo enunciato normativo e/o del settore dell’ordinamento. I problemi posti dal ‘danno ingiusto’, in altre parole, potrebbero essere almeno in parte differenti da quelli posti dal ‘buon costume’ e quest’ultima formula, a sua volta, potrebbe essere intesa diversamente a seconda che ricorra – ad esempio – nel codice civile come causa di invalidità del contratto o nella Costituzione come limite di un diritto fondamentale. Sebbene dunque, per ragioni di sintesi, si parlerà qui di séguito di concretizzazione *delle clausole generali* (come categoria), l’astrattezza di tale ragionamento dovrà poi sempre andare congiunta con l’analisi della concreta fenomenologia *della singola clausola generale*.

§ 4.4.1. – Interpretazione del termine valutativo e individuazione dello standard

Il primo *step* è costituito dal riconoscimento, all'interno della singola disposizione, d'un termine o un sintagma come "valutativo" (*a*) e dell'individuazione del suo significato, vale a dire del "tipo" di standard (o dei possibili tipi di standard) che esso richiama (*b*).

Come già s'osservava, la presenza di termini valutativi come 'buon costume', 'danno ingiusto', 'buona fede' in una disposizione giuridica è condizione *necessaria*, ma *non sufficiente* per l'esistenza d'una clausola generale nella fattispecie della relativa norma. Il termine valutativo, infatti, deve anche essere interpretabile come un rinvio quanto meno *potenziale* a uno standard meta-giuridico. Qualora una delle predette formule, ad esempio, risultasse interpretabile *esclusivamente* come rinvio ad altre norme giuridiche (risultando di fatto analoga, a livello di *significato*, a espressioni *sintattiche* come 'in conformità ai trattati giuridici internazionali'), a dispetto delle apparenze non saremmo di fronte a clausole generali nel senso prima precisato⁹⁰.

Atteso dunque che la clausola generale dovrà rinviare a uno o più standard, bisognerà poi capire (*b*) se il termine o sintagma valutativo rinvii a uno standard *esclusivamente* meta-giuridico (*b1*) o se viceversa potrebbe rinviare contemporaneamente *anche* a un sottoinsieme di regole giuridiche (*b2*).

Rilievo, questo, non sempre facile, giacché «sovente l'uso di un criterio esterno al sistema giuridico non è implicito nella semantica della clausola generale, o meglio non è l'unica via che si mostra all'interprete»⁹¹ e allora «il rinvio alla coscienza sociale non esaurisce [...] il contenuto dei concetti vaghi socialmente tipici. In particolare, quando si tratti di nozioni con una portata anche tecnico-giuridica, spetta all'interpretazione sistematica di chiarire i rapporti tra queste nozioni e gli altri concetti normativi, tessendo una fitta rete teorica dalla quale, poi, si ridiscende all'esperienza per trarre questa o quella concreta conseguenza giuridica»⁹².

Se evidente parrebbe il rinvio a standard esclusivamente meta-giuridici effettuato da formule come 'buon costume' o simili, meno scontata potrebbe essere la questione – come si vedeva, anche in rapporto alla collocazione della relativa formula nel suo contesto documentale e storico – nel caso di espressioni come 'danno ingiusto'. In questi ultimi casi parrebbe potersi parlare, in connessione con profili di ambiguità del termine valutativo, di vaghezza (combinatoria) della norma inclusiva della clausola generale, giacché risulterebbe incerto l'oggetto cui essa farebbe effettivamente rinvio⁹³.

⁹⁰ Con terminologia leggermente diversa, ma contenuto concettuale analogo vedi LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme*, cit., p. 320: «la condizione necessaria e sufficiente per poter dire che un sintagma verbale rappresenta una formula vaga socialmente tipica è che il concetto da esso espresso non possa venire elucidato se non facendo rinvio alle mutevoli regole metagiuridiche. Ma per accertare l'esistenza di un simile rinvio, solitamente tacito, è indispensabile una delicata e paziente opera interpretativa. Molte volte, infatti, una norma in bianco non è completabile mediante regole sociali, bensì mediante altre norme giuridiche o facendo ricorso ai principi generali e quindi, in quei casi, la norma in bianco non contiene concetti vaghi socialmente tipici».

⁹¹ VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali*, cit., p. 67.

⁹² LUZZATI, Claudio. *La vaghezza*, cit., p. 318.

⁹³ LUZZATI, Claudio. *La «normalizzazione» delle clausole generali*, cit., p. 178: «le clausole generali vanno intese come *concetti valutativi* i cui criteri applicativi siano fissati in un modo in una qualche misura vago. Qui abbiamo un'ipotesi di *vaghezza a più livelli*. Da un lato, vi è la *vaghezza della meta-norma di rinvio* che contiene la clausola. Dall'altro, su un piano linguisticamente inferiore, vi sarà l'eventuale *vaghezza dei criteri ai quali la legge rinvia*», laddove a p. 179 si precisa come tramite il rinvio che viene "scoperto o creato dagli interpreti" «si rimanda congiuntamente ad una pluralità di parametri: di questi ultimi, secondo la comune opinione, alcuni saranno chiaramente inclusi nel (o esclusi dal) novero dei criteri rilevanti per applicare il termine valutativo; la rilevanza di altri, invece, sarà più o meno controversa. La situazione, in fondo, è pressoché analoga a quella che viene a verificarsi a proposito della vaghezza combinatoria o multidimensionale (quella di 'veicolo', 'sedia', 'religione')».

Tale vaghezza della meta-norma di rinvio, tuttavia, non si limiterebbe al caso ora citato della possibile concorrenza tra standard giuridici e standard meta-giuridici, riproponendosi infatti, talvolta, anche *all'interno* di questi ultimi. Mentre in connessione con termini o sintagmi valutativi come 'comune senso del pudore', parrebbe esplicito il rinvio a un insieme di regole sociali *mediamente diffuse ed empiricamente verificabili* (b1.1.), formule come 'buon costume' – in dati contesti – potrebbero risultare interpretabili anche come richiamo non tanto a una morale sociale *effettivamente vigente* (o magari a una sua partizione)⁹⁴, bensì come a una morale "critica" *astrattamente argomentabile* (b1.2.).

A tal proposito – con particolare riferimento, fra l'altro, proprio alle clausole generali riscontrabili in Costituzione – è stato osservato come «è questione affatto contingente se una disposizione formulata in termini valutativi contenga o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: cosa che talvolta effettivamente accade, specialmente nella legislazione ordinaria, mentre in altri casi l'uso di queste formule sembra demandare al giudice una valutazione di tipo direttamente morale. E proprio quest'ultimo sembra il caso delle espressioni valutative contenute nelle disposizioni costituzionali: queste non sembrano fare rinvio a valutazioni "sociali", ma piuttosto a valutazioni morali»⁹⁵. La differenza fra l'una e l'altra interpretazione del termine valutativo contenuto nella disposizione sarebbe sostanziale, giacché «certo, in un senso è ovvio che le valutazioni morali dipendono dalla società di riferimento, ma tuttavia una cosa è impegnarsi in un'*argomentazione morale* (influenzata, come è ovvio, da condizionamenti sociali di qualche tipo) per ricostruire il significato di un termine valutativo, e altra cosa è ricostruire tale significato sulla base di una *rilevazione statistica e sociologica delle convinzioni diffuse nella società*»⁹⁶.

§ 4.4.2. – Individuazione del criterio di giudizio e sua specificazione

Individuato lo standard di riferimento, bisognerà poi reperire al suo interno, fra la pluralità di criteri in esso presenti, lo specifico criterio di giudizio col quale qualificare la concreta fattispecie in questione (c).

Se al momento della selezione dello standard poteva rilevare la vaghezza della meta-norma di rinvio (vaghezza *rispetto allo standard*, quando sia incerto il sistema di regole richiamato dalla clausola generale), in questa fase rileva la possibile vaghezza del sistema di regole cui il rinvio è effettuato (vaghezza *dello standard*), che viceversa si evidenzia nel momento in cui (1) risulti incerta l'appartenenza di una data regola (di un dato criterio di valutazione) allo standard⁹⁷, oppure (2) il caso concreto cada in una frangia di vaghezza di questa regola (*hard case* nel sistema normativo richiamato dalla clausola generale).

Per appurare il grado di vaghezza del criterio di giudizio individuato all'interno dello standard, e più in generale per applicare quest'ultimo a una fattispecie concreta, occorrerà determinarne il contenuto specifico in rapporto alle circostanze e soprattutto al tempo (d)⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. LUZZATI, Claudio. *La vaghezza*, cit., p. 314 s.: «la vaghezza della metanorma di rinvio spesso rende problematica l'identificazione delle regole morali o socio-ambientali a cui il diritto rimanda: si tratterà delle norme deontologiche di una data professione? del credo di una particolare fede religiosa? di ideali politico-civili? delle regole di etichetta e di buona educazione? dei canoni del buon senso? dell'etica di un gruppo ristretto oppure di un insieme di opinioni morali condivise dalla maggioranza dei cittadini?»⁹⁴.

⁹⁵ PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 136.

⁹⁶ PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione*, cit., p. 136 s. (corsivi miei).

⁹⁷ Il problema si pone qui con maggiore pregnanza giacché gli standard richiamati dalla clausola generale sono tipicamente sistemi normativi i cui elementi non sono identificabili tramite contrassegni sintattici o sicuri test formali di appartenenza.

⁹⁸ Infatti, anche la norma specifica sociale «dalla quale la norma in bianco del legislatore deve essere integrata potrà essere fluida e imprecisa; essa, inoltre, varierà nel tempo, nello spazio, e nei diversi contesti». Così LUZZATI, Claudio. *La vaghezza*, cit., p. 315. Cfr. anche CHIASSONI, Pierluigi. *Le clausole*

È in particolare quest'ultimo snodo a sollevare non lievi problemi – evidenti soprattutto nel caso più “tradizionale” delle clausole generali che effettuino rinvio a norme sociali – con riferimento tanto alla metodologia da seguire, quanto alla strutturale “non conclusività” dei risultati di volta in volta raggiunti.

Occorre qui prima di tutto tenere presente che i *criteri di giudizio* diffusi a livello sociale concettualmente non coincidono necessariamente né con le *valutazioni* sociali empiricamente verificabili, né tantomeno con le corrispondenti *condotte* concretamente tenute in un dato contesto. Da una parte, infatti, le *condotte* concretamente riscontrabili in un determinato ambiente potrebbero non essere (sempre) conformi alle *valutazioni* espresse in quello stesso ambiente⁹⁹. Dall'altra parte, poi, le stesse *valutazioni* concretamente effettuate potrebbero non palesarsi (del tutto) idonee a rispecchiare i *criteri* di cui dette valutazioni vorrebbero essere applicazione¹⁰⁰.

Anche senza considerare i complessi problemi legati all'identificazione dei criteri di giudizio validi in una società (o in una più ristretta cerchia di essa)¹⁰¹ con quelli validi per la maggioranza dei membri di tale società¹⁰², insomma, per accertare se il dato comportamento *x* (poniamo il passeggiare in abiti succinti in un luogo di culto) sia o non sia contrario a ‘buon costume’ secondo i criteri di giudizio adottati in una data società, insomma, non basterebbe verificare:

α) se il comportamento *x* venga o meno statisticamente a realizzarsi, giacché potrebbe realizzarsi in modo statisticamente rilevante senza per ciò essere conforme ai criteri che definiscono il buon costume nella società data (dove per ipotesi la gente potrebbe passeggiare in abiti succinti nei luoghi di culto perché, *nonostante lo ritenga contrario a buon costume*, fa prevalere esigenze di praticità), e neppure

β) se il comportamento *x* venga concretamente valutato come contrario a buon costume dai consociati, poiché le valutazioni espresse potrebbero essere *falsa applicazione* dei

generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica. In: Giurisprudenza italiana. Torino: Utet, 2011, p. 1697: «l'elasticità di una clausola generale può essere *tripla*, ponendo tre distinti problemi di indeterminatezza: il problema della *determinazione del sistema normativo di riferimento*, che si risolve mediante un'operazione di *disambiguazione* della clausola generale; il problema della *specificazione del sistema normativo* di riferimento, che si risolve mediante l'identificazione, all'interno del sistema normativo previamente selezionato, di uno o più parametri, uno o più principi, rilevanti per la disciplina di un caso; il problema della *specificazione del parametro normativo*, che consiste nello stabilire ciò che esso prescrive per il caso in questione – tenendo conto della sua indeterminatezza sincronica e diacronica».

⁹⁹ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme*, cit., p. 323: «i giuristi nel ragionamento giustificativo fondato sulle clausole generali non devono considerare ciò che l'uomo medio *fa*, ma ciò che l'uomo medio pensa di *dover fare*. Detto altrimenti, bisogna andare alla ricerca di una *regola* etico-sociale e non di una mera *regolarità* di comportamenti (*l'id quod plerumque accidit*). Il passaggio dalla *normalità* alla *normatività*, che sovente ha una grande efficacia persuasiva, rappresenta, infatti, una nota fallacia che i filosofi di tutti i tempi hanno sempre cercato di smascherare».

¹⁰⁰ Su questo punto vedi efficacemente PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione*, cit., p. 137 s.: «vi è una differenza tra la mera rilevazione di ciò che è effettivamente approvato/disapprovato da parte (della maggioranza?) dei membri di un gruppo sociale, e l'accertamento dei criteri utilizzati in quella società nel giudizio di approvazione/disapprovazione: le due attività possono avere un esito differente, perché i membri della comunità possono sbagliarsi nell'applicare i propri criteri, o perché i criteri stessi possono non essere del tutto trasparenti a tutti i partecipanti».

¹⁰¹ Insiste sull'importanza di circoscrivere le “aree sociali” rilevanti LUZZATI, Claudio. *La “normalizzazione”*, cit., p. 187: «l'impiego delle clausole generali ha senso in una società per nulla statica e altamente differenziata, purché si abbia cura di non andare in cerca di parametri che vadano bene indiscriminatamente per tutti, ma si cerchino le specifiche regole che governano le reciproche attese in uno specifico sottogruppo locale o professionale». L'importanza per la concretizzazione di alcune clausole generali delle regole deontologiche delle categorie professionali e dell'accertamento qualificato da parte delle relative istituzioni di controllo, quando presenti, è stata recentemente sottolineata da Pietro Rescigno in PEDRINI, Federico. *Colloquio sul pluralismo. Intervista al Prof. Pietro Rescigno (Roma, 22 novembre 2014)*. In: *Lo Stato*. Modena: Mucchi, n. 3, 2014, p. 212.

¹⁰² Un utile spunto ancora in PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione*, cit., p. 137.

criteri che le ispirano e che gli stessi valutanti ritengono validi (ipotizziamo che la valutazione di contrarietà al buon costume sia concretamente formulata dai consociati nell'*errata presupposizione* che il divieto di entrare in abiti succinti in un luogo di culto dipenda da un'espressa norma del diritto di quel culto, in realtà inesistente).

Nonostante tale opinione sia spesso riproposta, dunque, il richiamo effettuato dalle clausole generali in nessun caso si risolverebbe in un rinvio *meramente recettizio* alle valutazioni sociali "dominanti", mentre all'interprete sarebbe sempre richiesta una delicata opera di rielaborazione "interpretativa" di queste ultime¹⁰³, in un'analisi dove i parametri empirici si accompagnano necessariamente a quelli normativi¹⁰⁴.

Oltre alle già segnalate complessità relative all'accertamento del criterio di giudizio all'interno dello standard di riferimento *in un dato momento storico*, il procedimento di concretizzazione delle clausole generali implica infine un'ulteriore, delicato passaggio in una prospettiva *diacronica*.

Il criterio di giudizio richiamato dalla clausola generale, infatti, sarebbe una regola suscettibile d'evolvere e di mutare di contenuto nel corso del tempo all'interno dello standard, secondo dinamiche diverse da (e in molti contesti più rapide di) quelle valide all'interno degli ordinamenti giuridici¹⁰⁵. L'*odierna* contrarietà (o conformità) d'un comportamento al criterio di giudizio evocato dal 'buon costume' o dalla 'buona fede' non esclude, infatti, che un *domani* il medesimo comportamento possa essere qualificato, sulla base della medesima clausola generale, in senso diverso o addirittura opposto.

Il che, dal punto di vista operativo, parrebbe implicare la necessità di accertare il significato concreto della clausola generale *ogni volta daccapo*, in occasione di ciascuna singola istanza applicativa della relativa norma, giacché il richiamo ai precedenti (e la relativa stabilizzazione da essi derivante anche in un ordinamento che non li qualifica come giuridicamente vincolanti) parrebbe rilevare con riferimento alle clausole generali solo in misura assai blanda¹⁰⁶.

¹⁰³ Sulle notevoli difficoltà della quale cfr. anche ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978, trad. it. di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 12 s.: «in molti casi le valutazioni della collettività non possono essere constatate con precisione. Anche ricorrendo all'aiuto dei metodi delle scienze sociali ci si imbatte spesso in valutazioni che non sono sufficientemente concrete per poter servire da base per le decisioni. A questo scopo la collettività dovrebbe intervenire in tutti i casi che devono essere decisi. Inoltre, spesso ci si troverà di fronte a valutazioni divergenti. Quali valutazioni dovrà allora seguire chi decide? Questo vale anche nel caso in cui ci si riferisca a valutazioni di "determinate cerchie", rispetto alle quali vanno presi in considerazione particolare i giuristi oppure, all'interno della cerchia dei giuristi, i giudici. Anche qui non sono infrequenti opinioni del tutto differenti. Inoltre, chi ricorre alle convinzioni di determinate cerchie, deve giustificare il motivo per cui proprio le opinioni delle persone che ne fanno parte debbano essere quelle decisive. Inoltre, bisogna chiedersi se una convinzione di tipo normativo possa fungere da fondamento di decisioni giuridiche per il semplice fatto di essere diffusa. Di contro si potrebbe sostenere che è possibile che alcune convinzioni possano risultare diffuse soltanto perché i loro sostenitori non hanno ancora avuto un'occasione adeguata per verificarle criticamente».

¹⁰⁴ Questo duplice aspetto riscontrabile nella concretizzazione delle clausole generali è ben evidenziato DREIER, Horst. *Die "guten Sitten" zwischen Normativität und Faktizität*. In: F. HARRER, Friedrich-HONSELL, Heinrich-MADER Peter (eds.). *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*. Wien-New York: Springer, 2011, p. 141 ss.

¹⁰⁵ Vedi per tutti FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Vol. I. *Teoria generale del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 421 s.: «il diritto ricorre integrativamente ad un modello culturale esterno invece di costruire per proprio conto l'intero modello normativo», giacché «con la ricostruzione autonoma e con l'assorbimento inclusivo si stralcia il modello ausiliario esterno dal suo contesto culturale per farlo diventare parte integrante del contesto culturale del diritto, assoggettandolo così al regime sistematico ed evolutivo proprio della giuridicità; mentre la solidarietà intrasistemica non stralcia la regola esterna del proprio contesto culturale o lo lascia assoggettato alle leggi sistematiche ed evolutive operanti in tale contesto».

¹⁰⁶ Cfr. LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme*, cit., p. 304: «mentre, se si discute di vaghezza comune, non si possono dare più soluzioni diverse a distanza di tempo di uno stesso caso dubbio senza

§ 4.5. – La differenziazione funzionale

Le caratteristiche strutturali delle clausole generali, ora esaminate nei dettagli del relativo procedimento di concretizzazione, ne evidenziano la funzione finalisticamente “neutra” di garantire un certo grado di dinamicità all’ordinamento senza bisogno di procedere alla modifica formale delle sue disposizioni scritte.

Questa descrizione della funzione delle clausole generali in senso meramente *tecnico-strumentale*, dal canto suo, ancora non dice molto sulla “direzione” di tale adeguamento, cioè sul suo versante *contenutistico* (adeguamento *a che cosa?*). E non dice proprio nulla sui *soggetti* istituzionali chiamati ad applicare o ad attuare autoritativamente le clausole generali, e dunque anche ad effettuare quelle scelte che, come si è visto, spesso il relativo procedimento impone di effettuare tra una pluralità di opzioni parimenti ammissibili.

Sicuramente da escludere, in rapporto alle caratteristiche indicate in precedenza, parrebbe l’ammissibilità della ricostruzione delle clausole generali come semplici “mandati”, più o meno in bianco, al soggetto istituzionale applicatore (solitamente individuato nel giudice). Nonostante la sua frequente riproposizione in dottrina¹⁰⁷, infatti, il “rinvio” operato dalle clausole generali a criteri di giudizio (almeno potenzialmente) metagiuridici idonei a integrare la fattispecie parrebbe cosa assai diversa dalla creazione di una riserva di competenza in capo a un soggetto istituzionale, che in un dato ambito sarebbe dunque semplicemente “delegato” a decidere (più o meno liberamente)¹⁰⁸.

Al di là di questa indicazione di segno “negativo”, tuttavia, il discorso sulla funzione delle clausole generali sembra difficile da affrontare *in astratto*, con un ragionamento valido per l’intera categoria per come sinora la si è definita/stipulata. In “positivo”, infatti, i profili relativi ai contenuti immessi nell’ordinamento dalle clausole generali e agli ipotetici soggetti istituzionali “privilegiati” deputati a sciogliere l’indeterminatezza di esse parrebbero dipendere in senso forte dalla *concreta* configurazione (e collocazione ordinamentale) della singola clausola generale.

Altra, insomma, parrebbe poter essere la funzione della clausola generale riconducibile al ‘comune sentimento della morale’ quale criterio (prevalentemente empirico-sociologico) per stabilire l’oscenità penalmente rilevante di un atto, altra quella del ‘buon costume’

cadere in contraddizione, invece, se si discute un’ipotesi di vaghezza socialmente tipica, tale incompatibilità viene meno: infatti è sempre possibile sostenere che nel periodo trascorso le valutazioni del costume e della morale collettiva a cui una locuzione vaga socialmente tipica fa riferimento sono cambiate».

¹⁰⁷ Impostazione che risale al già citato lavoro di ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 19 ss. dove si parlava di «assegno in bianco» e poi ripresa da ENGISCH, Karl. Introduzione al pensiero giuridico, cit., p. 169 che considerava le clausole generali come una tecnica legislativa idonea a «permettere loro quella libertà di decisione necessaria per venire a capo dei problemi presentati dai molteplici e imprevedibili casi della vita». In senso analogo, nella letteratura più recente, cfr. in particolare D’AMICO, Giovanni. *Note in tema di clausole generali*, cit., p. 438, secondo il quale la delega al giudice sarebbe addirittura il tratto *distintivo* della categoria in questione: caratterizzante sarebbe «che la norma presenti una *struttura aperta*, nel senso che non operi essa stessa la qualificazione giuridica del fatto, ma “deleghi” questo *compito all’interprete*. Non, dunque, una “fattispecie” già definita dal legislatore, e sia pure col ricorso a espressioni indeterminate, bensì una *fattispecie che spetta al giudice “costruire”*» (secondo e terzo corsivo mio). Ancora più radicale GUARNERI, Attilio. *Clausole generali*. In: *Digesto Discipline Privatistiche (Sezione Civile)*. Vol. II. Torino: Utet, 1988, p. 403: «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*».

¹⁰⁸ Altrimenti detto, «una cosa è un rinvio a determinati parametri o criteri preesistenti e una cosa diversa è il conferimento al giudice di produrre una norma totalmente nuova» (LUZZATI, Claudio. *La «normalizzazione» delle clausole generali*, cit., p. 178). Del resto, ritenere equivalenti le due formule ‘sono vietati gli atti *contrari al comune sentimento del pudore*’ e ‘sono vietati gli atti *inerenti al costume stabiliti dal giudice*’ parrebbe di per sé ampiamente controintuitivo.

(maggiormente aperta a concezioni *normative* e non soltanto empiriche del costume), del ‘danno ingiusto’ (interpretabile anche come rinvio a standard *giuridici*), altra e diversa ancora quella ipotizzabile allorché si riconoscesse l’appartenenza alla categoria delle clausole generali di formule come quelle dei ‘diritti inviolabili’¹⁰⁹, della ‘*freie Entfaltung der Persönlichkeit*’¹¹⁰ o della ‘*Menschenwürde*’¹¹¹ (apparentemente più proiettate verso concezioni alte e “progressive”).

Proprio l’alto tasso di “genericità funzionale” proprio delle clausole generali, se considerate soltanto sotto il loro profilo semantico e strutturale, suggerirebbe l’opportunità d’introdurre, sempre a livello stipulativo, una loro definizione più ristretta.

In senso ampio, come si vedeva, le clausole generali sarebbero quegli elementi della fattispecie normativa, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, interpretabili come concetti il cui significato non possa essere determinato in concreto se non per il tramite di parametri di giudizio diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro e *frequentemente*, ma *non necessariamente*, desunti dall’insieme delle regole sociali o del costume.

Questa definizione, come si è visto, consentirebbe di includere nel modello delle clausole generali anche concetti valutativi interpretabili come rinvii a standard prevalentemente giuridici (come nel caso del ‘danno ingiusto’, secondo la lettura prevalente), così come anche a standard metagiuridici non necessariamente “effettivi” dal punto di vista sociale, ma anche solo argomentabili come frutto di un confronto critico circa le concezioni diffuse a livello sociale (si pensi, ad esempio, alle possibili versioni normative del ‘buon costume’ o della ‘dignità umana’).

L’accezione più ristretta, basata sul nucleo più ristretto di formule tradizionalmente riconosciute come archetipi di clausole generali – nelle cui disposizioni scritte non a caso ricorrono spesso aggettivi come ‘*comune*’ (sentimento del pudore o della morale)¹¹², ‘*ordinaria*’ (diligenza)¹¹³, ‘*normale*’ (tollerabilità)¹¹⁴ – verrebbe viceversa a valorizzare il compito “classico” delle clausole generali quali sistemi di collegamento con la sola “normalità” sociale.

In senso stretto, dunque, le clausole generali rinvierebbero a uno standard metagiuridico identificato *necessariamente* con l’insieme delle regole (dei criteri di giudizio) sociali o del costume, realmente vigenti ed empiricamente verificabili¹¹⁵. La funzione delle clausole generali in senso stretto sarebbe allora quella «*di assicurare il contatto sociale con le ragionevoli aspettative della vita sociale*», in una visione “conformistica” che «*risponde ad ovvie esigenze di relativa prevedibilità del comportamento altrui*»¹¹⁶, con

¹⁰⁹ Art. 2 Cost. it.: «La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo». Circa la possibile ricostruzione di esso come clausola generale si veda soprattutto BARBERA, Augusto. *Art. 2*. In: BRANCA, Giuseppe. *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*. Bologna-Roma: Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 1975, p. 50 ss. Un’analisi della percorribilità di tale lettura e ulteriori indicazioni bibliografiche in PEDRINI, Federico. *Le “clausole generali”*, cit., p. 262-273.

¹¹⁰ Art. 2, I, GG: «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit». La possibilità di intendere questo articolo come una clausola generale è un topos della letteratura tedesca, richiamato da ultimo in WISSMANN, Hinnerk. *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 109 (ivi ulteriori riferimenti).

¹¹¹ Art. 1, I, GG: «Die Würde des Menschen ist unantastbar». Per la sua ricostruzione in termini di clausola generale cfr. ancora recentemente DOLDERER, Anja Beatrice. *Menschenwürde und Spätabbruch*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2012, p. 46 ss. (part. p. 47 e relative note).

¹¹² Cfr. *retro*, § 4.1.

¹¹³ Art. 1227, comma 2, codice civile: «il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza».

¹¹⁴ Art. 844, comma 1, codice civile: «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, (...) e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità».

¹¹⁵ ...secondo la procedura descritta in precedenza (*retro*, § 4.2.2.) e che presenterebbe non trascurabili analogie con quella di accertamento delle consuetudini.

¹¹⁶ LUZZATI, Claudio. *La “normalizzazione”*, cit., p. 181 ss.

l'esclusione di «qualsiasi morale supererogatoria, eroica, esigente, o anche solo molto rigida»¹¹⁷.

La stipulazione più ristretta ora esposta parrebbe, dal punto di vista descrittivo e qualificatorio, mostrare in effetti una sua utilità, consentendo di tratteggiare una sub-categoria di clausole generali significativamente omogenea al proprio interno (anche sotto il profilo funzionale) e maggiormente selettiva sul piano del materiale giuridico di riferimento. La sua efficacia euristica, tuttavia, non sembra tale da imporre la *sostituzione* della nozione di clausola generale in senso ampio, ma soltanto di tenerla presente *a fianco* di quest'ultima, la quale pure parrebbe aver qualcosa di significativo da dire in rapporto ai principi costituzionali, cui ora può rivolgersi l'analisi.

§ 5. – *Principi costituzionali e clausole generali*

Come già si sottolineava, sotto la rubrica di 'principio' vengono ricondotte nella letteratura giuridica norme dalle caratteristiche assai eterogenee. Il che significa, detto con altre parole, che avremo molte categorie (al plurale) di principi, non sempre tra loro significativamente imparentate.

Se l'indagine sulla categoria dei principi costituzionali e sul suo rapporto con quella delle clausole generali si volesse dunque impostare *in astratto*, con la speranza di ottenere conclusioni valide per *ogni* nozione di principio, ci si dovrebbe per forza di cose accontentare di risultati analiticamente modesti. A rilevare, peraltro, sembrerebbero più le differenze che le affinità o gli elementi di intersezione fra le due categorie, che si rivelerebbero sempre disomogenee: *necessariamente* sotto il profilo *concettuale* e quanto meno *potenzialmente* sotto quello *sintattico*.

A livello *concettuale*, infatti, principi e clausole generali hanno *sempre* un grado diverso di completezza come precetti: i primi sono *norme*, mentre le seconde sono soltanto *parti* (elementi, frammenti) *di norme*. A livello *sintattico*, invece, rileva la diversa pregnanza del dato scritto: mentre le clausole generali sono *necessariamente* evinte da un termine valutativo che ricorre in un enunciato espresso delle fonti, spesso ci si imbatte in principi impliciti, non espressamente formulati da nessuna precisa disposizione, bensì ricavati per via induttiva da una *pluralità* di disposizioni che non li enunciano direttamente o magari ascritti alla disposizione senza un espresso ancoraggio alla sua "lettera"¹¹⁸.

Se questo escluderebbe la possibilità di *sovrapporre* le due categorie o anche solo di ritenere le clausole generali come componenti *necessarie* dei principi, quanto al resto le indicazioni parrebbero limitarsi alla segnalazione di un legame soltanto *contingente*: «non ogni volta che si ha a che fare con una clausola generale si ha a che fare *ipso facto* con un principio, la mera presenza di un termine valutativo non comporta la qualificazione dell'enunciato normativo che lo contiene e del suo significato come principio. Allo stesso

¹¹⁷ LUZZATI, Claudio. *La «normalizzazione»*, cit., p. 185, dove pure si precisa come «le clausole generali non possono richiedere comportamenti più gravosi di quelli praticati nell'ambiente circostante». Cfr. anche *ivi*, p. 187: «le regole sociali servono a stabilire qual è il *minimo* che si può pretendere in una data situazione (...). Questo fa sì che le norme che contengono clausole generali abbiano spesso una funzione limitativa della responsabilità, o dicano fino a che punto si può "ragionevolmente" esercitare una facoltà o un diritto senza far torto agli altri».

¹¹⁸ Vero è che, come si vedeva, non basta un termine valutativo per avere una clausola generale, essendo necessario che il primo sia quantomeno *interpretabile* come un rinvio a standard meta-giuridici, ma a differenza dei principi le clausole generali non parrebbero neppure in ipotesi poter dipendere dall'interpretazione in senso forte, acquisendo le fattezze di costrutti eminentemente interpretativi: un certo dato testuale di partenza è necessario per l'appartenenza di una certa norma alla categoria delle clausole generali, mentre non lo è per l'appartenenza alla categoria dei principi.

modo non ogni principio è una clausola generale, vale a dire che non è un elemento necessario dei principî essere costituiti anche da termini valutativi»¹¹⁹.

Tale rilievo, certamente esatto se inteso come relativo a *ogni* concetto di principio, parrebbe ora meglio da precisare con riferimento a *specifiche* nozioni della categoria, come appunto quella di principio *costituzionale*, che si proverà ad analizzare in una delle sue più significative ricostruzioni.

§ 5.1. – I principi costituzionali come principi morali

Nella specifica teoria “neocostituzionalistica” dei principi elaborata da Robert Alexy¹²⁰ conviene anzitutto distinguere l’aspetto *materiale*, che connota i principi costituzionali come principi morali, da quello *strutturale*, che li definisce in termini di *precetti di ottimizzazione*.

I due piani sono tra loro strettamente legati, non foss’altro perché la ricostruzione (contenutistica) dei principi costituzionali in senso morale rafforza l’opportunità di intenderli (strutturalmente) come precetti di ottimizzazione e, reciprocamente, la scelta di intenderli come precetti di ottimizzazione rende meno problematico concederne un contenuto morale. Nondimeno, ai fini di un confronto tra principi costituzionali e clausole generali, mantenere i due aspetti separati dal punto di vista analitico parrebbe concettualmente possibile e metodologicamente opportuno.

Si consideri dapprima il lato materiale dei principi costituzionali. La loro natura (direttamente o indirettamente) morale sembrerebbe, dal punto di vista di Alexy, legata alla componente sostanziale della pretesa di correttezza o “giustizia” (*Anspruch auf Richtigkeit*) di *qualsiasi* ordinamento giuridico¹²¹ e dunque propria di *ogni* principio, anche se non costituzionale e anche se non espressamente codificato in uno specifico enunciato giuridico¹²².

Al tempo stesso, nel caso dei diritti/principi costituzionali, tale caratteristica parrebbe spesso emergere con la massima evidenza anche dal punto di vista delle formulazioni linguistiche: «con i principî della dignità umana (art. 1, comma I), della libertà (art. 2, parte I), dell’uguaglianza (art. 3, comma I), dello Stato di diritto, della democrazia e dello Stato

¹¹⁹ VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali*, cit., p. 79.

¹²⁰ Mi baserò qui principalmente sulla concezione esposta nella già citata *Teoria dei diritti fondamentali*, giacché i successivi sviluppi, pur precisandone alcuni importanti aspetti (cfr. in particolare ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. In: *Ratio Juris*. Oxford: Wiley-Blackwell. Vol. 16, n. 4, 2003, p. 433 ss.), mi sembra abbiano lasciato intatto il suo impianto complessivo. Si vedano in proposito, da ultimo, le repliche offerte dallo stesso Alexy in KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012 (*Comments and Responses*, p. 319 ss.).

Sul neocostituzionalismo e sulla collocazione al suo interno della prospettiva di Alexy v. BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2009, part. p. 59 ss.

¹²¹ Cfr. di recente ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. Vol. 95, n. 2, 2009. p. 151 ss.; nonché IDEM. *Law, morality and the existence of human rights*. In: *Ratio Juris*. Hoboken: Oxford: Wiley-Blackwell. Vol. 25, n. 1, 2012. p. 2 ss.

¹²² Si consideri la connessione tra le seguenti tesi. Secondo ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg im Breisgau-München: Karl Alber. 1992, trad. it. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*. Torino: Einaudi, 1997, p. 77: «la pretesa di giustizia esige che, se possibile, nel caso dubbio abbia costantemente luogo una ponderazione e di conseguenza una considerazione di principî»; *ivi*, p. 79 si afferma come «nei casi dubbi si tratta di trovare una risposta a una questione pratica non desumibile consequenzialmente dal materiale autoritativo precostituito. Nell’ambito del diritto, risolvere una questione pratica significa dire ciò che è dovuto. Chi vuol dire ciò che è dovuto senza poter basare la sua risposta esclusivamente sulle decisioni di un’autorità, deve considerare tutti i principî pertinenti se intende assolvere alla pretesa di giustizia. Ma tra i principî pertinenti per la soluzione di una questione pratica se ne trovano sempre alcuni che appartengono a una qualche morale».

sociale (art. 20, 28, comma I, I), la Legge Fondamentale ha incorporato nel sistema giuridico della Repubblica federale tedesca i moderni principi fondamentali del diritto di natura e di ragione, e quindi anche della morale del diritto e dello Stato moderni, come principi di diritto positivo. A prescindere dalle varie tecniche di incorporazione e dalla differente distribuzione dei pesi, la stessa cosa vale per tutti i sistemi giuridici di tipo democratico e di Stato di diritto»¹²³.

Le citate espressioni ('dignità umana', 'libertà', 'uguaglianza' e via enumerando) sarebbero caratterizzate, come molte altre nel catalogo dei diritti fondamentali, da un'ampia «apertura testuale», la quale si verrebbe poi a combinare con l'ulteriore caratteristica del loro essere oggetto di inesauste controversie: «Se (...) all'apertura si aggiungono profondi dissensi sugli oggetti della regolamentazione, allora si offre il destro a un'ampia discussione. Proprio questo è il caso dei diritti fondamentali. Il catalogo dei diritti fondamentali regola in parte, mediante modalità estremamente aperte, questioni altamente controverse sulla struttura normativa fondamentale dello Stato e della società. Questo avviene, in maniera molto evidente, nel caso dei concetti dei diritti fondamentali di dignità, di libertà e di eguaglianza. Se a essi si sommano i fini dello Stato e le categorie strutturali di democrazia, Stato di diritto e Stato sociale, si ottiene un sistema di concetti che abbraccia le formule principali del giusnaturalismo moderno, integrato dal principio dello Stato sociale, che dà espressione alle esigenze dei movimenti sociali del diciannovesimo e ventesimo secolo. Questi concetti sono, come i precedenti, categorie di base della filosofia politica, che sono utili, al contempo, nella lotta ideologica, come armi semantiche. L'espressione "lotta per la Legge Fondamentale" si può riferire soprattutto a essi»¹²⁴. Per utilizzare una distinzione elaborata da John Rawls¹²⁵ e poi in seguito ampiamente utilizzata proprio con riferimento ai diritti da un altro importante teorico, Ronald Dworkin, le cui (prime) opere molto hanno influito sul pensiero di Alexy, si potrebbe dire che i concetti valutativi morali inclusi nei principi sarebbero suscettibili di essere sviluppati secondo diverse *concezioni* della morale¹²⁶.

Le somiglianze col modello precedentemente descritto delle clausole generali parrebbero intuitivamente notevoli. La «apertura testuale» di formule come 'dignità', 'libertà' e 'uguaglianza' evoca per molti aspetti quella peculiare "indeterminatezza" che abbiamo visto contraddistinguere le clausole generali. Essa, infatti, sembrerebbe dipendere *specificamente* dalla già incontrata natura "valutativa" dei relativi termini, non utilmente definibili tramite equivalenti semantici e il cui significato concreto rinvia a un insieme di criteri di giudizio (standard) *semplicemente richiamato*, ma *non direttamente*

¹²³ ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg im Breisgau-München: Karl Alber. 1992, trad. it. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*. Torino: Einaudi, 1997, p. 74.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 36-37.

¹²⁵ Cfr. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard: Harvard University Press, 1971, trad. it. di U. Santini (revisione e cura di S. Maffettone), *Una teoria della giustizia*. Milano: Feltrinelli, 2010, p. 25ss.

¹²⁶ V. in particolare DWORKIN, Roland. *I diritti presi sul serio*, cit., p. 53, dove con riferimento a standard "vaghi" come 'ragionevole', 'negligente', 'ingiusto', si afferma che essi sarebbero caratterizzati dal «non pretende[re] neppure di fissare le condizioni che rendono necessaria la propria applicazione» e piuttosto di «esprime[re] una ragione che punta in una certa direzione, ma non necessita[re] di una particolare decisione». Questi standard vaghi, coincidenti con quel che qui si è chiamato 'clausola generale' o 'concetto valutativo', viene altrove rubricato da Dworkin come 'concetto interpretativo'. Su tale nozione v. DWORKIN, Roland. *Justice in Robes*. Cambridge (Mass.)-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, trad. it. di S.F. Magni, *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 244: «condividere un concetto interpretativo non richiede nessun accordo o convergenza sottostanti sui criteri o sugli esempi. Liberali e conservatori condividono il concetto di giustizia, ma non sono d'accordo né sui criteri per i giudizi sulla giustizia, né su quali istituzioni siano giuste e quali ingiuste. Condividono il concetto perché partecipano alla prassi sociale del ritenere giusti o ingiusti atti e istituzioni, e perché ognuno ha delle opinioni, chiare o meno, su quelli che dovrebbero essere ritenuti la maggior parte dei presupposti basilari di quella prassi, il suo senso e scopo».

specificato nella disposizione costituzionale di partenza. E l'analogia parrebbe farsi più intensa considerando, accanto a ciò, la *natura controversa* e dunque tendenzialmente *plurima* dell'insieme di regole (standard) che solo può dare significato concreto a tali formule, specificandone i criteri di applicazione rispetto al tempo e alla circostanza in cui le norme costituzionali di principio devono essere concretizzate.

L'esempio mostra, in altre parole, come tra principi costituzionali e clausole generali possa sussistere un rapporto *forte* sotto una molteplicità di punti di vista. Dal punto di vista *sintattico*, per la presenza di termini valutativi nelle relative disposizioni. Dal punto di vista *semantico* per via della particolare indeterminatezza delle relative norme, identificabile in nella c.d. "vaghezza da rinvio". Dal punto di vista *strutturale*, per la caratteristica di far dipendere il proprio significato concreto da insiemi di criteri di giudizio plurimi e in reciproca competizione, attesa la natura essenzialmente controversa dei concetti valutativi.

La riflessione sulle clausole generali da un lato parrebbe idonea a *spiegare* questo fenomeno nelle sue determinanti, dall'altro offrirebbe un utile modello per *controllare razionalmente* il relativo procedimento di concretizzazione, evidenziandone fase per fase i problemi tecnici e i possibili momenti "valutativi", col loro connesso (ed accresciuto) onere argomentativo¹²⁷. Soprattutto questo secondo aspetto merita di essere sottolineato, giacché si pone come diretta alternativa a tutti gli approcci "intuizionisti" alla conoscenza del contenuto dei principi costituzionali¹²⁸, (approcci) che lo stesso Alexy mostra di reputare incompatibili con la sua teoria dei principi intesa non a caso come «una teoria dei valori *depurata da presupposti insostenibili*»¹²⁹.

Se questo è vero, allora la connessione tra il modello delle clausole generali e la teoria dei principi nel suo versante contenutistico o materiale non può essere sottovalutata. Al tempo stesso, tuttavia, essa parrebbe da precisare, relativizzandola in due sensi.

Anzitutto (1), il rapporto forte tra clausole generali e principi costituzionali *non vale per tutte le ipotesi di principio costituzionale moralmente connotato*. La connessione "privilegiata" tra le due categorie, infatti, opera soltanto per i casi che potremmo definire "paradigmatici" di principi costituzionali (quanto al loro lato materiale), vale a dire a dire per quei principi che *enunciano testualmente* valori morali¹³⁰. Sarebbe viceversa assente per quei principi il cui contenuto non può dirsi direttamente *morale*, ma soltanto *moralmente rilevante*.

Mentre nel caso della disposizione «la dignità umana è inviolabile» (art. 1, I, GG) il relativo principio può dirsi inclusivo di una clausola generale (quale concetto valutativo corrispondente al sintagma 'dignità umana'), la disposizione «scienza, ricerca e insegnamento sono liberi» (art. 5, III, 1 GG) – che pure nella ricostruzione di Alexy sarebbe «*semanticamente aperta (semantisch offen)* sulla base dell'indeterminatezza delle espressioni 'scienza', 'ricerca' e 'insegnamento'»¹³¹ ed espressiva di un principio –, in quanto sprovvista di termini propriamente valutativi risulterebbe concettualmente inidonea ad esprimere (e dunque priva di) una clausola generale.

¹²⁷ Ho provato a evidenziare questo aspetto in PEDRINI, Federico. *Le "clausole generali"*, cit., p. 251 ss.

¹²⁸ Sui quali (e sulla relativa critica) v. LA TORRE, Massimo. *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1999, p. 252 ss.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 39 (corsivo mio). Cfr. *ivi*, p. 173-175 per l'esplicito rifiuto dell'intuizionismo implicito nella teoria dei valori di Scheler.

¹³⁰ Questa importante distinzione è bene colta da PINO, Giorgio. *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale*. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè. Vol. 56, 1, 2011, p. 995 : «il punto non è che le costituzioni, come qualunque legge, *presuppongono* scelte di valore; il punto piuttosto è che le costituzioni contemporanee, a differenza di ciò che accade normalmente nelle leggi, *formulano espressamente* valori etico-politici».

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 85.

Certo si potrà dire che anche la norma-principio desumibile dalla seconda disposizione *presupponga* i valori di una qualche morale, ma vi si riferisce solo in modo *mediato*, senza *menzionarli direttamente*. Ma se il riferimento *indiretto* alla morale basta per connotare contenutisticamente un principio (in senso morale), esso non basta per avere una clausola generale.

In secondo luogo (2), il rapporto forte tra (casi paradigmatici di) principi costituzionali e clausole generali *non varrebbe per tutte le ipotesi di clausole generali*. La connessione “privilegiata”, infatti, opererebbe soltanto con riferimento alle clausole generali *in senso ampio*, cioè come rinvii a standard metagiuridici (qui espressamente etico-morali) *razionalmente argomentabili*, e non invece per le clausole generali *in senso stretto*, intese come rinvii a regole sociali *effettive*.

Che i concetti valutativi inclusi nei principi costituzionali solo a fatica possano essere intesi, nel pensiero di Alexy, come rinvii alla morale sociale “dominante”, emerge con relativa chiarezza dal fatto che mentre quest’ultima potrebbe senz’altro dirsi *una qualche morale*, dalla sua connotazione *empirica* non parrebbe concettualmente seguire la pretesa *normativa* di essere anche la *giusta* morale. Proprio tale caratteristica, tuttavia, sarebbe secondo Alexy l’implicazione necessaria della (altrettanto necessaria) connessione fra diritto e morale. Infatti, «la pretesa di giustizia include una pretesa di giustizia morale che si estende anche ai principî che ne sono alla base»¹³².

Ebbene, tutto ciò parrebbe non soltanto ben lungi dall’essere *intrinseco* al modello delle clausole generali in senso stretto, ma anche *difficilmente conciliabile* con esso, se è vero che al suo interno «le clausole generali, come sono utilizzate di solito, sono ottimi strumenti per costruire fattispecie integrabili con valori impliciti, ma servono pessimamente, per la loro stessa variabilità, a dare un fondamento, morale, politico o d’altro genere, ad altre norme (a tal fine si fa richiamo ai principî)»¹³³.

§ 5.2. – I principi costituzionali come precetti di ottimizzazione

Sebbene il lato materiale dei principi costituzionali, vale a dire la loro connotazione in senso morale, sia certamente un elemento importante nella teoria dei principi di Alexy, esso non ne costituisce tuttavia l’aspetto essenziale. Nella suo nucleo più profondo, infatti, quest’ultima si connota per essere una teoria *strutturale*, giacché appunto strutturale è il criterio qualitativo di differenziazione tra le regole e i principi all’interno della macro-categoria delle norme.

Ricorrendo sempre alle parole del suo Autore, «il punto decisivo per la distinzione tra regole e principi è che i *principi (Prinzipien)* sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa definizione, *precetti di ottimizzazione (Optimierungsgebote)*, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche. L’ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti»¹³⁴.

Giova a tal riguardo precisare che la differenza tra i principi, la cui modalità applicativa sarebbe la *ponderazione*, e le regole, che viceversa seguirebbero la logica *sussuntiva* del “tutto-o-niente”¹³⁵, non opera sul piano delle disposizioni (degli enunciati), bensì su quello

¹³² ALEXY, Robert. *Concetto e validità*, cit., p. 82.

¹³³ LUZZATI, Claudio. *La «normalizzazione»*, cit., p. 185.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 106.

¹³⁵ Cfr. sempre ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 107: «le regole (*Regeln*) sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate. Se una regola è valida, allora è obbligatorio fare

delle norme. Più ancora, tale differenza dipende dal modo in cui tali norme sono intese non tanto attraverso l'interpretazione "letterale" di questa o di quella disposizione costituzionale dotata di specifici requisiti linguistici¹³⁶, ma dalla ricostruzione "sistematica" dell'intera architettura costituzionale¹³⁷. La "natura" *strutturale* di principio (o di regola) di una norma, in altre parole, non parrebbe il risultato diretto né della *sintassi* delle rispettive disposizioni, né delle caratteristiche *semantiche* delle norme, costituendo piuttosto il frutto di una loro particolare "concettualizzazione"¹³⁸, supportata sia da considerazioni di stretto diritto positivo¹³⁹, sia da argomenti logici e metodologici relativi alla miglior (= più corretta) lettura da assegnare al materiale giuridico costituzionale.

Segnatamente in quest'ultima chiave sembrerebbe possibile impostare la riflessione relativa alle possibili connessioni con le clausole generali, connessioni che – dal canto loro – appaiono concettualmente più deboli rispetto a quelle che le clausole generali esprimono con riferimento al lato "materiale" dei principi.

Questo parrebbe dipendere soprattutto dal fatto che mentre la connotazione contenutistica morale dei principi, dal punto di vista della struttura logica della norma – secondo lo schema se F (Fattispecie) allora C (Conseguenza) –, ha a che vedere con caratteristiche della *fattispecie*, dove pure si collocano le eventuali clausole generali, altrettanto non accade quando si concepiscano i principi come precetti di ottimizzazione. Essi, infatti, come si vedeva, hanno sostanzialmente l'effetto di "riformulare" la disposizione che li esprime con l'aggiunta dell'inciso (implicito) «nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali», riferito alla modalità di realizzazione del precetto veicolato dal principio. Quest'ultima (modalità), dal canto suo, ha però evidentemente a che vedere (non con la fattispecie, bensì) con la *conseguenza* della relativa norma.

Prendiamo ad esempio l'art. 1, I GG, che recita «la dignità della persona è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla». Il concetto di 'dignità' – che, come si vedeva, può essere considerato una clausola generale – costituisce la fattispecie della relativa norma, fattispecie che, se concretamente realizzata nei suoi elementi costitutivi, fa scattare la conseguenza costituita dall'obbligo giuridico di rispetto e protezione da parte dei poteri dello Stato. La concettualizzazione in termini di principio di questa norma fa sì che l'obbligo testualmente *generico* di rispettare e proteggere la dignità della persona, dunque teoricamente realizzabile in molti modi e in molti gradi tra loro equivalenti¹⁴⁰, sia

esattamente ciò che essa richiede, né più né meno. Le regole contengono, perciò, *determinazioni* (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile».

¹³⁶ Il punto è esattamente colto da BIN, Roberto. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 15: «non è (...) il "modo" in cui un enunciato è fraseggiato a decidere della "natura" delle norme che esso è capace di esprimere, della loro assegnazione alla classe delle "regole" o a quella dei "principi"».

¹³⁷ Sottolinea espressamente questo aspetto lo stesso Alexy in PEDRINI, Federico. *Colloquio su Principi*, cit., p. 160 ss.

¹³⁸ È lo stesso Alexy ad ammettere come le disposizioni di per sé non mostrino una autonoma "natura" di principio. Come la ricostruzione di una norma come principio sia infatti questione di concettualizzazione (o, se si vuole, di interpretazione in questo specifico senso, che ha a che vedere con la *struttura* e non con il *contenuto*), emerge ad esempio quando nella *Teoria dei diritti fondamentali* si legge (p. 137) che «la Corte costituzionale federale *intende* le norme dei diritti fondamentali, almeno in determinate situazioni decisionali, come principi» (corsivo mio); o ancora (p. 138) che «le garanzie direttamente statuite attraverso le disposizioni dei diritti fondamentali sono *da intendere* come principi» (corsivo mio).

¹³⁹ Cfr. ad esempio ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 147: «se ci si orienta solo al testo letterale, allora i diritti fondamentali con riserva semplice si svuotano al di là della garanzia del contenuto essenziale. Che questo non possa essere corretto risulta già dal vincolo del legislatore alle norme di diritti fondamentali, disposto dall'art. 1 comma 3 LF. Nella misura in cui il legislatore può limitare discrezionalmente un diritto fondamentale, allora non è più vincolato a esso».

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 86 parla di «*apertura strutturale* (*skstrukturelle Offenheit*), tipica di parecchie disposizioni dei diritti fondamentali», esemplificata col «fatto che dalla

implicitamente da intendere come un più *specifico* obbligo di *massimizzazione* (se il principio è inteso isolatamente) o di *ottimizzazione* (se il principio è inteso, come tipicamente è, in relazione con altri principi)¹⁴¹.

Di per sé, insomma, l'idea di principio come precetto di ottimizzazione nulla parrebbe poter dire (direttamente) sulla fattispecie, e dunque anche sulle clausole generali eventualmente ricomprese in quest'ultima, per la banale ragione che *la presuppone*, "occupandosi" di una fase applicativa successiva all'individuazione del bene protetto dalla norma.

Questo non esclude, ovviamente, che una determinata formulazione della fattispecie, e più specificamente una fattispecie contenente concetti valutativi, possa indirettamente influire sulla ricostruzione della relativa norma in termini di precetto di ottimizzazione¹⁴². Tale influenza, tuttavia, sarà al più di carattere probabilistico. Concettualmente, infatti, la presenza di una clausola generale nella fattispecie non sembrerebbe condizione, né *escludente*, né *necessaria*, né *sufficiente* per ricostruire la relativa norma come un precetto di ottimizzazione.

Fermo restando che ogni ulteriore considerazione sarebbe da effettuare non in astratto, ma con riferimento a concrete fenomenologie normative, parrebbe se non altro di poter individuare alcune linee di tendenza, a seconda che le clausole generali si intendano *in senso ampio* o *in senso stretto* e a seconda che ricorrano, all'interno della fattispecie, come *oggetto* o come *limite* del diritto/principio¹⁴³.

In questa chiave, la massima correlazione statistica (di segno positivo) parrebbe darsi nel momento in cui a ricorrere nella fattispecie normativa in qualità di *oggetto* (di bene protetto) sia una *clausola generale in senso ampio* (come accade con le formule della 'libertà', della 'dignità', della 'eguaglianza'). È questo infatti, come già si osservava in precedenza, il caso "paradigmatico" di principio in senso materiale, il quale – proprio per la sua vasta apertura semantica e assiologica, spiegabile attraverso il modello di concretizzazione delle clausole generali – incrementa al massimo le possibilità di conflitto astratto con altri principi, suggerendo pertanto la ponderazione come propria modalità applicativa in concreto¹⁴⁴.

Diversamente sembrerebbero poter funzionare le clausole generali in senso ampio nel momento in cui esse vengano a ricorrere nella fattispecie normativa non più come beni protetti, bensì come *limiti*. In questo caso, infatti, proprio la loro ampiezza, e la corrispettiva

semplice prescrizione che scienza, ricerca e insegnamento debbano essere liberi, non si deve dedurre che questa condizione debba essere creata attraverso azioni dello Stato oppure che essa consista in astensioni dello Stato, o che il sussistere o il porre in essere questa condizione presupponga o meno i diritti soggettivi dello scienziato relativi alla libertà di scienza».

¹⁴¹ Per questa distinzione spesso non considerata cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 112, nt. 37, secondo cui «i principi, da soli o isolatamente, cioè osservati indipendentemente dalla loro relazione con altri principi, hanno il carattere di precetti di massimizzazione», anche se subito dopo si viene a precisare come «tale definizione (...) non coglierebbe la *relazione costitutiva* per i principi di stare con altri principi» (corsivo mio).

¹⁴² E neppure parrebbe in astratto da escludere come, circolarmente, possa anche verificarsi il fenomeno inverso, tale per cui la ricostruzione di una norma in termini di principio possa influire sull'interpretazione di un termine valutativo presente nella disposizione normativa. Tale situazione parrebbe tuttavia più difficile da realizzarsi in concreto, dal momento che la ricostruzione di una norma in termini di principio, essendo come si vedeva il frutto di una sua considerazione sistematica nel suo contesto documentale e ordinamentale, presuppone tendenzialmente per già avvenuta l'interpretazione (quanto meno *prima facie*) della relativa disposizione, e dunque anche del termine valutativo eventualmente espressivo della clausola generale.

¹⁴³ La complessa tematica dei limiti ai diritti fondamentali e della loro ricostruzione teorica è non a caso una componente importante della *Teoria dei diritti fondamentali* (*ivi*, p. 301 ss.).

¹⁴⁴ Si potrebbe obiettare che proprio uno degli archetipi di clausole generali in senso ampio, la 'dignità umana' costituisca – quanto meno all'interno del *Grundgesetz* – un *Oberwert* non bilanciabile con nessun altro principio. Contro la presunta "assolutezza" di tale principio v. però ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 127-131.

compressione della sfera dei comportamenti *prima facie* ricompresi nell'ambito applicativo della norma, potrebbe suggerire di intendere quest'ultima in termini di regola. Si pensi al caso emblematico dell'art. 41 Cost., secondo cui la libertà d'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla libertà, alla sicurezza e alla dignità umana». Qui si potrebbe pensare che, se un comportamento riconducibile alla sfera delle attività economiche non confligge con i beni riconducibili alle ampie clausole generali (in senso ampio) apposte per la sua limitazione, esso risulti protetto in via definitiva, senza possibilità di essere sottoposto ad ulteriori bilanciamenti, dunque appunto nelle forme (non di un principio, bensì) di una regola.

Tuttavia, e a conferma della necessità di valutare le singole situazioni alla luce di un più circostanziato esame delle concrete caratteristiche delle singole norme, l'esperienza segnala come a volte, in simili situazioni, proprio il pericolo di un eccessivo svuotamento derivante dall'estensione potenzialmente molto ampia dei limiti espressi per il tramite di clausole generali (in senso ampio) come 'libertà', 'dignità' e 'sicurezza' abbia viceversa suggerito di considerare *sia* queste ultime, *sia* la libertà economica privata come altrettanti principi, da bilanciare reciprocamente secondo il criterio della proporzionalità¹⁴⁵.

Più tenue sembrerebbe il legame tra i principi (intesi come precetti di ottimizzazione) e le clausole generali in senso stretto. A differenza dei principi, i quali costituiscono precetti generici che consentono di produrre più specifiche regole giustificandole tramite l'argomentazione razionale della massimizzazione rispetto alle condizioni fattuali e della ponderazione con altre norme giuridiche confliggenti secondo il principio di proporzionalità¹⁴⁶, si sarebbe infatti portati a pensare che le clausole generali in senso stretto, col loro richiamo di norme sociali, siano di per sé più idonee a immettere nell'ordinamento direttamente delle regole¹⁴⁷.

Il rilievo parrebbe confermato anche sul piano costituzionale, dove questo sottotipo di clausole generali ricorre tipicamente come limite ai diritti fondamentali. Si pensi al 'buon costume' quale limite (espresso) alla libera manifestazione del pensiero: «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume» (art. 21 settimo comma, Cost.). Esso verrebbe così a definire la fattispecie di una regola – tassativamente derogatoria e non ulteriormente bilanciabile rispetto all'enunciazione generale di libertà della manifestazione del pensiero –, così formulabile: se M (manifestazione del pensiero: *oggetto* del diritto) e NONBC (contrarietà al buon costume: *limite* del diritto) allora D (divieto di manifestazione del pensiero).

È bene precisare, tuttavia, come in questo caso la natura di regola atterrebbe soltanto alla norma limitativa del diritto fondamentale («sono vietate [...] tutte le [...] manifestazioni contrarie a buon costume») e non alla norma enunciativa di quest'ultimo («tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero»), la quale ben potrebbe essere ricostruita come un principio, bilanciabile dunque con altre norme-principio della Costituzione. Né, a ben vedere, i rilievi sopra esposti parrebbero idonei a escludere del tutto la possibilità che, a determinate condizioni, la stessa disposizione che vieta le manifestazioni del proprio pensiero contrarie a buon costume sia comunque interpretata –

¹⁴⁵ Cfr. MORRONE, Andrea. *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 328 ss.; IDEM. *Il bilanciamento*, cit., p. 85-86.

¹⁴⁶ Su questo punto, v. ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 115 dove si esplicita l'attitudine dei principi a generare o giustificare norme «le condizioni, alle quali un principio prevale sull'altro principio, costituiscono la fattispecie della regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prioritario».

¹⁴⁷ Cfr. LUZZATI, Claudio. *Principi e principi*, cit., p. 36: «le *clausole generali*, pur potendo far parte di un principio, non trasform[a]no automaticamente in un principio la norma che le contiene. Le norme comprendenti una clausola generale sono norme su norme, proprio come i principi, ma una cosa è far rinvio ad altre norme per *integrare* la norma di partenza (si pensi al comune senso del pudore *ex art. 529 c.p.*) e un'altra è invece riferirsi ad altre norme per *giustificarle*. E a me pare che quest'ultimo caso riguardi i soli principi».

quanto meno nei casi dubbi¹⁴⁸ – come un principio da bilanciare (più o meno espressamente) con quello contrapposto della libertà di manifestazione del pensiero¹⁴⁹.

Come si può notare, però, qui l'aspetto "interpretativo" della questione parrebbe acquisire una valenza propriamente *costitutiva*, davanti alla quale ogni prognosi generalizzante, anche soltanto di carattere statistico, deve prudentemente arrestarsi, per cedere il passo da un lato a una valutazione circostanziata del singolo (settore di) ordinamento giuridico positivo e dall'altro a più delicate considerazioni di teoria dell'interpretazione.

§ 6. – *Postilla: clausole generali e principi costituzionali tra pragmatica e metodologia interpretativa*

Sebbene il termine 'interpretazione' sia stato speso in queste pagine con parsimonia, la tematica interpretativa innerva l'intera discussione intorno alle clausole generali ed ai principi costituzionali. Questo non soltanto nel senso (ovvio) per cui tanto le disposizioni esprimono una clausola generale, quanto quelle da cui si ricava un principio, vanno evidentemente interpretate, ponendo specifiche "*matters of interpretation*", ma anche nel senso (meno ovvio) secondo cui principi e clausole generali sembrerebbero talora dipendere dall'interpretazione in un'accezione assai più radicale.

Tutto ciò che va al di là del dato meramente sintattico (degli enunciati normativi scritti), infatti, si individua necessariamente per il tramite dell'interpretazione. Ma rispetto all'interpretazione giuridica, come è noto, si danno in letteratura giuridica letture assai diverse e talora addirittura opposte. Lungi dall'essere dispute meramente teoriche, questi contrasti implicano spesso una differente concezione del diritto e della sua "scienza", condizionandone significativamente il relativo perimetro, i postulati analitici e le regole inferenziali. Il tema – va da sé – è troppo vasto per poterlo qui anche solo sfiorare con l'approfondimento dei suoi particolari. Basti allora una annotazione generalissima come possibile chiave di lettura delle future ricerche sul tema.

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

Nella seconda visione il diritto, pur avendo spesso come destinatari tutti i consociati, è essenzialmente affare dei giudici e dei giuristi che con questi comunicano e insieme ad essi "amministrano" il relativo linguaggio¹⁵⁰. La teoria del diritto, pertanto, merita l'attributo di 'descrittiva' allorché (e *solo* allorché) si limiti a censire avalutativamente quelle ascrizioni (pubbliche) di senso agli enunciati legislativi effettuate nella motivazione delle sentenze (e, mediamente, nelle opere dei giuristi che su di esse possono influire)¹⁵¹. Partendo dal

¹⁴⁸ Uno spunto in tal senso in ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 313.

¹⁴⁹ Sul punto cfr. ora CARUSO, Corrado. *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*. Bologna: Bononia University Press, 2013, p. 184-190, e *ivi* ulteriori riferimenti.

¹⁵⁰ Cfr. ancora di recente JORI, Mario. *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Pisa: ETS, 2010, p. 65: «la strumentalità del linguaggio giuridico vuol dire che esso va considerato uno strumento linguistico per esercitare la funzione normativa in un quadro di autorità di coazione. Per dirla in breve è fatto in modo da poter eventualmente essere usato in tribunale e da poter offrire una guida alla soluzione delle questioni in situazioni di acuto conflitto».

¹⁵¹ Esemplare in tal senso è la posizione di GUASTINI, Riccardo. *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico e i suoi critici*. In: *Analisi e Diritto*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 166 «il realismo giuridico

presupposto dell'inesistenza di un (unico) significato normativo precostituito all'interpretazione¹⁵² e insieme ponendo l'accento sulle conseguenze anche semantiche della componente "istituzionale" e "autoritativa" del fenomeno giuridico¹⁵³, sarebbe lo stesso atteggiamento *wertfrei* ad indirizzare lo scetticismo (moderato) in teoria dell'interpretazione verso approdi giusrealistici in teoria del diritto, valorizzando così l'analisi della *pragmatica* giuridica: di ciò che i giuristi *effettivamente* fanno (*decidono* di fare) quando *dicono* di fare "interpretazione"¹⁵⁴.

Nella prima visione – viceversa – il diritto è considerato essenzialmente come una forma di comunicazione linguistica tra un emittente, il legislatore, e tutti i potenziali fruitori del suo messaggio prescrittivo (che includono gli operatori giuridici professionali, ma non si esauriscono in essi). Le norme giuridiche, in linea di massima, sono il significato dei documenti normativi scritti per come esso *oggettivamente* si genera secondo le regole convenzionali dell'ampia comunità linguistica sopra descritta¹⁵⁵. All'interno di quest'ultima, i giudici non costituiscono autorità epistemiche privilegiate, che plasmano il contenuto di senso degli enunciati legislativi nel momento in cui decidono autoritativamente casi concreti sulla base formale del diritto scritto¹⁵⁶, ma semplicemente organi che applicano proposizioni prescrittive più o meno *esattamente* ricostruite. Il riferimento alla "correttezza" delle operazioni interpretative e applicative¹⁵⁷, dal canto suo, essendo il riflesso

(...) pretende di descrivere (o, meglio, ricostruire teoricamente) le pratiche interpretative dei giudici e dei giuristi: ciò che giudici e giuristi effettivamente fanno»; nonché ivi, p. 167: «se la giurisprudenza risolve in modo (più o meno) costante e (più o meno) uniforme una certa classe di controversie applicando la norma N – cioè usando n come *ratio decidendi* – allora la norma N è diritto vigente».

¹⁵² GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 49: «se tutti i testi normativi sono, di fatto, interpretati in modi diversi, allora tutti i testi normativi sono suscettibili di interpretazioni diverse. (...) Pertanto, ogni testo normativo esprime, potenzialmente, non già un solo, univoco, significato, ma una pluralità di significati in competizione».

¹⁵³ PINO, Giorgio. *Di interpretazione e interpreti della Costituzione*, cit., p. 367 «è del tutto evidente che, essendo il diritto un fenomeno istituzionalizzato, all'interno di esso vi saranno certamente interpreti privilegiati delle direttive giuridiche, e che questi interpreti privilegiati sono gli organi dell'applicazione (tipicamente i giudici)».

¹⁵⁴ ...ma che 'interpretazione' in senso proprio non è. cfr. GUASTINI, Riccardo. *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico*, cit., p. 167: «gran parte del diritto vigente è frutto non di interpretazione strettamente intesa (attribuzione di significato ad un testo normativo), ma di "costruzione giuridica": è, cioè, diritto creato, "costruito", dagli interpreti stessi».

¹⁵⁵ VIGNUDELLI, Aljs. *Come un post scriptum*, cit., 1039-1040: «in linguistica e in semiotica, invero, è proprio col concreto atto linguistico (enunciazione) attraverso il quale egli si rivolge a uno o più destinatari (enunciatari) che il parlante o lo scrivente (enunciatore) conferisce significato alle parole della lingua, utilizzando gli elementi del linguaggio in vista d'un risultato. Significato il quale, a scanso d'equivoci, non coincide (necessariamente) con quello che l'emittente (enunciatore) soggettivamente si figura di trasmettere per il tramite degli enunciati che egli utilizza, bensì con quello che tali enunciati oggettivamente assumono in rapporto alle specifiche circostanze d'enunciazione (tempo, spazio eccetera), alla luce delle regole convenzionali che rendono possibile e regolano la comunicazione nella comunità linguistica cui appartengono enunciatore ed enunciatario».

¹⁵⁶ Cfr. espressamente VIGNUDELLI, Aljs. *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 1202, dove (con riferimento alla Corte costituzionale, ma con argomento valido per qualsiasi organo giurisdicente) si parla della «(falsa) credenza secondo cui quest'ultima godrebbe nel nostro ordinamento di chissà quali privilegi epistemiche – scambiando l'autorità riconosciuta di risolvere in via esclusiva determinate tipologie di controversie sulla base del testo costituzionale con quella di "decidere" in via altrettanto esclusiva il significato delle relative disposizioni».

¹⁵⁷ Correttezza sulla quale insiste, in diversi sensi (sebbene non sempre del tutto coincidenti con quello indicato nel testo), anche la riflessione di Robert Alexy quando tratta dello «*Anspruch auf Richtigkeit*» connesso ad ogni decisione giuridica. Circa il rilievo per cui tale pretesa di correttezza nel pensiero di Alexy non receda di fronte al diverso orientamento degli organi giurisdicenti PEDRINI, Federico. *Colloquio su Principi, Diritto e Giustizia*, cit., 161 s., nonché, ALEXY, Robert. *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 89, quando con riferimento alle norme che potrebbero essere ascritte alle disposizioni sui diritti fondamentali, si viene a precisare come «da un lato, entra in gioco un criterio empirico, dall'altro un criterio normativo. Chi afferma che le norme derivate dei diritti fondamentali sono norme di fatto ascritte dalla giurisprudenza e dalla

dell'esistenza all'interno del linguaggio giuridico di quelle regole senza le quali esso non potrebbe neppure sperare di funzionare, lungi dal coincidere con un atteggiamento *ideologico*, costituirebbe piuttosto il concetto centrale di una *metodologia* interpretativa¹⁵⁸.

Senza scendere ulteriormente nei dettagli, credo sia facile riconoscere come si tratti di due chiavi di lettura diverse, ma entrambe valide ed utili per mettere in luce questioni e àmbiti essenziali di qualsiasi esperienza giuridica contemporanea. Proprio per questo la "scelta di campo" può risultare – e di fatto risulta – assai difficoltosa. La stessa difficoltà di sciogliere in modo netto numerose problematiche inerenti alle clausole generali ed ai principi costituzionali (singolarmente considerati o nella loro reciproca interazione) ne è un'indiretta riprova.

Si potrebbe essere tentati di proporre una "sintesi", se non fosse che troppo spesso in questo campo le sintesi sono soltanto l'anticamera di una maggior confusione. Tanto più che, almeno per alcuni aspetti, le due impostazioni paiono concettualmente inconciliabili dal punto di vista sia dei presupposti teorici, sia di quelli epistemologici. Almeno per ora, dunque, forse la soluzione migliore parrebbe quella di approfondire *entrambe* le direttrici di analisi *in parallelo*, evidenziando *espressamente*, problema per problema, la diversa qualificazione del materiale giuridico che esse offrono ed effettuando un confronto *razionale* circa la rispettiva utilità descrittiva e critica.

La prospettiva di un confronto serio, esplicito e razionalmente valutabile nei percorsi e negli esiti, dal canto suo, potrebbe quanto meno facilitare un temperamento di quell'atteggiamento "dogmatico" – tanto più pericoloso poiché inconscio – che porta tuttora molti giuristi a considerare i propri presupposti d'analisi come le "uniche" vie possibili e "naturali" di studio del fenomeno giuridico. Acquisire consapevolezza della "relatività" del proprio approccio al diritto ed essere disposti a discutere delle alternative, certo, non sarà mai facile; ma parrebbe se non altro più semplice laddove la scelta tra l'una e l'altra opzione non sia prospettata come un semplice "salto nella fede", bensì il frutto di un processo argomentativo rigoroso.

Se questo (ambizioso) augurio dovesse mai realizzarsi, non v'è dubbio che di ciò trarrebbe non poco beneficio anche la riflessione su clausole generali e principi costituzionali.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

scienza giuridica alle norme dei diritti fondamentali direttamente statuite sceglie un criterio empirico, che, tuttavia, non è appropriato alla prospettiva di una teoria giuridica dei diritti fondamentali. Per essa, è costitutiva la domanda quali ascrizioni possano essere *correttamente* compiute» (il che rinvia alla necessità di una argomentazione razionale, su cui cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dell'argomentazione giuridica, passim* e più di recente ancora ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption*, cit., 442 sulla necessità di una nozione non retorica di 'correttezza').

¹⁵⁸ PINO, Augusto. *La ricerca giuridica. Finalità – oggetto – metodo*. Padova: Cedam, 1996, p. 8: «la posizione ideologica ha la sua radice nel volere, in un mondo irrimediabilmente irrazionale e persegue determinate finalità; la regola metodologica si fonda sulla esigenza di stabilire il modo, con il quale trattare le asserzioni scientifiche. La ideologia nasconde e non descrive la realtà, che viene apprezzata con il fine di conservarla, o disprezzata con il fine di trasformarla, distruggerla o sostituirla. La metodologia attiene agli strumenti e alle tecniche elaborate per un corretto svolgimento del processo ricognitivo della realtà empirica e non ha nulla a che vedere neppure con il giudizio sulla maggiore o minore idoneità dei dati alla percezione e alla capacità esplicativa, né sulla selezione degli stessi».

ADAR Yehuda-SIRENA Pietro. *La dialettica di principi e regole nel diritto europeo dei contratti: dai PECL al CESL, e oltre*. In: *Osservatorio del diritto civile e commerciale* (ODCC). Bologna: il Mulino, 2013, n. 2, p. 203-234.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978, trad. it. di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè, 1998.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, trad. it. a cura di L. Di Carlo, *Teoria dei diritti fondamentali*. Bologna: il Mulino, 2012.

ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. In: *Ratio Juris*. Oxford: Wiley-Blackwell. Vol. 16, n. 4, 2003, p. 433-449.

ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. Vol. 95, n. 2, 2009. p. 151-166.

ALEXY, Robert. *Law, morality and the existence of human rights*. In: *Ratio Juris*. Hoboken: Oxford: Wiley-Blackwell. Vol. 25, n. 1, 2012. p. 2-14.

ALEXY, Robert. *Comments and Responses*. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 319-356.

ALSTON, William Payne. *Philosophy of Language*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1964, trad. it. *Filosofia del linguaggio*. Bologna: il Mulino, 1971.

ATIENZA Manuel-RUIZ MANERO Juan. *Tres enfoques de los principios jurídicos*, trad. it. *Tre approcci ai principi di diritto*. In: COMANDUCCI, Paolo-GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto 1993*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 9-29.

BARBERA, Augusto. *Art. 2*. In: BRANCA, Giuseppe. *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*. Bologna-Roma: Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 1975, p. 50-122.

BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*. Torino: Giappichelli, 2003.

BELVEDERE, Adrea. *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*. In: *Politica del diritto*. Bologna: il Mulino, 1988, p. 631-653.

BETTI, Emilio. *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*. Milano: Giuffrè, 1949.

BETTI, Emilio. *Teoria generale dell'interpretazione*. Edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò. Milano: Giuffrè, vol. II, 1990.

BIN, Roberto. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992.

BIN, Roberto. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva "quantistica"*. Milano: Franco Angeli, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

CARUSO, Corrado. *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*. Bologna: Bononia University Press, 2013.

CASTRONUOVO, Donato. *Clausole generali e diritto penale*. In: *Scritti in onore di Alfonso Stile*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 477-495, trad. ted. *Generalklauseln und Strafrecht*. In: VORMBAUM, Thomas. *Beiträge zur italienischen Kriminal- und Strafrechtspolitik*. Berlin: Springer, 2015 p. 109 ss. (in corso di pubblicazione).

CHIASSONI, Pierluigi. *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*. In: *Giurisprudenza italiana*. Torino: Utet, 2011, p. 1692-1697.

COGNETTI, Stefano. *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*. Torino: Giappichelli, 2011.

COGNETTI, Stefano. *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*. In: *Giurisprudenza italiana*. Torino: Utet, 2012, p. 1197-1213.

D'AMICO, Giovanni. *Note in tema di clausole generali*. In: *In Iure Praesentia*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 426-461.

DAWSON, John Philip. *The General Clauses, Viewed From a Distance*. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 41, n. 3, 1977, p. 441-456.

DENOZZA, Francesco. *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, 2011, p. 379-397.

DICIOTTI, Enrico. *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*. In: COMANDUCCI, Paolo-GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1992, p. 96-138.

DICIOTTI, Enrico. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli, 1999.

DI MAJO, Adolfo. *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, 1984, p. 539-571.

DOLDERER, Anja Beatrice. *Menschenwürde und Spätabbruch*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2012.

DREIER, Ralf. *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*. In: DREIER, Ralf. *Recht, Moral, Ideologie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981.

DREIER, Horst. *Max Webers Postulat der Wertfreiheit in der Wissenschaft und in die Politik*. In: DREIER, Horst-WILLOWEIT, Dietmar (eds.). *Wissenschaft und Politik*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010 p. 36-70.

DREIER, Horst. *Die "guten Sitten" zwischen Normativität und Faktizität*. In: F. HARRER, Friedrich-HONSELL, Heinrich-MADER Peter (eds.). *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*. Wien-New York: Springer, 2011, p. 141-158

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, trad. it. a cura di N. Muffato, *I diritti presi sul serio*. Bologna: il Mulino, 2010.

DWORKIN, Roland. *Justice in Robes*. Cambridge (Mass.)-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, trad. it. di S.F. Magni, *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 1968, trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, *Introduzione al pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1970.

FABIANI Ernesto. *Clausole generali e sindacato della Cassazione*. Torino: Utet, 2003.

FABIANI, Ernesto. *Clausola generale*. In: *Enciclopedia del diritto*. Annali. Milano: Giuffrè, 2012, vol. V, p. 183-253.

FALZEA, Angelo. *Gli standards valutativi e la loro applicazione*. In: *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, vol. I, 1987, p. 1-20.

FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Vol. I. *Teoria generale del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*. Milano: Giuffrè, 1970.

GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. In: *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia, n. 20, 2003, pp. 105-130.

GUARNERI, Attilio. *Clausole generali*. In: *Digesto Discipline Privatistiche (Sezione Civile)*. Vol. II. Torino: Utet, 1988.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.

GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

- GUASTINI, Riccardo. *Brevi riflessioni post-congressuali sul realismo giuridico e i suoi critici*. In: *Analisi e Diritto*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 165-168.
- HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leitungsstaat*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*. Berlin: de Gruyter. Vol. 30, 1972, p. 43-141.
- HAUBELT, Horst Wilhem. *Die Konkretisierung von Generalklauseln*. Augsburg: Gesamtherstellun, 1978.
- HECK, Philip. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. 2^a ed. Tübingen: Mohr, 1933.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln*. Tübingen: Mohr, 1933.
- HEINTZEN, Markus. *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*. Modena: Mucchi, 2015.
- JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Théorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français Et Dans Les Autres Systemes Juridiques Romanistes*. In: GRUNDMANN Stefan-MAZEAUD Denis (eds.). *General Clauses And Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 23-39.
- JORI, Mario. *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Pisa: ETS, 2010.
- KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- LA TORRE, Massimo. *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1999.
- LARRY, Alexander. *What Are Principles, and Do They Exist?*. In: *Legal Studies Research Paper Series*. San Diego: University of San Diego School of Law. Research Paper No. 13-119, June 2013, scaricabile a <http://ssrn.com/abstract=2277787>.
- LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.
- LUZZATI, Claudio. *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, vol. 31, n. 2, 2013, p. 163-192.
- LUZZATI, Claudio. *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*. Torino: Giappichelli, 2012.
- MENGONI, Luigi. *Spunti per una teoria delle clausole generali*. In: *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Jovene, 1986, p. 5-19.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho*. In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, n. 1, 1997, pp. 297-326.
- MORRONE, Andrea. *Il custode della ragionevolezza*. Milano: Giuffrè, 2001.
- MORRONE, Andrea. *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2014.
- PEDRINI, Federico. *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*. In: *Quaderni costituzionali*. Bologna: il Mulino, XXXII, n. 2, 2012, p. 285-311.
- PEDRINI, Federico. *Colloquio su Principi, Diritto e Giustizia. Intervista al Prof. Robert Alexy (Kiel, 27 febbraio 2014)*. In: *Lo Stato*. Modena: Mucchi, n. 2, 2014, p. 125-164.
- PEDRINI, Federico. *Colloquio sul pluralismo. Intervista al Prof. Pietro Rescigno (Roma, 22 novembre 2014)*. In: *Lo Stato*. Modena: Mucchi, n. 3, 2014, pp. 197-216.
- PEDRINI, Federico. *Le „clausole generali“. Profili teorici e aspetti costituzionali*. Prima ristampa riveduta e corretta. Bologna: Bononia University Press, 2014.
- PENNICINO, Sara. *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*. Rimini: Maggioli, 2012.
- PERELMAN, Chaim-VANDER ELST, Raymond (eds.). *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1984.

- PINO, Augusto. *La ricerca giuridica. Finalità – oggetto – metodo*. Padova: Cedam, 1996.
- PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010.
- PINO, Giorgio. *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale*. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffé. Vol. 56, 1, 2011, p. 965-997.
- PINO, Giorgio. *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e costituzione' di Aljs Vignudelli*. In: *Diritto e Società*. Napoli: Editoriale Scientifica, n. 2, 2013, p. 353-373.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard: Harvard University Press, 1971, trad. it. di U. Santini (revisione e cura di S. Maffettone), *Una teoria della giustizia*. Milano: Feltrinelli, 2010.
- RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: *Yale Law Journal*. New Haven: The Yale Law Journal Company, vol. 81, 1972, p. 823-854.
- RODOTÀ, Stefano. *Il tempo delle clausole generali*. In: *Rivista critica di diritto privato*. Napoli: Jovene, 1987, p. 709-733.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*. London: Routledge and Kegan Paul, 1968 trad. it. di M. Jori, *Direttive e norme*. Milano: Comunità, 1978.
- ROSELLI, Federico. *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*. Napoli: Jovene, 1983.
- RÜTHERS, Bernd. *Die Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968.
- SCACCIA Gino. *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2000.
- SCHMIDT, Martin. *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*. Berlin: de Gruyter, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt. 1933, trad. it. di D. Cantimori, *Stato, movimento, popolo*. In: SCHMITT, Carl. *Principii politici del Nazionalsocialismo*. Firenze: Sansoni, 1935, p. 173-231.
- TARUFFO, Michele. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*. In: COMANDUCCI, Paolo-GUASTINI, Riccardo. *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II. Torino: Giappichelli, 1989, p. 311-344.
- TEUBNER, Gunther. *Standards und Direktiven in Generalklauseln*. Frankfurt a.M.: Athenäum, 1971.
- VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano: Giuffrè, 2010.
- VESPIGNANI, Luca. *La ragionevolezza nelle clausole generali. Alcune note a margine di una recente monografia*. In: *Lo Stato*. Modena: Mucchi, 2014, n. 2, p. 275-286.
- VIGNUDELLI, Aljs. *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*. Torino: Giappichelli, 2011.
- VIGNUDELLI, Aljs. *Come un post scriptum. „Interpretazione e Costituzione“ tra Prequel e Sequel*. In: *Diritto & Questioni Pubbliche*. Palermo: Università di Palermo, n. 14, 2014, p. 1013-1080.
- WENDT, Otto. *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*. In: *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen: Mohr, n. 100, 1906, p. 1-418.
- WISSMANN, Hinnerk. *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- WURZEL, Karl Georg. *Das juristische Denken*. 2^a ed. Wien-Leipzig: Moritz Perles, 1924.

ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung.* Leipzig: Duncker & Humblot, 1879.

Forum di Quaderni Costituzionali