

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXIX

FEDERICO PEDRINI

LE “CLAUSOLE GENERALI”
Profili teorici e aspetti costituzionali



Bononia University Press

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2013 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-871-0

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: ottobre 2013

Prima ristampa riveduta e corretta

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

La presente monografia è stata sottoposta a procedura di valutazione da parte di una commissione di lettura nominata nell'ambito della Giunta di Dipartimento.

L'opportunità di dare alle stampe l'edizione rivista e corretta di questa monografia mi è stata offerta da due Istituzioni cui mi sento molto legato. Da una parte la *Alexander von Humboldt Stiftung*, che per due anni mi ha costantemente sostenuto nel mio percorso di studi tanto dal punto di vista economico, quanto da quello organizzativo e culturale. Dall'altra la Facoltà di Scienze Giuridiche della *Freie Universität Berlin*, che mi ha benevolmente accolto nella sua comunità di ricerca, offrendomi un insostituibile supporto scientifico e umano. A entrambe va tutta la mia riconoscenza. Devo infine un ringraziamento sentito e personale al professor Philip Kunig, che sin dal principio ha creduto in questo progetto, rendendolo possibile e accompagnandolo in ogni sua fase.

Bologna, novembre 2014

F. P.

Die Gelegenheit zur Drucklegung der vorliegenden Monographie in revidierter und korrigierter Form verdanke ich zwei Institutionen, denen ich sehr verbunden bin: Zum einen der Alexander von Humboldt Stiftung, die meine Forschung während zweier Jahre sowohl finanziell aber auch organisatorisch und kulturell großzügig gefördert hat. Zum anderen dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Freien Universität Berlin, welche mich inmitten ihrer Forschergemeinschaft herzlich aufgenommen hat, mit einer unvergleichlichen wissenschaftlichen und menschlichen Unterstützung. Beiden Institutionen gilt meine tiefe Verbundenheit. Schließlich gilt mein ganz persönlicher und herzlicher Dank Herrn Prof. Dr. Philip Kunig, der von Anfang an an dieses Projekt geglaubt hat, es ermöglicht hat und in jeder Phase der Erstellung begleitet hat.

Bologna, November 2014

F. P.

RINGRAZIAMENTI

«Nella maggioranza degli uomini la gratitudine è solo un desiderio velato di ricevere maggiori benefici», suggeriva a suo tempo François de La Rochefoucauld, e l'impressione è che tale massima possa valere all'interno dell'odierna Accademia non meno che presso la corte di Francia del XVII secolo.

Se dunque ogni esternazione di riconoscenza parrebbe nascere sotto stelle vagamente “sospette”, nondimeno per chi licenzia un volume così a lungo discusso con amici e Maestri almeno alcuni ringraziamenti risultano fatalmente inevitabili.

Il primo a riceverli non può che essere Augusto Barbera, il quale sin dalla mia tesi di laurea m'accompagna – con paziente indulgenza per le differenze d'approccio alla scienza del diritto costituzionale che talora ci contraddistinguono – nel mio percorso di ricerca. È perfino banale (ma non meno vero) ricordare che senza la sua guida e il suo sostegno questo lavoro non sarebbe neppure stato concepito, e men che mai avrebbe visto la luce.

Anche ad Aljs Vignudelli, che sempre insieme ad Augusto Barbera fu mio *tutor* durante gli indimenticabili anni di formazione del Dottorato in Diritto Costituzionale di Bologna, sono debitore di troppi insegnamenti, scientifici e umani, per poterli sensatamente enumerare. L'impronta del suo magistero, del resto, credo sia facilmente riconoscibile in molte delle mie pagine.

Philip Kunig, della *Freie Universität Berlin*, è stato per me fin dal 2004 un autentico *akademischer Vater* in terra tedesca. Soltanto la sua generosità e il suo costante supporto potevano mettermi

nelle condizioni d'accostarmi in modo non meramente superficiale alle complessità della dottrina giuridica tedesca. Se oggi ho il privilegio di beneficiare d'una *Fellowship* da parte della *Alexander von Humboldt Stiftung*, lo devo essenzialmente a lui.

Ringrazio di cuore Andrea Morrone e Tommaso Giupponi per il loro costante incoraggiamento e per l'ininterrotto dialogo che da anni ho la fortuna d'intessere con entrambi, ai quali pure sono debitore di svariati, puntualissimi suggerimenti che molto hanno contribuito a migliorare la struttura e i contenuti di questa pubblicazione.

Anche Luca Vespignani e Antonio Riviezzo hanno avuto la bontà di dedicarsi alla lettura delle precedenti versioni del mio scritto, e sono loro estremamente grato per gli intelligenti consigli che ne sono seguiti.

Un sentito ringraziamento va infine tanto a Christian Armbrüster, Markus Heintzen e Gerhard Seher, della *Freie Universität Berlin*, quanto a Horst Dreier, della *Julius-Maximilians-Universität Würzburg*, per le utilissime indicazioni metodologiche, di cui spero d'aver fatto effettivamente tesoro.

PREMESSA

Prim'ancora di decidersi a sfogliare un testo dal titolo non propriamente "esotico" come questo, ci si potrebbe legittimamente domandare perché mai all'autore sia venuto in mente di scriverlo e quale interesse potrebbe avere per il lettore d'oggi un volume sulle clausole generali scritto nella prospettiva del diritto pubblico/costituzionale, là dove il *focus* dell'attuale letteratura specialistica sembrerebbe da anni concentrarsi su altre tematiche come diritti, principi, valori e via enumerando.

Non che Costituzione e clausole generali non siano mai state messe tra loro in relazione all'interno della scienza del diritto, beninteso. Tuttavia, a ben vedere, tale rapporto è venuto in rilievo quasi esclusivamente per la possibile tensione fra le clausole generali e specifiche norme o principi *della* Costituzione, e non invece per la possibile presenza di clausole generali *nella* Costituzione stessa.

I motivi, storici e teorici, di questo mancato, specifico approfondimento emergeranno nel prosieguo dell'opera. Qui basti l'appunto che a essi non parrebbe necessariamente corrispondere una scarsa "rilevanza oggettiva" del relativo fenomeno. Al riguardo, pur nell'ovvia parzialità che contraddistingue qualsiasi soggetto che parli in prima persona del proprio lavoro, mi sentirei d'indicare almeno due ordini di ragioni.

Da una parte, l'impressione è che sussistano aspetti di affinità non trascurabili fra le clausole generali (o, quanto meno, alcune di esse) e altre "creature" del diritto costituzionale che più spesso ri-

corrono nella letteratura giuspubblicistica. Elementi di somiglianza che lasciano supporre come almeno una parte delle riflessioni già sviluppate nell'analisi delle clausole generali possa mostrare una sua utilità per meglio comprendere struttura, funzione e meccanismi di funzionamento (teorico e pratico) dei potenziali *alter ego* del diritto costituzionale. Si pensi qui soltanto alla forte, radicale *indeterminatezza* sovente riconosciuta come *proprium* delle norme costituzionali "di principio", alla spesso richiamata "apertura" della relativa fattispecie, o alla frequentemente invocata connessione dei principi (o, secondo alcuni, dei "valori") costituzionali con elementi meta-giuridici (e coi connessi percorsi argomentativi) che appunto parrebbero essere, secondo taluni, tratti caratteristici *anche*, se non addirittura *soprattutto*, delle clausole generali.

Dall'altra parte, altrettanto forte è la sensazione che proprio in ambito giuspubblicistico il riferimento alle (presunte) clausole generali sia spesso, se possibile, ancor più generico e atecnico di quanto già sovente non avvenga negli altri rami della scienza giuridica dove la formula 'clausole generali' è nata e s'è successivamente sviluppata. Osservazione, questa, che se non altro parrebbe suggerire una certa cautela anche nell'introdurre varianti d'uso aggiuntive – ad esempio cedendo alla tentazione di proporre una nozione "costituzionalistica" di clausola generale – per una locuzione già di per sé sufficientemente compromessa. L'ultima cosa oggi utile al diritto costituzionale e alla sua scienza, in fondo, parrebbe un'*ulteriore* mirabolante figura dai contorni poco chiari.

A fronte del pericolo d'accrescere la confusione esistente, invece che circoscriverla, allo scrivente sembrerebbe allora un risultato apprezzabile anche solo arrivare alla conclusione che la categoria delle clausole generali *non serva* al diritto costituzionale e che quindi sarebbe più saggio (e fors'anche concettualmente più sano) abbandonarla del tutto e ricorrere a rubriche meno tratlaziose e più chiare nei loro elementi costitutivi.

Il presente studio è stato condotto presso la Facoltà di Giurisprudenza della *Freie Universität Berlin*, nell'ambito di un progetto di ricerca finanziato dalla *Alexander von Humboldt Stiftung*.

L'ampia riscontrabilità (soprattutto nella prima parte dell'opera) dei riferimenti bibliografici di area germanica è tuttavia da intendersi più come *causa* che come *effetto* di questo soggiorno, giacché proprio nella letteratura di lingua tedesca la categoria delle clausole generali ha trovato la sua origine e, successivamente, la sua più compiuta sistematizzazione.

CAPITOLO I
INTRODUZIONE
CENNI METODOLOGICI E AVVERTENZE STIPULATIVE

SOMMARIO: 1. Indicazioni preliminari. – 1.1. ‘Clausole generali’: una categoria del linguaggio dottrinario. – 1.2. Il valore descrittivo della categoria (le clausole generali come qualificazione di specifiche norme/disposizioni dell’ordinamento). – 1.3. (*segue*) Il pericolo di un uso “prescrittivo” della categoria (le clausole generali come modalità interpretativa di norme/disposizioni dell’ordinamento). – 1.4. ‘Clausole generali’: un concetto dai molti nomi. – 1.5. (*segue*) ‘Clausole generali’: un nome per più concetti. – 1.6. Clausole generali e interpretazione giuridica: un problema aperto. – 1.7. (*segue*) Una stipulazione operativa: le clausole generali come (parti di) norme riconducibili a (elementi di) espresse disposizioni.

1. Indicazioni preliminari

Prima d’entrare nel pieno della trattazione in merito a quelle strane “creature giuridiche” che passano sotto il nome di ‘clausole generali’, parrebbe non soltanto sensato, ma pure doveroso indirizzare al lettore una (breve) serie d’avvertenze preliminari. È verosimile che alcune di esse, soprattutto ai più esperti nella materia, potranno apparire in larga parte superflue. E non escludo neppure che ad altri potrebbero viceversa sembrare insufficienti, giacché inevitabilmente alcuni profili, pure in ipotesi rilevanti, non saranno qui affrontati.

Nondimeno, le precisazioni che seguiranno in quest’introduzione mi parrebbero costituire l’“equipaggiamento minimo” col quale avventurarsi nella materia *de qua* quanto meno con la *speranza* di

non inciampare nei fraintendimenti più comuni che da sempre la caratterizzano.

Sul tema, invero, sussiste parecchia confusione, terminologica e concettuale. «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», annotava in una più ampia prospettiva già quarant'anni or sono Luigi Ferrajoli¹, e mai il rilievo parrebbe così calzante come nel caso delle clausole generali.

Segnalare tale confusione, come sovente in dottrina (e con ottime ragioni) non si è mancato di fare, costituisce certamente un primo, importante passo. Limitarsi a ciò, tuttavia – come pure spesso si è sostanzialmente fatto –, non parrebbe ancora sufficiente. Insieme alla confusione, infatti, parrebbe opportuno indicarne poi anche le verosimili *cause* (secondo passo) e magari, nei limiti del possibile, ipotizzare pure qualche credibile *rimedio* (terzo passo).

In particolare a questi ulteriori due momenti sono dedicate le pagine qui appresso.

1.1. ‘*Clausole generali*’: una categoria del linguaggio dottrinario

Una prima avvertenza riguarda il particolare statuto di quello che potremmo chiamare il “discorso sulle clausole generali”, all'interno del quale sembrerebbe possibile individuare due possibili direttrici d'analisi. Quando ci si riferisce alle clausole generali, infatti, si può pensare tanto al *fenomeno giuridico* concretamente in essere nell'ordinamento, quanto alla *nozione* di ‘clausola generale’.

Da un lato si può parlare delle *singole e specifiche* norme (o dei singoli frammenti di norma, o ancora delle singole disposizioni esprimenti la norma o il frammento di norma) comunemente classificate come (o semplicemente “chiamate”) ‘clausola generale’. Si avrà allora a che fare con *norme* contenenti *concetti* (o *disposizioni* contenenti *espressioni linguistiche*) come ‘buona fede’, ‘correttez-

¹ L. FERRAJOLI, *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Milano, 1970, p. 2.

za', 'diligenza', 'motivi abietti e futili', 'giusta causa', 'giustificato motivo', 'buon costume', 'utilità generale', 'utilità sociale', e così avanti².

Dall'altro lato si può invece parlare della *categoria* delle (ossia della *definizione* di) 'clausole generali', esaminandone le caratteristiche e verificando ad esempio la sua coincidenza, la sua sovrapposizione parziale, le sue analogie o le sue differenze con altre categorie (o definizioni) consimili come 'norme elastiche', 'norme in bianco', 'norme a fattispecie aperta e/o indeterminata', 'concetti valvola', 'organi respiratori', 'concetti giuridici indeterminati', 'nozioni a contenuto variabile', 'valvole di sicurezza', 'norme di scopo', 'standard valutativi', 'norme (o concetti) di valore', 'norme (o disposizioni) di principio', e avanti in questo modo³.

I due piani del discorso sono, com'è ovvio, mutualmente connessi. Il concetto di 'clausola generale' è stato infatti elaborato *a partire dall'osservazione* di certe norme (o di certe disposizioni) munite di determinate caratteristiche (che si presumevano) comuni. Dal canto suo, tuttavia, una volta "creato" il concetto vive per così dire di vita propria, fungendo da criterio di selezione della realtà normativa rilevante, *i.e.* indicando cosa sia e cosa non sia (da intendere come) 'clausola generale'. Non solo è pertanto opportuno distinguere preliminarmente i due piani del discorso, ma è del pari necessario comprendere come (e perché) il secondo, pur *derivando* in un certo modo dal primo, a sua volta necessariamente *lo condiziona*, quanto meno in una prospettiva diacronica.

Parlando allora non tanto delle *singole* (parti di) *disposizioni* o delle *singole* (parti di) *norme* che possono contingentemente essere *chiamate* (per ora non importa da chi e secondo quali criteri) 'clausole generali', bensì della *categoria* delle 'clausole generali', sembrerebbe opportuno prendere le mosse dalla constatazione che

² Per una più ampia esemplificazione vedi per tutti C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 299-302.

³ Riprendo qui lo spunto già proposto in F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una prima mappa concettuale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, p. 2 s.

tale categoria *non appartiene ai concetti di diritto positivo*, almeno non in un senso forte⁴.

Per ‘concetti di diritto positivo’ s’intenderanno qui quegli istituti e quelle figure che dal diritto positivo (inteso, per semplicità, come diritto positivo *scritto*, d’origine *legislativa* in accezione ampia) sono *specificati nei loro contenuti* (a) o quanto meno *menzionati*(b).

Il primo caso (a), che potremmo chiamare dei concetti di diritto positivo *in senso forte*, è ad esempio quello delle categorie (civiliistiche) di ‘proprietà’, di ‘contratto’ o di ‘fatto illecito’, qualificate rispettivamente dagli artt. 832, 1321 e 2043 del codice civile. Qui è lo stesso legislatore a *definire* la categoria in questione, vincolando in linea di massima l’interprete ad assegnare uno specifico significato al relativo vocabolo (o alla relativa locuzione) quando esso (essa) ricorra nel periodare legislativo⁵.

Sia dunque esso un giudice, un funzionario della pubblica amministrazione o un semplice consociato destinatario (o interessato al contenuto) del precetto giuridico, l’interprete che si trovi di fronte a concetti di diritto positivo in senso forte dovrà rifarsi alla definizione legislativa, senza possibilità di sovrapporre a quest’ultima una propria nozione alternativa e neppure, almeno in prima battuta⁶, d’invocare i consueti margini di “discrezionalità” – parola

⁴ Preciso qui, a scanso di equivoci, che utilizzo la nozione di ‘concetti di diritto positivo’ in un’accezione dichiaratamente stipulativa e differente da quella, ben più gravida di tradizione e d’implicazioni (oltre che di complicazioni) teoriche, di ‘concetti giuridici’, sulla quale vedi ora G. CALOGERO *et al.*, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, 2004.

⁵ La questione è tuttavia più complicata di quanto non possa sembrare.

Quand’anche sussistano delle definizioni legislative, infatti, si possono porre problemi d’interpretazione rispetto a disposizioni che introducano lo stesso termine o locuzione in documenti normativi appartenenti a fonti sovraordinate (la definizione civilistica di ‘proprietà’ vincola anche l’interprete dell’art. 42 Cost.?) o, potenzialmente, anche alle fonti pari-ordinate antecedenti o successive nel tempo che usino lo stesso termine oggetto della definizione in modo con essa evidentemente incompatibile (la definizione di ‘proprietà privata’ dell’art. 832 c.c. vincola indefettibilmente all’assegnazione del significato ivi espresso anche quando la locuzione ‘proprietà privata’ ricorra al di fuori della logica del codice civile, ad esempio nella produzione legislativa antecedente al 1942 o a quella speciale successiva che mostrasse d’intenderla diversamente?).

⁶ Tali margini, se e nella misura in cui si ritengano realmente sussistenti e giustificati, si potranno chiaramente riacquistare *in seconda battuta* con l’inter-

assai infelice⁷ qui usata in senso volutamente generico – che da più parti si riconnettono “strutturalmente” all’atto ermeneutico in ambito giuridico.

Il secondo caso (b), che potremmo invece chiamare dei concetti di diritto positivo *in senso debole*, è quello di tutti gli innumerevoli concetti che semplicemente *ricorrono* nei documenti normativi, senza però essere *definiti* dallo stesso legislatore⁸. A tal proposito, fra le mille pensabili, si potrebbe richiamare ad esempio la categoria dei ‘diritti inviolabili’, che l’art. 2 della nostra Costituzione appunto *menziona*, ma *non definisce* nei suoi elementi costitutivi. In casi come questo, l’interprete non può prescindere dal rinvenire un significato della locuzione in parola (pena il non poter comprendere la relativa norma nel suo contenuto prescrittivo), ma al tempo stesso si trova nella condizione di non potersi giovare d’alcuna precisazione in merito da parte dello stesso legislatore (costituzionale).

Anche dei concetti di diritto positivo in senso debole, insomma, occorre necessariamente individuare un significato, poiché da quest’ultimo dipende l’applicazione di norme giuridiche (*i.e.* le norme che derivano dalle disposizioni contenenti i vocaboli o le locuzioni in questione, o ancora le altre norme la cui applicazione dalle prime in qualche modo dipenda). Nondimeno, tale significato andrà ricavato dall’interprete non già grazie a un’indicazione “autentica” da parte del legislatore, bensì in coerenza col discorso prescrittivo all’interno del quale il termine in questione s’inserisce, ri-

pretazione degli elementi costitutivi della definizione legislativa (qualora, s’intende, questi ultimi non siano a loro volta definiti da altre norme giuridiche). L’eventuale discrezionalità interpretativa connessa a tale operazione, nondimeno, parrebbe pur sempre una discrezionalità “di secondo livello” statisticamente latrice di minore incertezza, vertendo essa su un meta-enunciato “*designans*” che si presume essere più chiaro e informativo (o quanto meno più escludente e selettivo) della categoria-oggetto “*designatum*”.

⁷ Lo indica per una volta con chiarezza anche un autore non certamente “analitico” come R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 60 ss.

⁸ Evidentemente il caso dei concetti di diritto positivo in senso debole è anche il più diffuso, giacché neppure volendo il legislatore sarebbe in grado di ridefinire ogni termine utilizzato nel proprio discorso, stante il *regressus ad infinitum* che ne sarebbe implicato.

correndo agli “ordinari” criteri ermeneutici – pure vincolanti, sebbene notoriamente meno stringenti – validi per la (corretta) significazione di qualsiasi comunicazione legislativa.

Quel che qui più interessa è che, di fronte a *entrambe* queste categorie di concetti di diritto positivo, l’interprete – e a maggior ragione il giurista, nelle sue vesti di scienziato del diritto – si trova pur sempre vincolato a (e da) un linguaggio *non suo*, quello *del legislatore* appunto, del quale (linguaggio) deve rispettare tanto le ridefinizioni (nel caso dei concetti di diritto positivo in senso forte) quanto le convenzioni linguistiche legate all’uso (nel caso dei concetti di diritto positivo in senso debole).

Tale componente di vincolo (giuridico ed epistemologico) parrebbe viceversa assai attenuata o addirittura assente nel caso della categoria delle ‘clausole generali’. Detta locuzione, infatti, non ricorre quasi mai in documenti normativi⁹ e in nessun caso viene da questi definita. Ne segue che, secondo la stipulazione già introdotta, la categoria delle ‘clausole generali’ è assai di rado concetto di diritto positivo in senso debole e mai concetto di diritto positivo in senso forte.

In altre parole, l’individuazione del significato della categoria ‘clausole generali’ *non è* (o è assai marginalmente) un *problema*

⁹ Costituisce ad oggi un’eccezione isolata quella della l. 4 novembre 2010, n. 183 (*Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l’impiego, di incentivi all’occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro*), il cui art. 30, rubricato «Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro» recita al suo primo comma: «In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all’articolo 409 del codice di procedura civile e all’articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell’ordinamento, all’accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

Pertanto, in questo caso, il significato della locuzione ‘clausole generali’ parrebbe specificamente riferirsi alle clausole generali *contrattuali*, le quali rinviano a una fenomenologia differente da quella che, come poi si vedrà, costituisce l’oggetto principale di questo studio.

d'interpretazione del diritto positivo. Quella di 'clausola generale', infatti, è una formula d'origine *dottrinaria* (entrata poi, parzialmente, anche nel lessico giurisprudenziale): è la *letteratura giuridica specialistica* che l'ha coniata, che la usa e (assai) più raramente la definisce.

Interrogarsi sul contenuto della nozione di 'clausola generale' equivale pertanto a ragionare intorno al *discorso* (non già del legislatore, bensì) *dei giuristi* e più in particolare di quella categoria di giuristi che passa sotto il nome di *scienziati del diritto*, per differenziarla dagli altri operatori "pratici" del diritto come avvocati, funzionari della pubblica amministrazione o giudici.

Volendo scendere ancor più nel dettaglio, accanto all'uso che della nozione di 'clausola generale' fanno i giuristi per così dire *simplices*, quest'ultima parrebbe implementata in modo particolare dai *teorici del diritto* (o dai giuristi che in tali vesti agiscono), vale a dire da quegli studiosi che non si limitano a descrivere il discorso del legislatore, riformulandolo come fanno i giuristi in un meta-discorso di "secondo livello"¹⁰. I teorici del diritto (ivi compresi i giuristi "positivi" che *funzionalmente* scrivono e operano come tali), infatti, articolano un meta-meta-discorso di "terzo livello", che insiste sul meta-discorso (di secondo livello) dei giuristi, a loro volta riformulandolo, ordinandolo e classificandolo.

Se si volesse sintetizzare questa piramide potenzialmente senza fine, il giurista interpreta il (discorso del) legislatore, il teorico interpreta e classifica il (discorso del) giurista¹¹. Ed è proprio a tale

¹⁰ Per quest'impostazione vedi U. SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953, p. 78: «l'oggetto dell'analisi della scienza giuridica è costituito da tutto il complesso delle proposizioni normative appartenenti al linguaggio-oggetto»; nonché N. BOBBIO, (voce) *Scienza giuridica*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 350: «la giurisprudenza nella sua parte essenziale è un'analisi del linguaggio, più precisamente di quel particolare linguaggio in cui attraverso proposizioni normative si esprime il legislatore». L'importanza e l'influenza di tale contributo (originariamente apparso col titolo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 342 ss.), così come di quello qui citato alla nota seguente, di Bobbio sulla cultura giuridica successiva è stata recentemente ricordata da N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 91 ss.

¹¹ Vedi recentemente, ad esempio, R. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio*

(elevato) livello d’astrazione che sembrerebbe collocarsi propriamente il discorso sulla categoria delle ‘clausole generali’, elaborata dalla letteratura giuridica teorica per qualificare determinate tipologie di norme dell’ordinamento accomunate da specifiche caratteristiche¹².

1.2. *Il valore descrittivo della categoria (le clausole generali come qualificazione di specifiche norme/disposizioni dell’ordinamento)*

Acquisito che la locuzione ‘clausole generali’ sia da ascrivere al linguaggio della dottrina (delle varie discipline di studio del diritto positivo e della teoria del diritto), proprio alle peculiarità di tale linguaggio converrà dedicare qualche ulteriore riflessione al fine d’inquadrare meglio anche la categoria che qui ci occupa.

Anzitutto, come in parte già s’anticipava, almeno in prima approssimazione sembrerebbe di poter dire che il linguaggio della dottrina giuridica – a differenza di quello del legislatore, tipicamente *prescrittivo* (e che anche quando descrive, come nel menzionato caso delle definizioni legislative, descrive *al fine di prescrivere*) – appartiene a quelle forme di comunicazione linguistica *descrittiva*, che cioè si propongono di rappresentare la realtà osservata *così come essa è* (o quanto meno come essa è *percepita* dall’osservatore nella circostanza data).

Per capire a che livello si colloca la categoria delle ‘clausole generali’, tuttavia, s’impone – sia pure nella maniera più breve e più sintetica possibile – di precisare un po’ meglio il concetto di ‘realtà osservata’, il quale appare problematico già in sé e per sé¹³,

metodologico, Modena, 2012, dove si parla (p. 34 s.) di «teoria del diritto come filosofia della scienza giuridica». L’idea della teoria del diritto come meta-giurisprudenza (descrittiva o prescrittiva) è, come noto, assai risalente: cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 145 ss. e relative indicazioni.

¹² Ulteriori indicazioni su tale “metodo di costruzione” dei concetti giuridici in C.W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964, p. 15 ss.

¹³ Si vedano, su un piano più generale, i rilievi formulati da Emanuele Severino in F. PEDRINI, *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)*, in *Lo Stato*, 2013, p. 151 ss.

ma che ancor più talora lo diventa in ambito giuridico. Se si potrebbe facilmente concordare, infatti, che la particolare “realtà” osservata e descritta dal linguaggio della dottrina altro non sia se non quella del *diritto* (positivo), proprio sulla definizione di ‘diritto’ gravano tali e tante ambiguità¹⁴ da rendere incerto ogni prosiegua che non si premuri di specificare più nel dettaglio l’entità cui si sta riferendo.

Ai nostri fini parrebbe utile, intanto, riprendere qui la distinzione fra il diritto inteso come insieme di *disposizioni* e il diritto inteso come insieme di *norme*¹⁵. Il linguaggio della dottrina si può riferire ora all’uno, ora all’altro concetto di diritto, cercando appunto di descriverne i contenuti, ma si tratta evidentemente di operazioni differenti. Nel primo caso, infatti, potremmo dire – anche qui con un ampio coefficiente di semplificazione – che il linguaggio della dottrina individua il significato (o i significati) degli enunciati normativi del legislatore, nel secondo caso invece qualifica, sistematizza, ordina i significati normativi precedentemente individuati.

Quando all’interno della letteratura giuridica si fa uso della locuzione ‘clausole generali’ in apparenza sembrerebbe di trovarsi all’interno di questa *seconda* funzione descrittiva del linguaggio della dottrina. Se ‘clausola generale’ altro non è, infatti, se non una *rubrica* che la dottrina assegna a particolari fenomenologie riscontrabili all’interno della realtà osservata, più in particolare ‘clausole generali’ sembrerebbe essere il *nome* che la dottrina dà a determinate *norme* – più spesso a singole parti o “frammenti” di esse – in rapporto a specifiche caratteristiche (strutturali, funzionali e/o di contenuto) di queste ultime.

La particolare vaghezza o indeterminatezza, così come l’“apertura” al meta-giuridico della fattispecie normativa – tanto per citare alcune tra le caratteristiche solitamente indicate come proprie delle clausole generali – parrebbero infatti, quanto meno a

¹⁴ Cfr., *ex multis*, G. TARELLO, «Diritto», in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 10.

¹⁵ Sulla distinzione fra queste due categorie cfr. per tutti V. CRISAFULLI, (voce) *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, 1964, p. 195 ss., nonché R. GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 3 ss.

prima vista, proprietà dei *significati normativi*, riscontrabili soltanto a interpretazione avvenuta, e che non sarebbe possibile concepire propriamente come predicati dei *significanti*. *Concetti*, dunque, *non parole; norme*, appunto, *non disposizioni*.

Nondimeno, se pur dal punto di vista logico-definitorio la questione parrebbe (in coerenza con le convenzioni linguistiche oggidì invalse nella comunità dei giuristi) così come la s'è appena descritta, in letteratura l'afferenza della categoria 'clausole generali' al piano delle *norme* non è sempre riconoscibile in modo così netto, e a volte sembrerebbe viceversa "retrocedere" al piano degli *enunciati* (o dei termini o sintagmi che li costituiscono)

Le possibili ragioni di tale difficoltà d'inquadramento sono molteplici. Talune paiono legate alla pluralità di nozioni di 'clausole generali' diffuse in letteratura – di cui si dirà a breve – e che qualificano queste ultime secondo criteri differenti, alcuni dei quali parrebbero, in tutto o in parte, riferirsi propriamente anche (o addirittura soltanto) al piano dei significanti (delle parole) e non a quello dei significati (dei concetti). Altre parrebbero legate a modi differenti d'intendere le medesime proprietà (si pensi, per riprendere uno degli esempi più ricorrenti, all'indeterminatezza), ora riferite, secondo certe convenzioni, al piano dei significati, ora invece, secondo altre convenzioni, a quello dei termini o dei sintagmi. Altre ancora – che verranno almeno in una certa misura esaminate più avanti (*infra*, § 1.6.) – parrebbero infine riconducibili, oltre che alla problematicità dello stesso concetto di 'disposizione', in parte alla mancata percezione della non necessaria corrispondenza biunivoca fra 'disposizione' e 'norma', in parte alla complessità del concetto di 'interpretazione' quale criterio di congiunzione fra i due piani.

Il motivo principale per cui talora in letteratura s'è riportata la riflessione sulle clausole generali al piano delle disposizioni e non invece a quello (in apparenza "elettivo") delle norme, però, parrebbe più che altro legato al fatto che, tradizionalmente, la fenomenologia giuridica studiata e poi qualificata da coloro che hanno poi parlato di 'clausole generali' ha sempre avuto come base "empirica", sia pur mediata, il linguaggio *scritto del legislatore*.

‘Clausole generali’, insomma, sembrerebbero essere sempre state indicate in dottrina sì delle entità considerabili come (parti di) norme, ma sempre norme riconducibili al diritto scritto, dunque a (parti di) disposizioni. È quindi soprattutto *storicamente* che norme e disposizioni sono andate “a braccetto” in tema di clausole generali, e certo a tale collegamento storico si potrà dare il giusto rilievo nell’argomentare la *stipulazione* che a un dato punto sarà necessariamente da adottare rispetto alla categoria ‘clausole generali’ (*infra*, § 1.7.). Nondimeno – atteso che spiegazione storica e giustificazione razionale non sempre coincidono, tantomeno in automatico –, *concettualmente* la differenza di piano (fra disposizioni e norme) sembrerebbe da tener ferma sul piano dell’analisi.

Ciò che qui preme ancora di rilevare a questo proposito è che, in ogni caso, anche quando la dottrina mostri di riferire la categoria delle ‘clausole generali’ al piano delle disposizioni, parrebbe sempre farlo non in relazione a specifici elementi o particolarità *formali* degli enunciati, bensì *in quanto* queste disposizioni esprimerebbero (o comunque sarebbero in grado d’esprimere) *significativi prescrittivi* (appunto, *norme*) dotati di certe caratteristiche.

Dette caratteristiche, cui in parte già s’è fatto cenno e che saranno indagate meglio nelle pagine a seguire, sono state variabilmente indicate – in modo cumulativo o disgiunto – nella tecnica non “casistica” di formulazione della fattispecie, nell’“apertura” di quest’ultima, nella forte indeterminatezza o in una particolare forma di vaghezza delle relative norme, nella “integrazione valutativa” richiesta all’interprete, nel rinvio a criteri/standard meta-giuridici o comunque extralegali, nella capacità d’adeguamento conferita all’ordinamento giuridico, nel richiamo a valori o valutazioni sociali o ad altri ordinamenti normativi e (molto) altro ancora¹⁶.

Tale estrema “varietà d’attributi” merita allora qualche chiarimento aggiuntivo, se non altro perché, a non comprenderne le ragioni e le implicazioni, il rischio è di non cogliere una componente

¹⁶ Per un’elencazione estremamente puntuale (oltre che molto ben documentata) dei diversi tratti ritenuti caratterizzanti la categoria della ‘clausole generali’ vedi ora E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali, 2012, pp. 194-213.

essenziale del discorso intorno alle ‘clausole generali’ (come categoria).

A dover essere chiarite sono anzitutto le condizioni che hanno reso possibile questa cornucopia di definizioni, fra loro diverse anche in modo non irrilevante, circa la categoria delle ‘clausole generali’. Tale vasto proliferare di concetti differenti di ‘clausole generali’ parrebbe, daccapo, da imputare – sia pure come conseguenza soltanto *possibile* e non strettamente *necessaria* – proprio all’appartenenza della relativa locuzione al linguaggio della dottrina.

Si scriveva qualche riga più indietro come questo linguaggio, a differenza di quello del legislatore, tendenzialmente non è volto a *prescrivere*, bensì soltanto a *descrivere*. Ebbene, disgraziatamente, ciò porta con sé due ulteriori conseguenze circa l’efficacia vincolante esercitata dalle formule ricorrenti in questo linguaggio (rispetto ai suoi fruitori/utilizzatori).

Prima conseguenza. Come *categoria*, le ‘clausole generali’ non esistono “in natura” (neppure in quella particolarissima “natura” costituita dal diritto positivo), così che non ha senso chiedersi come *siano* o che caratteristiche *abbiano* tali clausole generali “in sé e per sé”. Il perimetro di tale categoria è viceversa *convenzionale* e varia a seconda della *stipulazione* adottata di volta in volta dalla dottrina per qualificare e classificare dei gruppi di norme (o di disposizioni, o di parti di norme o di disposizioni) con caratteristiche comuni. Siccome, tuttavia, non esistono stipulazioni *vere* o *false* (corrette o scorrette, giuste o sbagliate, e via dicendo) ma solo stipulazioni più o meno *chiare* e soprattutto più o meno *utili* rispetto ai fini descrittivo/classificatori che ci si prefigge di perseguire¹⁷, nulla impedisce in teoria che diversi autori propongano (e nulla ha di fatto impedito in pratica che fossero proposte) stipulazioni diffe-

¹⁷ Cfr. da ultimo G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a ‘Interpretazione e costituzione’ di Aljs Vignudelli*, in *Dir. soc.*, 2013, p. 364: «una stipulazione non ha valori di verità: 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 sempre contrapporre un’altra, se quest’ultima può rivelarsi più utile, più adeguata a fini teorico-esplicativi, e così via».

renti *definendo* con lo stesso nome, ma secondo un criterio diverso, la medesima categoria di norme (o di disposizioni).

Seconda conseguenza, strettamente connessa alla prima. Ciascuna stipulazione, ciascuna definizione di ‘clausola generale’ ha solo un’efficacia *persuasiva* rispetto agli altri fruitori del relativo linguaggio (vale a dire i giuristi e coloro che s’interessino alle opere di questi). In presenza d’una pluralità di definizioni (e quindi di concetti) di ‘clausole generali’ è pertanto assai difficile, per non dire impossibile, individuarne un uso “proprio” (o anche solo un *unico* uso “tecnico”) della relativa espressione.

Nondimeno, anche all’interno del linguaggio della dottrina, non proprio tutto parrebbe lasciato al “capriccio definitorio” del singolo autore¹⁸. Dei vincoli infatti, ancorché *deboli*, sembrerebbero pur sempre ragionevolmente sussistere, tanto in chiave empirico-sociologica, quanto in una prospettiva (moderatamente) prescrittiva.

Da un lato infatti, pur all’interno della segnalata *convenzionalità* delle definizioni di ‘clausole generali’, gli autori che hanno fatto uso di questa locuzione statisticamente non l’hanno utilizzata per designare *qualunque cosa*, attenendosi tendenzialmente a un ambito *piuttosto circoscritto* (ancorché vago e spesso impreciso) di significati, e segnatamente a quel “recinto semantico” tracciato (pur con tutti i già segnalati margini di vaghezza e d’imprecisione) dalla tradizione giuridica fino a quel momento.

Dall’altro lato, anche al di là del comportamento *concretamente* assunto dai giuristi nella loro opera definitoria – opera che, come meglio si mostrerà, non sempre s’è mossa secondo canoni particolarmente rigorosi –, parrebbe comunque possibile ricostruire alcune direttive *metodologiche* che fungano da argine ai più pirotecnici voli di fantasia dei potenziali “adami” della scienza giuridica.

¹⁸ Cfr. F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Torino, 2008, p. 141: «talvolta bisogna definire una parola ossia dire cosa significa o, in altri termini, in base a quale regola la dobbiamo usare. Ci sono molti metodi per farlo. In astratto, tutti si equivalgono, essendo ciascuno arbitrario, ma ciò non toglie che alcuni siano preferibili dal punto di vista di certe regole operative che semplificano il discorso, accrescono la possibilità di intendersi e sviluppano il nostro potere di analisi».

In questo senso, sembrerebbe allora di poter citare da una parte (1) i limiti per così dire “storici”, derivati dalla priorità d’uso: chiunque adotti senza nulla specificare un’espressione precedentemente usata da altri *si presume* – in assenza d’indicazioni contrarie – che utilizzi(/che debba utilizzare) la medesima formula nel medesimo significato. Da un’altra parte (2), poi, stanno i limiti per così dire “procedimentali” connessi ai precedenti: chiunque adotti un’espressione precedentemente usata da altri *in una diversa accezione* sembrerebbe doversi accollare quanto meno l’onere di *specificare chiaramente* e di motivare *perché* abbia deciso di descrivere *con la medesima formula linguistica* qualcosa di diverso. Dall’altra parte ancora (3), infine, troviamo quelli che potremmo chiamare limiti “razionali”, che suggeriscono di non sovrapporre fra loro le categorie e di non moltiplicarle inutilmente (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*).

A detti vincoli – si ripete: non sempre *di fatto* rispettati dai singoli giuristi che si sono occupati di clausole generali, ma comunque rilevanti per il loro valore *metodologico* – si cercherà pertanto d’attenersi nel tentativo di sistematizzazione che si verrà qui progressivamente articolando.

1.3. (segue) *Il pericolo di un uso “prescrittivo” della categoria (le clausole generali come modalità interpretativa di norme/disposizioni dell’ordinamento)*

La riflessione sulle ‘clausole generali’ come categoria appartenente al linguaggio della dottrina, impostata nel paragrafo precedente, sarebbe tuttavia incompleta se non s’accennasse almeno a un diverso, possibile uso di questo linguaggio.

Finora infatti, coerentemente con la sua più diffusa descrizione e con quella che parrebbe pure manifestarsi come una delle sue aspirazioni (almeno per come i discorsi dei giuristi si atteggiavano pubblicamente), s’è parlato del linguaggio della dottrina come linguaggio descrittivo (e in questo senso, se si vuole, “avalutativo”¹⁹).

¹⁹ Sul significato di questo spesso frainteso (e talvolta vituperato) attributo,

Si deve però segnalare come, se non altro *di fatto*, a volte questo stesso linguaggio assuma anche sfumature *prescrittive*, con l'ovvia esigenza di distinguere fra le differenti istanze d'uso (descrittive o prescrittive) all'interno del discorso dei giuristi²⁰.

anche per quel che può interessare la scienza giuridica, fondamentale è ora H. DREIER, *Über den Sinn der Wissenschaft – eine Rekapitulation von Max Webers Wertfreiheitspostulat*, in K. WAECHTER (a cura di), *Grenzüberschreitende Diskurse. Festgabe für Hubert Treiber*, Wiesbaden, 2010, p. 149 ss.

²⁰ Su questo fenomeno cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, p. 7 s.: «secondo un modo di vedere assai diffuso, la giurisprudenza (dogmatica, dottrina, scienza giuridica) può essere molto semplicemente raffigurata come il meta-linguaggio descrittivo di uno specifico linguaggio-oggetto prescrittivo. Il diritto – si dice – è un linguaggio, un insieme di comunicazioni linguistiche prescrittive: l'insieme degli enunciati del legislatore e di altre autorità. La giurisprudenza, a sua volta, è pure un linguaggio: l'insieme degli enunciati dei giuristi. Questi due linguaggi (il linguaggio del diritto, il linguaggio della giurisprudenza) sono diversi sotto il profilo semantico: prescrittivo è il linguaggio del diritto, descrittivo quello della giurisprudenza. D'altro canto, questi due linguaggi sono anche connessi in un modo evidente: la giurisprudenza verte sul diritto; il diritto è il suo specifico oggetto. Quindi la giurisprudenza si colloca ad un livello di linguaggio superiore rispetto a quello del diritto: essa è, appunto, un meta-linguaggio (descrittivo) che verte sopra un altro linguaggio (prescrittivo). Questo modo di vedere è certo affascinante, tra l'altro in virtù della sua semplicità e della sua grande efficacia didattica. Tuttavia, è un modo di pensare sbagliato. Da un lato, non tutto il linguaggio dei giuristi è descrittivo (leggi: vero-funzionale). Dall'altro, non tutto il discorso dei giuristi è meta-linguistico rispetto al diritto. In verità, è pacifico presso i cultori di meta-giurisprudenza che tra i discorsi dei giuristi si incontrino frequenti enunciati prescrittivi. Questa tesi, tuttavia, può essere intesa in due sensi leggermente diversi. Il primo senso è ovvio: i discorsi dei giuristi (o parte di essi) costituiscono direttive rivolte ai giudici e, in genere, agli organi dell'applicazione (proposte *de sententia ferenda*, etc.). Il secondo senso è meno ovvio e, nel presente contesto, più interessante: spesso i giuristi parlano non “del” diritto, ma – per così dire – “nel” diritto. In altre parole, spesso i giuristi abbandonano il livello del meta-linguaggio, e scendono sul livello del loro linguaggio-oggetto. In tal senso non banale, potremmo dire, essi si atteggiavano a legislatori, e non semplicemente a consiglieri dei giudici».

Adde, recentemente, G.U. RESCIGNO, *Diritto costituzionale. Approccio metodologico*, Modena, 2011, p. 32 s.: «il giurista che interviene intorno ad una specifica questione o intorno ad una specifica tematica [...] per un verso è un osservatore, nella misura in cui riporta col massimo di esattezza possibile quanto è stato già scritto dal legislatore, dai giudici, dagli altri giuristi, ma dall'altro è un giocatore che concorre a determinare il risultato, esprimendo consenso o dissenso rispetto a risposte già date ed ancora più quando offre e argomenta una risposta del tutto nuova. Questo intreccio inestricabile tra momento descrittivo

Riportando la questione generale allo specifico tema che qui interessa, esiste dunque anche un diverso modo (rispetto a quello censito in precedenza) d'utilizzare la qualificazione d'una norma, o d'una parte di norma (o d'una disposizione, o d'una parte di disposizione), in termini di 'clausola generale'.

Esso non consiste nel classificare una norma, evitata interpretando il testo della relativa disposizione, in termini di 'clausola generale' *dopo* aver riscontrato la coincidenza tra il suo contenuto e le caratteristiche della (stipulate per la) relativa categoria ('clausole generali').

Consiste bensì nella *previa* qualificazione d'una norma in termini di 'clausola generale', in un momento antecedente, dal punto di vista logico e cronologico, all'interpretazione della relativa disposizione.

In questo modo la data disposizione verrebbe a esprimere una clausola generale (e la data norma si “comporterebbe” poi come inclusiva d'una clausola generale) non già *autonomamente*, a seconda di *proprie* caratteristiche, ma specificamente *in virtù di questa* (e *soltanto* in virtù di questa) *qualificazione* o classificazione.

Il che, almeno a prima vista, parrebbe un palese controsenso. Infatti, per qualificare o classificare una norma (o una disposizione) secondo criteri non meramente formali o esteriori – come solitamente sono (non formali) quelli che s'adottano per distinguere le clausole generali dalle altre categorie di norme (o di disposizioni) –, di questa norma bisognerà prima conoscere il contenuto (*i.e.*, bisognerà aver prima interpretato la relativa disposizione), giacché sennò non vi sarebbe proprio nulla (di conoscibile) da qualificare o classificare (come norma)²¹.

tivo e momento prescrittivo caratterizza il gioco del diritto». Dello stesso Autore e in analogo ordine di idee vedi già ID., *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 848: «il giurista cioè, nel descrivere il diritto vigente [...] è anche, contemporaneamente e necessariamente, un *colegislatore*: la sua attività non è né un mero descrivere, né un puro prescrivere, ma un intreccio dell'una e dell'altra cosa, mediati da una attività alla quale il nome più appropriato da attribuire è 'valutare'».

²¹ In altre parole ancora: la semplice qualifica di una certa (parte di) norma in termini di 'clausola generale' non parrebbe poter aggiungere (né togliere

La questione, tuttavia, è più complessa di così. Una volta di più, invero, la problematica delle clausole generali finisce per intrecciarsi con quella dell'interpretazione giuridica, rispetto al cui statuto (logico ed epistemologico) tutto parrebbe sussistere nella scienza giuridica fuor che concordia e chiarezza (vedi *infra*, § 1.6.).

Basti allora qui rilevare come, per coloro che intendano (o quanto meno ammettano) l'interpretazione del diritto come un atto sempre discrezionale, la stessa qualificazione d'una disposizione o d'una norma in termini di 'clausola generale' potrebbe rientrare fra le "tecniche interpretative" attraverso le quali il significato degli enunciati normativi è ascritto alle disposizioni dagli interpreti²².

In questa prospettiva, la previa qualificazione d'una norma in termini di 'clausola generale' potrebbe per certi versi rientrare tra le proiezioni di una o più "tesi dogmatiche" adottate dal singolo

re) alla (parte di) norma in questione alcuna caratteristica ulteriore che non sarebbe stata autonomamente deducibile dalla (parte di) norma *in sé e per sé considerata*, così come evinta dalla corretta analisi semantica dalla relativa disposizione.

²² Se bene intendo, questa mi pare la prospettiva recentemente adottata da P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1696, là dove si propone di ridefinire le 'clausole generali' come «espressioni valutative, disposizioni, norme, che gli operatori del diritto, sulla base di ideologie, qualificano come tali (CG-locuzioni, CG-disposizioni, CG-norme esplicite, CG-norme implicite) e interpretano vuoi come facenti rinvio a parametri di giudizio interni al diritto, vuoi come facenti rinvio a parametri di giudizio esterni al diritto, vuoi come esponenti il conferimento al giudice di poteri decisionali di tipo arbitrare».

Per uno spunto in tal senso, sia pure all'interno di una differente prospettiva (giuridica ed epistemologica) di ascendente non "scettico", vedi C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 315: «è quanto mai opportuno mettere in luce come lo schema per il quale le espressioni vaghe socialmente tipiche corrispondono a "concetti biancosegno" che devono venire completati con elementi ricavati dalle regole sociali [cioè a dire uno degli elementi tipicamente "caratterizzante" una norma in termini di clausola generale, *n.d.a.*] è frutto di una costruzione degli interpreti. Infatti, può capitare che le medesime espressioni, col tempo, assumano una portata diversa: questo accade, per esempio, quando la dottrina le tecnicizza assumendosi il compito di colmare attraverso l'elaborazione giuridico-scientifica il vuoto dei criteri: oppure può succedere che quelle formule vengano intese come sinonimi o antonimi di altri termini le cui condizioni applicative sono già state determinate» (corsivo mio).

giurista, le quali «costituiscono premesse (talora tacite) di ragionamenti, per lo più logicamente non stringenti, la cui conclusione è la costruzione d’una norma inespressa, che si pretende tuttavia implicita nell’ordinamento»²³.

A ben vedere, però, il pericolo maggiore connesso all’uso prescrittivo della categoria ‘clausole generali’ presso i giuristi non parrebbe costituito da *questo* genere d’applicazione di teorie (o dottrine) “scettiche” all’interpretazione dei documenti normativi, o quantomeno non da un’applicazione *radicale e consapevole* di tali teorie (o dottrine)²⁴.

Il rischio più consistente, infatti, non parrebbe quello di “battezzare” *arbitrariamente* una norma (o una parte di norma) come ‘clausola generale’ e poi di procedere di conseguenza alla significazione del relativo enunciato normativo.

Più frequentemente il caso sarà piuttosto quello d’una disposizione che *prima facie* venga ritenuta idonea a esprimere una norma con *alcune* (ma non tutte le) caratteristiche proprie delle ‘clausole generali’ secondo una certa stipulazione della relativa categoria, e alla quale (disposizione) venga poi in sede interpretativa ascritta la

²³ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 15. Al riguardo vedi anche *ivi*, p. 65 s.: «gli interpreti in genere e i giudici in specie s’accostano all’interpretazione dei testi normativi assistiti (e forse fuorviati) da presupposizioni “teoriche” fatalmente destinate a condizionare e orientare le loro decisioni interpretative. Tali presupposizioni sono costituite dalle costruzioni dogmatiche [...] elaborate prima di, e indipendentemente da, l’interpretazione di qualsivoglia specifico enunciato normativo»; nonché ID. *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 932, dove parlando delle «tesi dogmatiche costruite in modo indipendente da, e in un momento logicamente antecedente a, l’interpretazione di qualsivoglia specifica disposizione normativa» si conclude che «le tesi dogmatiche di questo [...] tipo non paiono avere alcuna significativa componente cognitiva: sono, per così dire, costruite *ex nihilo*».

²⁴ Le quali (teorie o dottrine) dovrebbero peraltro poi dar conto di come, negando di fatto le regole convenzionali della comunicazione, il rischio è di arrivare per questa via alla sostanziale *asignificatività* di qualsiasi disposizione, cadendo in un circolo vizioso. Infatti, «chi dubita su tutto dubita anche sul proprio dubitare, e in ogni caso, non è per definizione in grado di comunicare il suo dubbio in modo che gli altri lo comprendano, giacché, se gli altri lo comprendessero, il suo dubbio sarebbe privo di fondamento». Così U. SCARPELLI, C. LUZZATI, *Compendio di filosofia del diritto*, Torino, 2001, p. 80.

totalità delle caratteristiche proprie della medesima categoria di ‘clausole generali’.

Oppure, ancora, il caso d’una disposizione che *prima facie* venga ritenuta idonea a esprimere una norma con alcune (o se del caso anche tutte) le caratteristiche proprie delle ‘clausole generali’ secondo una certa stipulazione della relativa categoria, e alla quale (disposizione) vengano poi in sede interpretativa ascritte caratteristiche (alcune o tutte) proprie della categoria ‘clausole generali’ secondo una *diversa* stipulazione di quest’ultima e *solo* secondo questa diversa stipulazione.

L’ipotesi più ricorrente, insomma, parrebbe quella di un’errata applicazione della “proprietà transitiva dell’uguaglianza” (falsata, appunto, da un’uguaglianza solo *apparente*, unicamente *nominale*). A una qualificazione sommaria – *i.e.*, soltanto parziale o magari esatta, ma solo secondo un certo modello (modello 1) – di una certa (parte di) norma come ‘clausola generale’ seguirebbe qui, infatti, l’attribuzione presuntiva di *tutte* le caratteristiche del medesimo modello o delle caratteristiche proprie delle clausole generali secondo un *diverso* modello di esse (modello 2) o, come pure talora accade, di *tutti* i modelli cumulativamente (modelli 2, 3, ...n).

Ed ecco allora che, sulla base d’un erroneo “presupposto di fatto” – in altre parole, in forza del misconoscimento della già menzionata pluralità di concetti di ‘clausole generali’ –, il linguaggio della dottrina da descrittivo può (se del caso anche inavvertitamente) divenire prescrittivo.

Ragione in più, questa, per abituarsi a distinguere e guadagnare il maggior tasso d’analiticità possibile nella trattazione della materia, a partire dalle questioni apparentemente solo “nominalistiche” oggetto dei paragrafi qui di séguito.

1.4. ‘Clausole generali’: un concetto dai molti nomi

Un problema, in parte già accennato, di cui sembrerebbe sempre opportuno tener conto quando ci si confronta con la categoria delle

‘clausole generali’ è costituito dalla sovrabbondanza di vocaboli che si accalcano sul proscenio della prosa giuridica continentale²⁵.

Non solo ‘clausole generali’, dunque, ma anche – senza pretesa d’esaustività – ‘concetti valvola’²⁶, ‘valvole di sicurezza’²⁷, ‘organi respiratori’²⁸ o ‘di adeguazione’²⁹, norme o disposizioni ‘in bianco’³⁰, ‘nozioni a contenuto variabile’³¹, ‘standard’³², ‘standard valutativi’³³, ‘formule aperte’³⁴, ‘norme a contenuto indeterminato’³⁵, ‘disposizioni di legge elastiche’³⁶, ‘formulazioni elastiche’³⁷ ‘concetti giuridici indeterminati’³⁸ e così avanti.

²⁵ Cfr. recentemente F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un’analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 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. Abbiamo infatti le ‘clausole generali’ i ‘principi generali’ i ‘concetti giuridici’ indeterminati’ le ‘norme elastiche’ le ‘nozioni a contenuto variabile’ gli ‘standard valutativi’ ecc. Tanti nomi per dire la stessa cosa o tante cose diverse?».

²⁶ (*Ventilbegriffe*). Vedi K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*², Wien-Leipzig, 1924 (prima ed. Wien 1904), p. 86.

²⁷ (*Sicherheitsventile*). Vedi O. WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, p. 106 ss.

²⁸ Vedi V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908, p. 60.

²⁹ Vedi D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 210.

³⁰ (*Blankettvorschriften*). Vedi E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, p. 19 ss.

³¹ Vedi C. PERELMAN, R. VANDER ELST (a cura di), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.

³² Vedi M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, p. 311 ss.

³³ Vedi A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 1 ss.

³⁴ Vedi G. ALPA, *Le formule aperte*, in ID. (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, 2000, p. 103 ss.

³⁵ Vedi M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 ss.

³⁶ Vedi F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 1 ss.; nonché E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell’ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, p. 3558 ss.

La causa di questo fenomeno è verosimilmente imputabile da un canto alla non del tutto coincidente realtà fenomenologica (dapprima) osservata e (poi) rubricata dalla dottrina, dall'altro canto alle differenti caratteristiche (relative al contenuto, alla struttura, alla funzione e via enumerando) che si è volta per volta ritenuto d'evidenziare³⁹. In parole più semplici: non sempre si sono osservate le stesse (parti di) norme e, quand'anche lo si sia fatto, non sempre le si è poi categorizzate secondo lo stesso criterio⁴⁰. A ciò s'aggiunga inoltre il fatto che la qualificazione ha proceduto per lo più "in negativo", cercando di distinguere la categoria delle 'clausole generali' in rapporto all'*assenza* nelle relative norme di caratteristiche (determinatezza, "chiusura" della fattispecie, rigidità, giuridicità in senso stretto e via dicendo) viceversa riscontrabili nelle norme per così dire "ordinarie"⁴¹, con un ovvio, proporzionale incremento della possibile "oscillazione terminologica".

³⁷ Vedi S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in AA.VV., *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, I, Torino, 1991, p. 392.

³⁸ (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*) Qui la letteratura giuridica, soprattutto di lingua tedesca, è semplicemente sterminata. Vedi per tutti K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 170 ss.

³⁹ Cfr. E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, cit., p. 213: «dette nozioni non vengono [...] assolutamente utilizzate in modo uniforme, né vi è uniformità di vedute in ordine alle eventuali peculiarità proprie del fenomeno giuridico sotteso alle suddette nozioni, con la conseguenza che le stesse, se talvolta sono indifferentemente utilizzate per designare, nella sostanza, un medesimo fenomeno giuridico, più spesso, invece, nella ritenuta sussistenza di un suo atteggiarsi in modo peculiare a seconda dei casi, sono utilizzate in una differente accezione, proprio al fine di rimarcare dette peculiarità/differenze. Ma anche qualora ci si muova in quest'ultima prospettiva, indubbiamente prevalente, non vi è comunque uniformità di vedute né sulle peculiarità che contraddistinguerebbero il fenomeno giuridico in esame nelle sue differenti possibili forme, né sulla terminologia più appropriata per designare queste differenti possibili forme e le peculiarità proprie di ciascuna di esse».

⁴⁰ Uno spunto in questo senso in F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 286.

⁴¹ Su questo profilo insiste particolarmente A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539: «non esiste [...] convergenza di opinioni sulla loro precisa struttura, sul rapporto con le altre norme dell'ordinamento. Una definizione della 'clausola generale' può essere data più in negativo che in positivo»; cfr. anche ID., *Delle obbligazioni in generale*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 305 ss.

Come questo non abbia molto giovato a un rigoroso e puntuale inquadramento della tematica è conclusione che la stessa dottrina non ha mancato di segnalare. Per riprendere l'esordio di una recente monografia di Vito Velluzzi, «uno sguardo d'insieme alla letteratura e alla giurisprudenza in tema di clausole generali evidenzia, nella cultura giuridica italiana, una situazione articolata, ma soprattutto confusa. Innanzi tutto il sintagma 'clausola generale' è ambiguo, esprime una molteplicità di significati che tendono a sovrapporsi, totalmente o parzialmente, con altre nozioni in uso presso giuristi e giudici. È abitudine ricorrente di questi ultimi, infatti, ritenere perfettamente, o solo in una certa misura, sinonime, le nozioni di 'clausola generale', 'standard valutativo' (o più semplicemente 'standard'), 'concetto indeterminato', 'norma elastica', 'concetto valvola', 'nozione a contenuto variabile' e altre ancora. Tuttavia, giuristi e giudici raramente si premurano di definire i termini impiegati»⁴².

Il primo aspetto di questa situazione a suggerire cautela è la possibilità che la dottrina *moltiplichi le etichette* per il *medesimo concetto* associandolo a *più nomi diversi*. A volte, insomma, la letteratura giuridica può riferirsi alla *stessa cosa* – allo stesso insieme di (parti di) norme o di (parti di) disposizioni – *rubricandola* però *in modo differente*: non 'clausola generale', bensì, per esempio, 'concetto giuridico indeterminato', 'concetto valvola' e avanti in questo modo.

⁴² V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 1. Mi parrebbe decisamente isolata in letteratura la posizione di G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, Napoli, 2007, p. 429 s., secondo cui «esiste (tutto sommato) una nozione abbastanza univoca di 'clausola generale', sì che può ragionevolmente supporre che il giurista che utilizza questa espressione [...] alluda a un fenomeno ben individuato e unitario». Ma cfr. *ivi*, p. 429, nota 1, per il rilievo che l'assenza di contrasto in dottrina riguarda solo il «nucleo essenziale» del concetto, nonché, sempre del medesimo Autore (ID., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992, p. 140), la precedente considerazione secondo cui «la genericità di tali formule e l'assenza (o, comunque, la scarsa chiarezza) di alcune necessarie distinzioni non hanno fin qui consentito di pervenire a una sufficiente chiarificazione della nozione».

Da una parte, pertanto, la conclusione è di non poter mai essere sicuri che, quando la dottrina si riferisce a quella categoria convenzionale di norme (o di disposizioni) solitamente rubricata come ‘clausole generali’ in rapporto a certe sue caratteristiche, la chiami sempre effettivamente così (‘clausole generali’, appunto). Dall’altra parte, corrispettivamente, non si può dare per scontato (*i.e.*, sarebbe incauto *presumere*) che a un nome diverso corrisponda anche un diverso concetto, una diversa categoria di norme o di disposizioni.

Tali considerazioni, pure esatte, non arrivano del resto a legittimare l’eccesso opposto, vale a dire la rappresentazione secondo cui “tutto sommato” pur sotto nomi diversi si rinverrebbe *sempre* la stessa cosa. Sarebbe dunque del pari rischioso ritenere aprioristicamente e aprioristicamente che, per stare all’esempio fatto poche righe più sopra, ‘concetto giuridico indeterminato’ o ‘concetto valvola’, ogniqualevolta ricorrano, siano soltanto un modo diverso per esprimere il concetto di ‘clausola generale’ (che siano *automaticamente* “la stessa cosa”).

Vero è che *a volte* le diverse nozioni, qui sommariamente richiamate, possono dirsi sinonime. È abbastanza raro, tuttavia, il caso in cui lo siano *integralmente* e *perfettamente*. Per lo più si tratta di definizioni che rinviano a concetti variabilmente “imparentati”, che condividono dunque *alcune*, ma *non tutte* le caratteristiche della relativa categoria di (parti di) norme o di disposizioni.

1.5. (segue) ‘Clausole generali’: un nome per più concetti

Il rilievo da ultimo effettuato introduce il secondo profilo problematico legato alle questioni “di etichetta” relative alle ‘clausole generali’.

Non solo, invero, può accadere che un *nome diverso* da ‘clausole generali’ sia utilizzato per indicare la *medesima nozione*, ma neppure è così infrequente che si manifesti anche la situazione problematica “speculare”, vale a dire quella per cui col *medesimo nome* (‘clausole generali’, appunto) il linguaggio della dottrina designi *nozioni* fra loro *differenti*. Quand’anche nella letteratura giuridica si rinvenga, presso diversi autori, l’uso della locuzione ‘clau-

sole generali’, pertanto, *non necessariamente* essi si riferiranno sempre allo stesso oggetto, vale a dire alla stessa categoria di (parti di) disposizioni o di norme.

Daccapo, il “*nomen juris*” può trarre in inganno, nella misura in cui erroneamente si confidi nel suo essere (rigorosa) *consequentia rerum*. La questione si fa però qui ancor più spinosa, giacché evidentemente – in corrispondenza del misconoscimento di alcune cautele metodologico/linguistiche che quanto meno in ambito scientifico sembrerebbero affatto *basilari*⁴⁵ – il rischio d’incorrere in autentiche equivocazioni lessicali fatalmente s’accresce. Quando si usano *le stesse parole*, infatti, è decisamente più facile illudersi di parlare pure *della stessa cosa* (sebbene già la c.d. “esperienza comune” si premuri spesso di smentire questa prima impressione).

⁴⁵ Opportunamente ricordate da A. PINO, *La ricerca giuridica. Finalità – oggetto – metodo*, Padova, 1996, p. 216 s., dove si parla dei rischi connessi all’«inosservanza di due regole fondamentali: la regola metodologica della denominazione e la regola linguistica della significazione», che giova qui richiamare almeno per stralci.

Secondo la *regola della denominazione* (*ivi*, p. 217) «lo studioso che vuole svolgere le indagini richieste dalla ricerca che si propone, non si può arrestare alla espressione linguistica, con la quale si usa designarle, ma deve dapprima individuare quali esse siano, verificarle e infine stabilirne la denominazione. [...] Alla denominazione si giunge successivamente, mediante una scelta del segno linguistico, effettuata liberamente con regole d’uso o con regole genericamente o specificamente convenzionali, ma sempre in modo che la medesima denominazione non si riferisca ad altre indagini, relative alla stessa area disciplinare o predisposte per finalità e oggetto diversi. [...] Non vi sarebbe alcuna utilità e non si guadagnerebbe neppure in chiarezza, dal momento che a significati diversi rigore richiede parole diverse e non si possono designare simultaneamente e con la medesima espressione linguistica indagini ricognitive che appartengono alle ricerche scientifiche e riflessioni speculative che appartengono alle discipline filosofiche, senza con ciò ingenerare equivoci e confusioni».

La *regola della significazione* (*ibidem*), dal canto suo, «si muove dalla premessa che i significati non sono insiti nelle parole e indipendenti dal linguaggio e dalle strutture linguistiche, cui le parole appartengono, in particolare se i segni significanti risultano carichi di tante valenze significative, quante sono le discipline che li usano [...]. Procedere alla significazione delle parole, prescindendo da questa premessa, comporta il pericolo di attribuire significati solo in quanto designati dalle stesse parole nel linguaggio di altre discipline e di incorrere così in una falsa transcodificazione, che dà una patina di attendibilità a considerazioni metodologiche non corrette».

Anche qui, per chiarezza, la situazione più frequente legata all'uso semanticamente fluttuante della medesima locuzione 'clausole generali' non è quella di trovarsi di fronte a concetti fra loro *disconnessi* e tuttavia (incomprensibilmente) rubricati alla stessa maniera. La molteplicità di concetti di 'clausole generali', insomma, non implica solitamente casi d'*omonimia* della relativa rubrica, tali per cui alla locuzione 'clausole generali' corrisponderebbero più significati fra loro *totalmente irrelati*.

Più spesso, per non dire quasi sempre, nei casi in cui la locuzione 'clausole generali' è stata spesa con significati diversi all'interno del linguaggio giuridico, la dottrina viceversa ha finito per chiamare con lo stesso nome ('clausole generali') categorie di (parti di) norme o di disposizioni con caratteristiche *simili* e per lo meno *parzialmente coincidenti*, rendendo semmai la locuzione 'clausole generali' *ambigua*⁴⁴ (in un senso stretto, non inclusivo dell'*omonimia*)⁴⁵.

Come che sia, il risultato è che, pure qui, quand'anche ci si trovi di fronte all'uso della medesima formula ('clausole generali') da parte di soggetti diversi pur appartenenti alla medesima disciplina, disgraziatamente non si potrà *presumere* che di fatto costoro adottino la medesima nozione e dunque si riferiscano al medesimo oggetto, allo stesso "frammento" di realtà giuridica.

La direttiva metodologica che parrebbe emergere dallo "stato dei fatti" sinteticamente descritto negli ultimi due paragrafi sugge-

⁴⁴ Di termine «fortemente ambiguo» con riferimento alle 'clausole generali' – giacché «usato simultaneamente e in modo indifferenziato tanto come sinonimo di norma fluida e aperta alla realtà sociale quanto come sinonimo di norma generale riassuntiva» – parla espressamente C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 305.

⁴⁵ Si potrebbe forse, per certi versi, parlare anche di *vaghezza combinatoria* (cfr. W.P. ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, Bologna, 1971, pp. 139-143). Essa sarebbe la caratteristica, propria di un medesimo termine (qui, della locuzione 'clausole generali'), di riferirsi contemporaneamente alla categoria α con le caratteristiche x e y , alla categoria β con le caratteristiche x e z , alla categoria γ con le caratteristiche y e z . Come si potrà notare da questa rappresentazione (necessariamente "stilizzata"), ciascuna categoria qui ha *una caratteristica in comune* con una delle altre categorie, ma non c'è *nessuna* caratteristica comune a *tutte* le categorie. In ambito giuridico cfr. in proposito M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2003, p. 93.

risce dunque che, ond’evitare (o quantomeno contenere) i possibili fraintendimenti legati a tali profili “onomastici”, si proceda cautamente caso per caso, andando sempre *al di là del nome* e prestando viceversa attenzione ai *contenuti* della rubrica. Operazione – inutile nasconderselo – dal canto suo non sempre facile, giacché proprio i contenuti (il referente oggettuale, la fenomenologia normativa di riferimento) sovente non risultano specificati in modo espresso e con la precisione che sarebbe auspicabile, spesso limitandosi a rinvii piuttosto vaghi o a esemplificazioni dichiaratamente non tassative.

1.6. *Clausole generali e interpretazione giuridica: un problema aperto*

Già più volte, direttamente o indirettamente, il problema dell’interpretazione è affiorato in queste pagine, e non a caso, giacché esso parrebbe segnatamente costituire, quando si tratti di clausole generali, un “crocevia” semplicemente ineludibile e dal quale – per di più – si finisce per transitare pressoché *in ogni passaggio* del relativo percorso di ricerca. Rilievo, quest’ultimo, che impone però qualche ulteriore precisazione.

Il tema dell’interpretazione del diritto, infatti, è tipicamente “trasversale” a *qualsiasi* analisi giuridica, e dunque segnalare come la tematica delle clausole generali e quella dell’interpretazione s’intreccino da un certo punto di vista potrebbe suonare semplicemente un’ovvietà. Vi sono tuttavia dei sensi non (così) banali per cui la tematica interpretativa e quella delle clausole generali entrano in rapporto⁴⁶ e proprio a questi ulteriori profili si vorrebbe riferire – peraltro, pure qui in maniera circoscritta al minimo indispensabile – il corrente paragrafo.

⁴⁶ Cfr., sinteticamente, E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, cit., p. 193, nota 65: «è evidente [...] che l’aderire ad una teoria formalistica dell’interpretazione o a taluna delle più recenti teorie antiformalistiche della stessa con la conseguente apertura alla natura “creativa” e non meramente “dichiarativa” dell’attività interpretativa, non è circostanza priva di rilievo (anche) con riferimento alla tematica in esame». Vedi anche ID., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, p. 739 ss.

Il punto di contatto senz'altro più importante e insieme più studiato in letteratura fra i due elementi (clausole generali e interpretazione) parrebbe certamente quello relativo agli *specifici problemi interpretativi* che le clausole generali porrebbero rispetto alle disposizioni/norme “comuni” dell'ordinamento. Le norme o le disposizioni contenenti una clausola generale seguirebbero un *iter* interpretativo differente rispetto a tutte le altre? E, se sì, come solitamente si suppone, dove starebbe la differenza?

Tutta la riflessione dottrina che variamente insiste sul “rinvio” effettuato dalle clausole generali a parametri extragiuridici e dunque sulla necessità d'indagarne i rispettivi ordinamenti per poter applicare la (norma inclusiva d'una) clausola generale, o sulla prestazione (*lato sensu* interpretativa) di “integrazione valutativa” in ipotesi richiesta all'interprete delle clausole generali sembrerebbero rappresentare, ad esempio, un tentativo di risposta proprio a questo genere d'interrogativi, i quali tuttavia ovviamente potranno essere affrontati solo in una parte successiva del presente studio.

In coerenza con la sede introduttiva e con l'impostazione finora tenuta, qui ci si vorrebbe invece concentrare su un profilo per così dire più “a monte” del rapporto fra clausole generali e interpretazione giuridica e che in varia misura si riconnette a una serie di snodi concettuali già introdotti (o quanto meno “sfiorati”) in precedenza.

Più nello specifico si vorrebbero analizzare in questa sede non quei problemi d'interpretazione che dalle clausole generali potrebbero dirsi *generati*, bensì quei problemi relativi all'interpretazione giuridica che potrebbero in qualche modo *generare* – essi stessi – le clausole generali.

Se si volesse riassumere in modo assai sintetico (e volutamente provocatorio) tale profilo, lo si potrebbe formulare in termini di quesito: le clausole generali, intese come sinora qui s'è fatto quali (parti di) norme, *esistono antecedentemente all'interpretazione* o sono una variabile *dipendente* (in senso forte) da quest'ultima?

Il problema non riguarda più qui la categoria ‘clausole generali’ (come convenzionalmente definita dalla dottrina), bensì la realtà fenomenica designata, descritta, qualificata da detta categoria.

Abbiamo indicato questa realtà come un insieme costituito da *norme*, o meglio da *parti di norme*, dotate di particolari caratteristiche. Ma *in che rapporto* esse si pongano con gli enunciati normativi del legislatore non è stato qui ancora chiarito: tali enunciati sono una componente necessaria per l'*esistenza* di una clausola generale, o quanto meno per la sua *individuazione/ricostruzione* da parte dell'interprete? Oppure si potrebbe dare il caso di una clausola generale non riconducibile, direttamente o indirettamente, ad alcuna disposizione e dunque “creata” in senso forte dall'interprete?

E anche qualora si risponda positivamente alla prima domanda, di modo che non esisterebbero clausole generali (parti di norme rubricabili come ‘clausole generali’) prive di disposizione, che tipo di vincolo quest'ultima eserciterebbe sull'interprete che ad essa si rapporti? Ciascuna disposizione scritta, se opportunamente interpretata, potrebbe arrivare a esprimere una clausola generale oppure la disposizione dovrebbe avere “di per sé” determinate caratteristiche, che l'interprete si limiterebbe a riconoscere (ed eventualmente a rielaborare, ma senza produrle lui stesso)? E ancora, quand'anche si rispondesse nel secondo senso, *quali* sarebbero queste caratteristiche e *in che modo* risulterebbero riconoscibili da parte dell'interprete?

Come facilmente si potrà osservare, i quesiti sottesi alle problematiche ora sommariamente indicate, e declinate per il caso delle clausole generali, costituiscono il “cuore” d'ogni teoria dell'interpretazione giuridica e – per quanto questo possa risultare singolare e per certi versi pure inquietante, vista la “posta in palio” – le risposte a tali quesiti parrebbero tutt'altro che prossime a una sistemazione definitiva o indiscussa in seno alla scienza e alla teoria del diritto⁴⁷.

⁴⁷ Basterà qui citare, limitandosi ai tempi recentissimi, il poderoso studio critico di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011, cui ha fatto séguito un “botta e risposta” teorico con Mauro Barberis, ora rifluito in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, “*Nuovi dialoghi sull'interpretazione*”, Modena, 2013. Le risultanze teoriche di questo dibattito, così come di quello successivo sugli stessi temi instauratosi con Giorgio Pino, sono ora riassunte in A. VIGNUDELLI, *Come un Post Scriptum. “Interpreta-*

Non è chiaro, anzitutto, cosa debba intendersi per ‘interpretazione del diritto’ (anche qui, insomma, si discute sul *concetto* stesso di ‘interpretazione’)⁴⁸. Si tratta soltanto di (o comunque è bene intendere soltanto) quell’operazione intellettuale finalizzata all’individuazione del significato (o dei significati, se plurimi) degli enunciati delle fonti del diritto o anche di operazioni ulteriori? E nel caso si ammetta che l’interpretazione giuridica includa anche componenti ulteriori rispetto all’individuazione (o all’“ascrizione”) di senso agli enunciati normativi, vale a dire a quelle che secondo l’attuale terminologia in uso presso i giuristi sono chiamate ‘disposizioni’, quali sarebbero queste componenti? Ci si dovrebbe limitare all’applicazione (o magari all’applicazione *giudiziale*)⁴⁹ del diritto – l’interpretazione *in concreto*, rivolta ai casi, per contrapposi-

zione e Costituzione” tra Prequel e Sequel, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XIV/2014, p. 1013 ss.

⁴⁸ Per una rassegna sui significati di ‘interpretazione’ vedi R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 2 ss. Cfr. anche A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 55: «disgraziatamente [...] con l’espressione ‘interpretazione giuridica’ o ‘interpretazione del diritto’, si indicano spesso (così nella conversazione ordinaria come nei discorsi dei giuristi) cose fra loro diverse [...] sia pure accomunate dal fatto di vertere (quanto meno *anche*) su *testi scritti* e di coincidere (almeno) con quell’operazione intellettuale che individua il loro (dei testi) significato».

⁴⁹ Un recente spunto in tal senso in A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 841, dove si parla di «un mutamento della funzione del giurista come interprete del diritto» sulla base del rilievo che «la fase dell’applicazione ha assunto una posizione centrale nella costruzione di ciò che è diritto. O meglio: è il concetto di “diritto vivente”, piuttosto che quello di diritto statuito, a individuare il contenuto di ciò che consideriamo diritto vigente».

Rispetto alla problematicità di questa impostazione (peraltro diffusissima oggi tra i giuristi) cfr. A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., p. 383, dove si osserva come le «le due attività, ancorché designate come interpretazione, sono profondamente diverse e non possono in alcun modo essere accomunate. Vi è tra lo studio ricognitivo e l’applicazione giudiziale una eterogeneità, che non giustifica la designazione delle attività con la medesima espressione linguistica e, tanto meno, con quella di interpretazione, qualunque significato si voglia attribuire alla parola. La attività degli studiosi è di ricerca teoretica, mentre quella dei giudici è esercizio della funzione giurisdizionale: la prima consiste in una ricognizione della normativa significata con il discorso legislativo, convenzionalmente denominata con la espressione diritto positivo ed è fine a se stessa; la seconda consiste nell’espletamento di una serie di compiti, specificamente stabiliti dall’ordinamento giuridico».

zione con l'interpretazione *in abstracto*, giacché rivolta soltanto ai testi⁵⁰? O sarebbero da considerare interpretative anche quelle attività tradizionalmente ricondotte al concetto di *integrazione* del diritto o ancor più in là quelle che con lessico evocativo sono state battezzate di «costruzione giuridica», con ciò intendendo tutte le variabilissime modalità con cui si ritiene che i giuristi “plasmino” l'ordinamento nei suoi contenuti⁵¹?

A un secondo livello – variabilmente connesso col primo – ulteriori quesiti irrisolti si frappongono ai sonni tranquilli dello scienziato del diritto (o quanto meno di quello anche solo moderatamente auto-riflessivo), se è vero che lo stesso statuto dell'atto interpretativo non è per nulla pacifico. Per riprendere la contrapposizione in cui usualmente si risolve tale questione⁵², si tratterebbe di un atto di *conoscenza*⁵³ o di *volontà*⁵⁴? O si dovrebbe viceversa

⁵⁰ Per questa distinzione cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 82 ss.; ma vedi già ID., *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi*, 1997, n. 2, p. 35 ss., dove si distingue fra *interpretazione orientata ai testi* o *orientata ai fatti*. Analogamente A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 2001, p. 111, distingue l'interpretazione *mediante il significato* e l'interpretazione *mediante la verifica*.

⁵¹ Per questa seconda impostazione vedi R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, *passim*, (ma vedi soprattutto la parte II dell'opera), sebbene l'Autore sia perfettamente consapevole (delle) e non manchi di evidenziare le conseguenze dell'equiparazione fra i due concetti. Cfr. infatti ID., *Interpretazione e dintorni. Esercizi di nominalismo esasperato e positivismo desueto*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, p. 1797 ss., nota 17: «la mancata distinzione tra interpretazione propriamente detta e costruzione giuridica produce, tra l'altro, l'effetto di contrabbandare le attività nomopoietiche di giudici e giuristi come innocue operazioni interpretative»; nonché precedentemente ID., *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1380: «è pur vero che tutti noi tendiamo a chiamare genericamente 'interpretazione' il discorso della dottrina e della giurisprudenza nella sua interezza. Ma non è un uso linguistico molto felice, perché opacizza la varietà di operazioni intellettuali effettivamente compiute dagli interpreti».

⁵² Su ciò vertono le «controversie epistemologiche sull'interpretazione» di cui parla R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti*, cit., p. 25 ss. e relative indicazioni bibliografiche. Per la susseguente contrapposizione fra teorie “conoscitive”, “valutative”, o “mediane” cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, p. 6 ss.

⁵³ Trattasi dell'impostazione tradizionale, solitamente ricondotta, quanto ai suoi antecedenti storici, alla Scuola dell'esegesi o al pensiero di Savigny (cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti*, cit., p. 26, nota 26).

⁵⁴ Per quest'impostazione, ad esempio, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina*

ammettere una struttura *variabile* dell'atto interpretativo (talvolta di conoscenza, talaltra di volontà)⁵⁵?

L'aspetto "volitivo" inoltre, ove si ritenga presente, si colloca (e anche qui: sempre o soltanto a volte?) solo sul versante applicativo – solo cioè in rapporto alla soluzione di casi concreti, per lo più (se non esclusivamente) da parte del giudice – oppure anche (strutturalmente o contingentemente?) nella fase dell'individuazione del significato in senso stretto, di modo che pure il significato delle disposizioni normative potrebbe dirsi dall'interprete "deciso" in senso forte⁵⁶?

In una dimensione per così dire "intersecante" rispetto ai due livelli ora citati si stagliano i problemi metodologici di fondo, relativi all'esistenza e alla consistenza di procedure affidabili e verificabili di significazione degli enunciati normativi. Vi sarebbero dei limiti (epistemici e/o giuridici) sufficientemente oggettivi, precisi e stabili che consentano di distinguere l'interpretazione *corretta* da quella *scorretta* oppure bisognerebbe accontentarsi di limiti per così dire "di fatto", costituiti dagli usi invalsi nella comunità culturale dei giuristi⁵⁷? E ancora: sarebbe proprio a questa comunità "ristret-

pura del diritto, Torino, 2000, p. 123: «l'idea che sta a fondamento della teoria tradizionale dell'interpretazione, per la quale, mediante una qualsiasi conoscenza del diritto vigente, si potrebbe ottenere quella determinazione dell'atto giuridico che la norma superiore da applicarsi non ha ancora effettuato, è un'illusione contraddittoria perché urta contro il presupposto della possibilità d'una interpretazione. Il problema per cui ci si chiede quale, *fra le possibilità date nello schema di una norma*, sia quella "giusta", non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico. [...] Appunto per questo, la determinazione della norma individuale nel procedimento esecutivo della legge è una funzione della volontà in quanto con questa viene riempito lo schema della norma generale».

⁵⁵ Come parrebbe sostenere, ad esempio, H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002, p. 150, là dove sostiene che in tutti *e soli* quei casi *che non sono chiari* per via della (relativa) imprecisione dei termini usati, da parte dell'interprete/applicatore «la conclusione, anche se può non essere arbitraria o irrazionale, è in effetti una scelta».

⁵⁶ In tempi recenti, ha ancora insistito sull'importanza di questi *distinguo* ad esempio A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, *passim*, ma part. p. 192 ss.; parrebbe nel complesso revocarne in dubbio la stringenza G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, p. 77 ss.

⁵⁷ Per la prima tesi vedi ora A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*,

ta" che si dovrebbe guardare per desumere gli eventuali vincoli linguistici per l'assegnazione di senso agli enunciati del legislatore oppure si dovrebbe prendere in considerazione l'intero insieme dei parlanti interessati alla comunicazione giuridica (inclusivo soprattutto dei comuni consociati come primi e diretti destinatari dei precetti giuridici)⁵⁸?

Né è a dire come le cose si complichino ulteriormente (e non di poco) quando si pensi al proverbiale "vespaio" sollevato con riferimento all'interpretazione *costituzionale* e alla sua presunta "specificità" rispetto a quella del diritto c.d. ordinario (nel senso di sub-costituzionale)⁵⁹, affermata o negata con fortune e argomenti alterni⁶⁰, di stampo ora prevalentemente *epistemologico*⁶¹, ora isti-

cit., p. 20 ss., 129 ss. Per la seconda vedi ad esempio R. GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., p. 49 o, emblematicamente, M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, p. 445: «poiché non vi è nulla oltre o al di là dell'interpretazione, le interpretazioni corrette sono in ultima analisi nient'altro che interpretazioni. [...] In conclusione, ogni significato intersoggettivo è derivato dall'interpretazione, e il diritto, l'etica, e la politica, attraverso cui il sé e l'altro cercano di trarre il meglio dalla loro condizione comune, sono nella loro essenza solo interpretazioni. Alla fine la cosa migliore che possiamo fare è di mirare ad una giustizia che dipenda dall'interpretazione. Può non sembrare molto, ma è tutto»; più di recente, seppure a partire da presupposti metodologici differenti, cfr. anche V. SCALISI, *Fonti - Teoria - Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 134 s.

⁵⁸ Per la prima soluzione M. BARBERIS, *Una teoria "protestante" dell'interpretazione costituzionale*, in ID., A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione, cit., p. 65 ss.; per la seconda A. VIGNUDELLI, *Honni soit qui mal y (re-)pense. Una seconda risposta (e qualche ulteriore domanda) a Mauro Barberis*, *ivi*, p. 54 ss. e ID., *Amicus Plato (reloaded)*, *ivi*, p. 91 ss.

⁵⁹ Per una rapida sintesi dei problemi "orbitanti" intorno a questa problematica vedi R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1996, p. 169 ss.; ulteriori indicazioni in ID., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 756, nota 27 e in T. MAZZARESE, *Interpretazione della costituzione. Quali pregiudizi ideologici?* in *Ars Interpretandi*, 2008, p. 213 ss.

⁶⁰ A titolo meramente esemplificativo, per la prima tesi vedi G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 19 ss., nonché A. MORRONE, (voce) *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, 2008, p. 200 ss.; per la seconda R. GUASTINI, *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 457 ss.

⁶¹ G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 229 ss.

tuzionale⁶² – solitamente legato alla presenza di quell’organo “particolarissimo” che sarebbe la Corte costituzionale⁶³ –, ora *teorico-giuridico* (in connessione, cioè, con una certa teoria o dottrina della Costituzione e delle sue “funzioni”)⁶⁴.

Che non si tratti di questioni di poco momento, prim’ancora che per la sua attività scientifica, per l’*identità* stessa del giurista (e

⁶² Ad esempio sulla base dell’argomento secondo cui «i compiti che gravano sull’interprete delle Costituzioni moderne – sulle Corti costituzionali o sui giudici in genere – sono ben altra cosa rispetto ai compiti che in genere sono attribuiti ai giudici», con la conseguenza che ciò potrebbe implicare «profonde differenze nell’“amministrazione” del testo normativo». Così R. BIN, *La Costituzione fra testo e applicazione*, in *Ars Interpretandi*, 2009, p. 11.

⁶³ G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, cit., p. 23 ss. Ma per uno spunto in tal senso cfr. anche A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, p. 39 s., nonché N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale: “esigenza intrinseca” della Costituzione repubblicana*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. 3. Legalità e garanzie*, Roma-Bari, 2006, p. 516 ss.

⁶⁴ Qui ci si astiene volutamente dall’effettuare riferimenti bibliografici giacché in tal caso si tratterebbe dell’impresa proibitiva di censire pressoché *tutte* le teorie o dottrine (evidentemente un’infinità) che rispetto alla funzione della Costituzione vadano oltre l’indicazione che essa semplicemente “prescriva qualcosa” (cioè che essa prescriva, tautologicamente, quel che prescrive, qualunque cosa essa prescriva).

Infatti, ogni teoria/dottrina che assegni al diritto (e al diritto costituzionale in specie) “compiti” o “funzioni” particolari – e forse addirittura ogni teoria giuridica *tout court* – parrebbe da ultimo “generare” una propria teoria dell’interpretazione o per lo meno escluderne alcune in radice. Su questo importante snodo concettuale vedi ora A. VIGNUDELLI, *Interpreti vs. Legislatore. La contesa del primato sulla produzione del diritto alla luce della Carta costituzionale repubblicana*, in *Rass. parl.*, 2012, p. 566 ss.; nonché ID., *Amicus plato*, cit., p. 90 ss.; ma sull’implicazione fra teorie del diritto e teorie dell’interpretazione vedi già N. BOBBIO, (voce) *Metodo*, in *Nvss. dig. it.*, 1964, p. 602; nella letteratura tedesca sono ormai classiche le considerazioni di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *NJW*, 1974, p. 1529 ss., mentre più di recente è utilissima a tal proposito la panoramica offerta da B. RÜTHERS, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in *JZ*, 2006, p. 53 ss.

Ciò non toglie, ovviamente, che alcune dottrine abbiano, in un certo momento storico, un impatto maggiore di altre sulla cultura giuridica e, indirettamente, anche sulla teoria dell’interpretazione. Come si vedrà meglio in séguito, al momento le dottrine in questione – che non a caso massimamente insistono sull’interpretazione (giudiziale) come tratto caratteristico del moderno Stato costituzionale – sembrerebbero essere quasi tutte di ascendenza “neocostituzionalistica”.

del costituzionalista in particolare) è, credo, sotto gli occhi di tutti. Tempo e spazio per approfondirle frontalmente – come pure sarebbe necessario per prendere posizione in modo non superficiale (o semplicemente “adesivo” a questa o a quella autorità) in una materia così controversa – evidentemente non sono dati in questa sede.

Modo di evitarle, del resto, non v’è. Che le si affronti o no, esse condizionano lo svolgimento del discorso. Quel che può cambiare è soltanto il grado di consapevolezza circa l’influenza da esse esercitata nella ricerca giuridica esperita dal singolo studioso, circa l’effettivo grado di condizionamento da esse espresso.

Giacché non si vede quale vantaggio potrebbe derivare da un approccio *inconsapevolmente* condizionato, tanto vale dunque quanto meno prenderle in considerazione e dichiarare espressamente quale posizione in ordine ad esse si assumerà qui, argomentando le ragioni di una scelta che per forza di cose, vista la sede, non potrà se non essere di stampo dichiaratamente stipulativo⁶⁵.

Nulla vieta, dunque, che la ricerca sulle clausole generali si possa svolgere (con piena legittimità) anche secondo parametri diversi rispetto a quelli accolti in questa sede. Nondimeno, si cercherà di motivare come mai le coordinate qui accolte parrebbero consentire una prospettiva di studio più feconda per chi s’interessi di clausole generali (e in special modo di clausole generali nel loro rapporto con la Costituzione).

⁶⁵ Cfr. recentemente in questo senso anche la bella pagina di A. RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013, p. 20 s.: «un’enunciazione espressa riferita alla metodologia dell’indagine può facilmente essere scambiata per un’*excusatio non petita*, tanto più che – in teoria – una scienza è tale in quanto dotata di un metodo unitario in vista del conseguimento dei suoi scopi, deontici o aletici che siano. Nondimeno, all’atto di consegnare un lavoro alla comunità degli esperti, una siffatta dichiarazione potrebbe anche mostrare una sua utilità, informando in anticipo l’interlocutore sulle coordinate concettuali di base entro le quali sarà chiamato a muoversi per seguire il pensiero di chi scrive. La *pluralità* dei metodi giuridici effettivamente praticati, infatti, non di rado complica la decrittazione dei messaggi racchiusi in una ricerca, pur in presenza di un lettore attento e disciplinato; né può escludersi che quest’ultimo, al termine della fatica, si renda conto di aver perso tempo nel seguire il filo di un discorso che, a suo giudizio, risultava male impostato *ab origine*».

In questa chiave sembrerebbe intanto potersi dire che, in tema d'interpretazione, esistono delle posizioni abbracciando le quali un *autonomo* discorso sulle clausole generali (per come di solito le si concepiscono) parrebbe avere, in sé, poco senso.

Se, ad esempio, si ritenesse rientrante nella "discrezionalità" ordinaria dell'interprete la possibilità di creare *ex nihilo* norme inclusive di clausole generali indipendentemente dall'esistenza di specifiche disposizioni o indipendentemente dal contenuto logico-semanticamente di esse, l'intera riflessione sulle caratteristiche delle clausole generali come elementi distinti dalle (e *distintivi* rispetto alle) restanti norme dell'ordinamento perderebbe infatti di mordente, rifluendo semmai nello studio generale sui "percorsi interpretativi" affermatosi come tendenza nella comunità dei giuristi.

In questo senso, si potrebbe avere non soltanto una *legislazione*, ma anche un'*interpretazione* "per clausole generali". Un'analisi delle clausole generali come specifica "tecnica interpretativa" – tuttavia – non mi risulta finora sia mai stata effettuata in letteratura, né in questi termini (*i.e.*, sotto questo nome) mi pare essere stato mai censito il relativo, ipotetico argomento (interpretativo).

Il mancato approfondimento di questa via parrebbe anche in questo caso vantare ragioni essenzialmente storiche. Il fenomeno delle clausole generali è stato studiato, tradizionalmente, quale *eccezione* al "normale" modello di formulazione delle previsioni normative *da parte del legislatore*. Un'eccezione, per di più, che si è solitamente presupposta come *intenzionale*, vale a dire *voluta* dallo stesso legislatore (almeno nei suoi tratti essenziali).

Del resto, all'interno della logica d'un interprete "creatore" del diritto – di solito concepito come soggetto (di cui l'archetipo sarebbe poi il giudice) che ascrive significato alla disposizione in vista della soluzione di un caso concreto – la stessa idea di costruire per via ermeneutica non già (direttamente) la regola del caso, ma una clausola generale come controverso meta-criterio di (indiretta) decisione parrebbe non propriamente facile da spiegare anche all'interno di un'ipotetica analisi sociologico-culturale della categoria dei giuristi.

In una certa misura, parrebbe quindi la stessa decisione di scrivere *di clausole generali* e non direttamente *d'interpretazione* a

suggerire di non adottare – quanto meno non da principio – modelli dichiaratamente “scettici” o comunque eccessivamente “antiformalistici” in relazione a quest’ultima. Per riprender quanto si ricordava in apertura del presente paragrafo, insomma, è proprio *in quanto* le clausole generali sollevano (o comunque per lo più *si creda e si presupponga* che sollevino) *specifici* problemi d’interpretazione che non parrebbe sensato concepire che qualsiasi disposizione possa essere interpretativamente intesa come espressiva di (una norma inclusiva di) una clausola generale.

Ciò che – a scanso di equivoci – non impone neppure di aderire a teorie “cognitivistiche” secondo cui le disposizioni normative esprimerebbero sempre un unico significato, sufficientemente univoco per risolvere ogni problema applicativo in modo “meccanico” o comunque con esiti “obbligati”. Semplicemente, si tratterà di considerare il testo delle disposizioni come espressivo d’una “cornice” di significato più o meno ampia – tale per cui *a seconda dei casi* si potranno dare uno o più significati, a loro volta più o meno univoci –, ma la cui ampiezza non risulti dipendente “in senso forte” dalle scelte discrezionali (o addirittura dall’arbitrio) dell’interprete⁶⁶.

Opzione che, per inciso, parrebbe a grandi linee richiamare proprio quel modello “eclettico” di (teoria della) interpretazione che sembrerebbe ancor oggi, sia pure con molte diverse sfumature, largamente accreditato fra i filosofi e ampiamente presupposto dal modo in cui s’atteggiano le ricerche dei giuristi, i quali anzi spesso parrebbero assumere “atteggiamenti pubblici” ancor più marcatamente assimilabili all’*accertamento* d’un significato *precostituito* degli enunciati normativi⁶⁷.

⁶⁶ Nulla esclude poi, naturalmente, che le conclusioni raggiunte in sede di analisi delle clausole generali secondo una modellistica più “cauta” d’interpretazione giuridica possano poi essere utilizzate – com’è ovvio, rideclinandole in modo opportuno – anche da coloro i quali ritengano che le clausole generali possano essere “create” per via ermeneutica, cioè che ogni disposizione sia potenzialmente in grado d’esprimere (d’essere interpretata come espressiva di) una clausola generale.

Anche in questa chiave, infatti, le riflessioni che qui saranno articolate potrebbero avere una loro utilità, giacché il modello di funzionamento “interpretativo” delle clausole generali potrebbe addirittura divenire il prototipo (o quanto meno *uno* dei prototipi) dell’interpretazione giuridica *tout court*.

⁶⁷ Cfr. G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., p. 364: «è vero che i giu-

Le conseguenze di tale approccio, dal loro canto, determinano l'opzione (convenzionale) di fondo anche sul piano dell'analisi costituzionale.

Com'è noto, infatti, pure sul concetto di 'Costituzione' è riscontrabile in letteratura un'autentica cornucopia di posizioni differenti, che hanno finito per rendere drammaticamente polisemico il relativo termine quando ricorra (non adeguatamente specificato) nel discorso dei giuristi⁶⁸. All'interno di questa selva, dunque, al giurista che nelle proprie analisi parli di Costituzione s'imporrà sempre – quanto meno su un piano sincronico – d'effettuare una *scelta*, espressa o implicita che sia, per l'uno o per l'altro concetto.

Tale opzione, a sua volta, sarà adeguatamente da argomentare, *sempre* in un primo senso (debole) al fine d'evidenziarne l'utilità scientifico-descrittiva (là dove, ovviamente, il concetto di 'costituzione' non sia *ab origine* prescrittivo), e *talvolta* anche in un secondo senso (più forte e "fondativo") nella misura in cui – come sovente accade – dal concetto di 'Costituzione' adottato si facciano poi discendere specifiche conseguenze anche in ordine all'interpretazione *della Carta costituzionale repubblicana* e alla relativa metodologia⁶⁹.

risti talvolta di fatto sembrano impegnarsi in una attività di apparentemente adiafora ricognizione di significati (e, apparentemente, non di scelta di un significato) ascrivibili ad un enunciato delle fonti», dove pure poi l'intento sarebbe quello di demistificare la presunta avalutatività di queste operazioni interpretative effettuate dai giuristi.

⁶⁸ La pluralità di concetti associabili a questo vocabolo è ancora ricordata, da ultimo, M. DOGLIANI, *La Costituzione italiana (otto concetti di costituzione)*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali*, Modena, 2011, p. 9 ss.

Nella letteratura precedente sul tema vedi almeno V. CRISAFULLI (voce) *Costituzione*, in *Enc. Novecento*, Roma, 1974, p. 1030 e F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977, p. 199; P. COMANDUCCI, *Interpretazione della Costituzione*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, p. 98; ma soprattutto G.G. FLORIDIA, *'Costituzione': il nome e le cose*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1994, p. 131 ss. (e cfr. *ivi*, pp. 150-152 per una ricca e ragionata bibliografia).

⁶⁹ Curiosamente, infatti, è riscontrabile presso i giuristi una tendenza a riferire *in ogni caso* al documento costituzionale, per il tramite di una certa teoria dell'interpretazione, anche quei concetti di costituzione che dal documento costi-

L'onere argomentativo parrebbe tuttavia attenuarsi in casi come quello presente, giacché è lo stesso approccio metodologico qui stipulato in tema di clausole generali a giustificare la preferenza – almeno in prima battuta, come convenzionale punto di partenza ovviamente suscettibile d'ulteriori approfondimenti e revisioni – per un concetto "minimale" di 'Costituzione', quale significato prescrittivo del *documento* costituzionale⁷⁰. Ancora una volta, il ragionamento ha carattere dichiaratamente ipotetico: ha (più) senso intendere la Costituzione in questa maniera *se* si vuol parlare del rapporto di quest'ultima con le clausole generali in essa eventualmente contenute.

Proprio questa ipoteticità, del resto, parrebbe la miglior conferma del fatto che quello dell'interpretazione, anche con riferimento alla tematica delle clausole generali, rimane di per sé un problema "aperto". Così come nessuno studio può pensare di *eluderlo*, nessuna stipulazione può pensare di *chiuderlo* (giacché soltanto un'autentica dimostrazione sarebbe in grado di *risolverlo*).

Le stipulazioni, semmai – nel circoscriverlo convenzionalmente e provvisoriamente –, lo "socchiudono" soltanto, in attesa sempre di riaprirlo, auspicabilmente con un accresciuto bagaglio di conoscenze e di competenze, *al séguito* del percorso di ricerca alla cui prosecuzione esse (stipulazioni) sono fatalmente necessarie.

1.7. (segue) *Una stipulazione operativa: le clausole generali come (parti di) norme riconducibili a (elementi di) espresse disposizioni*

Le osservazioni appena effettuate aprono dunque ora alla possibilità di strutturare una prima "stipulazione operativa" anche in merito al concetto di 'clausole generali', stipulazione all'interno della quale sembrerebbero peraltro potersi recuperare per lo meno

tuzionale e dalle sue particolarità di contenuto parrebbero dipendere molto poco (quando non addirittura prescindere del tutto).

⁷⁰ Tale modalità di *default* d'intendere la Costituzione (ove altro non si specifici) è stata recentemente argomentata e difesa da A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., *passim*, ma spec. p. 11 s., 1174 ss.

alcune delle osservazioni di rilievo metodologico effettuate nelle pagine precedenti.

In coerenza con l'uso che storicamente s'è fatto di tale categoria, parlando di 'clausole generali' ci si riferirà d'ora in avanti, convenzionalmente, a specifiche *parti di norme*, riconducibili a (nel senso di espresse da) altrettanti specifici (e individuabili) *elementi di disposizioni*.

Il problema, pure astrattamente rilevante, delle clausole generali che potremmo chiamare "apocrife", pertanto prive di una *specificata* disposizione (derivate dunque dall'interpretazione di *più* disposizioni, nessuna delle quali direttamente esprime la detta clausola generale) o addirittura di *qualsivoglia* disposizione, non sarà quindi affrontato in questa sede⁷¹.

Nondimeno, esso (problema) *indirettamente* attesta la validità della scelta qui effettuata di riportare il discorso relativo alle clausole generali sul piano delle norme e non su quello delle disposizioni. Infatti, sebbene *convenzionalmente* non si darà in questa sede il caso di una clausola generale che non sia radicata in una disposizione espressa – vale a dire in un enunciato delle fonti del diritto –, la stessa *possibilità* dell'esistenza di una clausola generale "orfana di disposizione" parrebbe confermarne la collocazione teorica della categoria più al livello dei *significati* che a quello degli *enunciati* o dei *termini* che li compongono⁷².

⁷¹ Per un accenno, riferito alla 'ragionevolezza', di questo tipo di possibili clausole generali prive di espressa disposizione scritta cfr. G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, cit., p. 431, nota 3 (ove si richiama, a tal proposito, il contributo di S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005).

⁷² Dal punto di vista concettuale, questa configurazione parrebbe preferibile a quella, pure in larga parte coincidente, che si ritrova in V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 29, secondo cui «le clausole generali sono termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi» (per la concezione delle clausole generali come parti di *disposizione*, vedi anche A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 632).

Anche limitandosi per comodità alle sole clausole generali espresse da (e riconducibili a) enunciati normativi, dunque a disposizioni, il piano d'analisi delle clausole generali mi parrebbe pur sempre quello dei *significati*, delle *norme*.

Nel prosieguo della trattazione, pertanto, quand'anche per ragioni di brevità potrà capitare di riferirsi alle clausole generali come a termini o sintagmi con certe caratteristiche, il riferimento sarà sempre da intendersi come una metonimia, là dove a essere indicato sarà in questo caso il *contenente* (la parte di *disposizione*) al posto del *contenuto* (la corrispondente parte di *norma*)⁷³.

Le caratteristiche semantiche, strutturali e funzionali di tali parti di norme saranno oggetto delle attenzioni del capitolo seguente, nel quale si prenderanno in considerazione i tratti salienti della categoria 'clausole generali' all'interno del discorso scientifico della dottrina giuridica.

Quel che si può qui anticipare da un punto di vista essenzialmente formale, riprendendo categorie già introdotte in precedenza (*supra*, § 1.1.), è che le clausole generali prese in esame (ora intese

Il rilievo, la cui esattezza parrebbe dipendere anche da opzioni definitorie (una su tutte: la vaghezza e/o indeterminatezza sono da intendere come proprietà dei *termini* o dei *significati*?) circa gli elementi base della propria filosofia del linguaggio, mi parrebbe implicitamente corroborato anche da un precedente studio di V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica*, 2006, n. 1, (www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm), p. 19, nota 32, dove si osserva come «sin qui si è più o meno espressamente assunto che le clausole generali fossero contenute in *norme* esplicite dell'ordinamento, ma le questioni ad esse attinenti si presentano anche per le clausole generali contenute in *norme* inesprese» (corsivi miei).

Come si può notare, non solo si parla qui di '*norme*', termine che tuttavia si potrebbe anche intendere in senso generico (non contrapposto o comunque distinto dal relativo '*enunciato*' o '*disposizione*'), ma si fa poi anche riferimento al caso di norme inesprese, rispetto alle quali la presenza di un enunciato o di una disposizione (inclusa in una fonte del diritto) parrebbe esclusa per definizione.

⁷³ In tal senso anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 312 s.: «bisogna inoltre chiarire [...] se sia preferibile intendere gli *standards* come sintagmi verbali (frammenti di enunciati) oppure come contenuti di significato (concetti). Indubbiamente la seconda alternativa si impone. Una formula verbale deve infatti passare attraverso il filtro dell'interpretazione affinché le sia ascrivito un significato. [...] Nemmeno i casi paradigmatici di espressioni vaghe socialmente tipiche, quali, per esempio, 'buona fede' od 'ordine pubblico', sfuggono alla possibilità di essere reinterpretati in modo tale che la tipicità sociale della loro vaghezza venga disconosciuta. (Usando la terminologia corrente, potremmo dire cioè che queste espressioni possono essere intese altrimenti che come *standards* o clausole generali.) Per tale motivo la vaghezza socialmente tipica non può essere individuata per mezzo di certi indici o spie verbali: decisivo è il significato che l'interprete attribuisce ai segni linguistici. Il resto conta poco».

però come *parti di norma* e non come *categoria*) da un lato saranno *sempre* concetti di diritto positivo *in senso debole*, dal momento che per convenzione s'è deciso di considerare tali solo quelle che ricorrono (e ricorrono *solo*) in enunciati scritti del legislatore, e al tempo stesso non saranno *mai* concetti di diritto positivo *in senso forte*, poiché per definizione dal diritto positivo non vengono mai specificate nei loro elementi costitutivi. Nel caso delle clausole generali, insomma, per definizione non esisterà mai un'altra disposizione dell'ordinamento giuridico espressiva di una meta-norma che delle prime determini il significato in modo esplicito e diretto, definendone gli elementi costitutivi (secondo il modello dell'interpretazione legislativamente "autentica")⁷⁴.

Al di là di questo dato (formale) riconoscibile già in astratto, l'intento ispiratore del prospettato itinerario attraverso il linguaggio della dottrina sarà quello di ricostruire il "nucleo concettuale" delle clausole generali che sia il più possibile compatibile con (e anzi direttamente derivante dal)l'uso che della relativa locuzione è stato fatto storicamente all'interno del linguaggio della scienza giuridica e che, al tempo stesso, eviti però di riproporne tutte le ambiguità e le intersezioni categoriali di cui già più volte s'è fatto cenno in queste pagine.

Per scelta, e anche qui nel recinto del possibile, ci si asterrà dal proporre l'ennesimo "vocabolario personale" delle clausole generali che si assommi a quelli già esistenti. Se infatti è vero, come è stato rilevato, che «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 per lo più ingestibile, nella quale entra tutto e il contrario di tutto»⁷⁵,

⁷⁴ Una clausola generale che fosse definita nei suoi elementi costitutivi da un'altra norma dell'ordinamento giuridico (s'intende, da un'altra norma dell'ordinamento giuridico che non utilizzi come termine *definiens* un'altra clausola generale) cesserebbe di essere una clausola generale, risultando di fatto "sostituita" dalla meta-norma definitoria.

⁷⁵ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 38.

l'ultima cosa utile parrebbe una ulteriore “iniezione” di fantasia verbale.

Ci si limiterà pertanto solo, nei limiti dello stretto necessario, a una ridefinizione il più possibile cauta e auspicabilmente ragionevole di formule già esistenti, adottando per lo meno da principio un approccio relativamente “inclusivo” circa la categoria delle clausole generali. ‘Clausole generali’, in altre parole, sarà la macrocategoria “pilota”, che potrà poi eventualmente prestarsi a ulteriori suddivisioni in sottocategorie al suo interno, dando vita a *più* concetti di clausole generali mutualmente non esclusivi.

CAPITOLO II

LE “CLAUSOLE GENERALI” NELLA LETTERATURA DEI GIURISTI POSITIVI E DEI FILOSOFI DEL DIRITTO

SOMMARIO: 2. I concetti di ‘clausola generale’. Le clausole generali nella letteratura dei giuristi positivi e dei filosofi del diritto. – 2.1. Clausole generali e diritto sub-costituzionale: cenni storici e prima ipotesi di base comune. – 2.2. Gli elementi tradizionali. – 2.2.1. Le clausole generali come tecnica legislativa. – 2.2.1.1. Tre sottocategorie di clausole generali. – 2.2.1.2. Oltre la fattispecie. – 2.2.2. (*segue*) L’indeterminatezza. – 2.2.2.1. Ambiguità. – 2.2.2.2. Vaghezza comune. – 2.2.2.3. Vaghezza “da rinvio”. – 2.2.3. (*segue*) Gli standard valutativi. – 2.2.3.1. Gli standard come concetti di valore (giuridici e meta-giuridici). – 2.2.3.2. Gli standard e i giudizi di valore. – 2.2.3.3. La funzione degli standard fra rinvii e direttive. – 2.3. La procedura di concretizzazione fra interpretazione e politica del diritto. – 2.3.1. Interpretazione “comune” e interpretazione “delle clausole generali”. – 2.3.2. L’interpretazione dei termini o sintagmi valutativi (ovvero: l’individuazione dello standard). – 2.3.3. La scelta del criterio di giudizio *all’interno* dello standard. – 2.3.4. La concretizzazione del criterio di giudizio. – 2.3.5. La concretizzazione delle clausole generali fra controlli e limiti. – 2.3.6. Appendice: i concetti limitrofi (equità e discrezionalità). – 2.4. I “soggetti” delle clausole generali: le clausole generali come norme di delegazione? – 2.4.1. Giudici delle clausole generali e teoria dell’interpretazione. – 2.4.2. Fraintendimenti “kelseniani”. – 2.4.3. Le clausole generali in una dimensione “plurisoggettiva”. – 2.5. Bilancio e critica. – 2.5.1. Clausole generali e positivismo fra problemi e pseudo-problemi. – 2.5.2. Ancora su clausole generali e *Richterrecht*. – 2.5.3. Gli atteggiamenti valutativi della dottrina: ieri, oggi, domani. – 2.5.4. (*segue*) Clausole generali e società “pluralista”. – 2.6. Sinossi: una pluralità di statuti e di problemi.

2. *I concetti di ‘clausola generale’. Le clausole generali nella letteratura dei giuristi positivi e dei filosofi del diritto*

Sebbene la presente analisi sia articolata, come già si specificava in *Premessa*, nella prospettiva del diritto pubblico/costituzionale, il tema prescelto – quello, appunto, delle clausole generali – non consente tuttavia di prendere le mosse *direttamente* dalla letteratura giuspubblicistica o costituzionalistica.

All’elaborazione della *categoria* qui in esame, infatti, la scienza del diritto pubblico o costituzionale è giunta (neanche troppo spesso e, comunque,) relativamente tardi, per così dire in larga parte “adottando”, coi dovuti aggiustamenti, nozioni di ‘clausole generali’ sviluppate in altre branche della dottrina giuridica.

Il dato, dal canto suo, non è imputabile al caso, dipendendo bensì da ragioni storiche tutto sommato facilmente intuibili, relative al “quando” e al “dove” il relativo *fenomeno* s’è primariamente andato affermando all’interno della realtà normativa.

Si può infatti certamente discutere sulla nascita delle clausole generali quali concreti elementi dell’esperienza giuridica¹ e – se si è compreso quanto precisato nel capitolo introduttivo – si capisce anche come la datazione possa riuscire più o meno risalente, tra l’altro, a seconda di come s’intenda la relativa categoria. Tuttavia, pur all’interno d’una cornice dai margini relativamente incerti, parrebbe fuori discussione che quanto meno già fra la fine dell’Ottocento e l’inizio del Novecento questa tipologia di formule ricorra frequentemente nella sintassi legislativa, al punto da salire rapidamente agli onori di cronaca e “onomastica” giuridiche.

Indipendentemente da come si risolve *nel dettaglio* il quesito testé evocato sugli esatti natali delle clausole generali, dunque, il rilievo sul “quando” non manca di ripercuotersi sensibilmente anche

¹ Propone di ricondurre gli antecedenti delle clausole generali ai *generalia brocarda*, ad esempio, A. GUARNERI, *Le clausole generali*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Torino, 1999, p. 135 s. Per un’ulteriore analisi storica delle clausole generali (con particolare riferimento alla ‘buona fede’) risalente fino al diritto romano, cfr. G. MERUZZI, *L’Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 150 ss.

sul “dove”, giacché almeno “in negativo” l’individuazione dell’*ambito del diritto* all’interno del quale il fenomeno in questione viene per primo a svilupparsi, vale a dire il piano del diritto *comune* (nel senso di *sub-costituzionale*), parrebbe null’altro che la conseguenza logica di tali premesse storiche.

Se si pensa alle costituzioni brevi e tendenzialmente soltanto organizzative tipiche di tutto l’Ottocento e del Novecento almeno fino alla Carta di Weimar del 1919, infatti, era pressoché inevitabile che formule come quelle di consueto ricondotte al concetto (o, se si vuole, ai diversi concetti) di ‘clausole generali’ assai difficilmente avrebbero potuto comparire nei relativi documenti normativi.

Dato, questo, che ovviamente non ha mancato sin da principio di ripercuotersi anche sul *ramo della dottrina* che tale fenomenologia ha tradizionalmente e primariamente studiato, vale a dire soprattutto quella *civilistica*² – progressivamente occupando poi le riflessioni anche degli studiosi del diritto penale e in una certa misura pure di quello amministrativo. La discussione sulle clausole generali nasce dunque nelle varie scienze giuridiche del diritto comune, e non già invece anche in quella del diritto costituzionale, anzitutto *poiché* nello stesso diritto comune (e non in quello costituzionale) si afferma per prima la relativa fenomenologia giuridica³.

² Cfr. V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, cit., p. 2: «guardando alla dottrina, va segnalato che nel nostro paese il tema delle clausole generali ha impegnato in prevalenza gli studiosi di diritto privato». Vedi recentissimamente anche D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014, p. 477, là dove si indicano la dottrina privatistica e la teoria generale del diritto come i «contesti in cui la tematica risulta più frequentata e in cui ha ricevuto approfondimenti notevoli» (sia pure contestualmente precisando – esattamente – come *nonostante tali approfondimenti* la nozione di ‘clausola generale’ sia rimasta nelle relative riflessioni «per larghi tratti oscura»).

³ I motivi per cui la categoria delle clausole generali ha stentato a entrare nel lessico e nei ragionamenti dei costituzionalisti, peraltro, *non si esauriscono* in questo rilievo di carattere storico.

L’altra causa facilmente ipotizzabile anche senza correre il rischio d’anticipare troppo parrebbe senz’altro essere stata la diversa problematicità nell’individuare il soggetto istituzionale privilegiato quale “concretizzatore” dei precetti veicolati dalle norme inclusive di una clausola generale. Se di solito nelle scienze dei vari diritti sub-costituzionali l’attenzione si è da subito e quasi esclusivamente concentrata sul *giudice* (con qualche *distinguo* all’interno del diritto amministrativo, dove il

È allora all’analisi sistematica del linguaggio di tali dottrine giuridiche sub-costituzionali, oltre che di quella gius-teorica su di esse basata, che si dedicheranno le pagine a seguire, ripercorrendone le linee evolutive intorno al concetto (*rectius*, ai concetti, al plurale) di ‘clausole generali’. Metodologicamente, tuttavia, non si procederà con un taglio meramente storico/cronologico, privilegiando bensì un itinerario che si snodi primariamente “per concetti” e “per problemi”, se del caso poi da tematizzare a seconda della branca della scienza giuridica in cui con esse ci si è maggiormente confrontati.

Ciò nella convinzione che questo possa condurre tanto a una migliore comprensione della tematica e delle retrostanti istanze della scienza giuridica, quanto all’individuazione delle caratteristiche peculiari che consentano di giungere – per il tramite di un’opportuna ri-definizione da effettuare secondo i canoni metodologici già anticipati (*supra*, § 1.7.) – a uno o più concetti “tecnici” di ‘clausola generale’ da utilizzare nella successiva analisi costituzionalistica.

2.1. Clausole generali e diritto sub-costituzionale: cenni storici e prima ipotesi di base comune

Come già si diceva, è solo fra l’inizio del secolo scorso e la fine del precedente che la tipologia di formule legislative in séguito denominata ‘clausole generali’ s’impone definitivamente all’attenzione della dottrina giuridica.

In particolare, a colpire fu inizialmente l’elemento di “difficoltà” e di “tensione” che essa veniva a creare (se non anche alla teoria, senz’altro almeno) all’ideologia positivista⁴ allora ampiamen-

ruolo del funzionario pure ha rivestito qualche rilievo), la posizione dell’organo di giustizia costituzionale ha viceversa scontato maggiori incertezze sul punto – sovente seguendo un’evoluzione particolare e non sempre strettamente implicata dalle norme contenute nel testo costituzionale.

Né parrebbero mancare *ulteriori* possibili ragioni, che saranno debitamente censite a loro tempo (*infra*, § 3.1.).

⁴ Uso questo aggettivo (‘positivistico’) con rassegnata genericità, pur nella consapevolezza che per un’analisi precisa sarebbero richieste ben altre specifica-

te diffusa in molti ambienti della cultura giuridica, e soprattutto alla componente di quest'apparato concettuale che assolutizzava l'indipendenza quasi “autarchica” del diritto da altri sistemi normativi e in generale da qualsiasi fattore percepito come “esterno”, mentre corrispettivamente negava qualsiasi apporto del giudice (sia interpretativo, sia *a fortiori* integrativo) alla costruzione della norma da applicare⁵.

Altresì, almeno inizialmente, la riflessione si rivelò abbastanza disorganica, stante che i singoli autori il più delle volte si limitavano ad annotare (isolatamente) soltanto *alcune* singole caratteristiche degli oggetti studiati (in séguito tradizionalmente rubricati come ‘clausole generali’): in particolare, una generica *apertura al meta-giuridico* operata dalle clausole generali e un'altrettanto generica *capacità d'adattamento* garantita da queste ultime all'ordinamento giuridico.

Considerando che, ulteriormente, gli oggetti studiati neppure erano sempre del tutto omogenei – giacché dipendevano dal “panorama normativo” più immediatamente a disposizione del (o comunque preso in osservazione dal) singolo giurista – è tutto sommato facile capire come s'avviarono quei fenomeni di moltiplicazione terminologica, tipizzazione soltanto parziale e sovrapposizione categoriale di cui già s'è fatto cenno⁶.

Fra i precursori della categoria delle clausole generali s'annovera tradizionalmente Ernest Zitelmann, il quale distingueva i ‘*reine Rechtsbegriffe*’, che avrebbero assunto senso soltanto all'interno del diritto o della scienza giuridica, e concetti che invece avrebbero rinvio per la determinazione del loro contenuto a scienze esatte o comunque non giuridiche: queste ultime si ritrove-

zioni. Sul punto è tornato giustamente a insistere P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico. Un'investigazione analitica*, Modena, 2013, *passim*, ma part. p. 40 ss. per la componente che qui più interessa.

⁵ All'interno di una letteratura decisamente sterminata, per un panorama storico sintetico ma efficace del rapporto fra legge e giudice, e sulla (relativa) “illusione” del modello positivistic vedi ora H. HOFMANN, *Il diritto del diritto, il diritto del potere e l'unità della Costituzione*, Modena, 2013, p. 7 ss.

⁶ Cfr. *supra*, § 1.4. s.

rebbero innanzi un *Blankett*, una sorta di "assegno in bianco"⁷. In tal modo – pur con qualche iniziale rigidità definitoria⁸ – veniva a essere per la prima volta individuata una delle caratteristiche comunemente riconosciute come più fortemente "tipica" delle clausole generali, vale a dire l'*effetto di rinvio*.

Se Zitelmann aveva posto l'accento sulla modalità, sui *mezzi* con cui avrebbero agito queste (parti di) norme antesignane delle clausole generali, Karl Georg Wurzel – che non a caso le definì 'concetti valvola' – ne offrì una nozione più "funzionalista", imperniata sugli *scopi*: le clausole generali sarebbero state quei «concetti la cui funzione principale consiste nell'approntare una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento [...] Io li definisco concetti valvola (*Ventilbegriffe*), perché essi sono paragonabili a delle valvole di sicurezza»⁹.

Il riflesso strutturale di questa loro funzione era riassunto dalla particolare "teoria della proiezione" elaborata da questo Autore per descrivere il modo di operare delle clausole generali, in forza del quale «l'applicazione di un concetto della disposizione senza il suo mutamento (concettuale) a certe fattispecie concrete, che inizialmente non si sarebbe potuto dimostrare fossero in esso (concetto) previste (contenute)»¹⁰ – il che altro non parrebbe se non un modo evocativo per illustrare, dal versante applicativo, il (possibile) mu-

⁷ E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 19 ss.; a sottolineare l'effetto di rinvio recettizio, definendo le clausole generali «*Blankettvorschriften*», ossia 'norme (meglio, *disposizioni*) in bianco' sarà poi anche P. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*², Tübingen, 1933, p. 21.

⁸ Dovuta al fatto che, in questo modo (costruendo la definizione esclusivamente su questa caratteristica), si venivano ad escludere dalla categoria esempi abbastanza tipici delle clausole generali, come ad esempio quello della 'buona fede', che non parrebbe un concetto studiato o definito da nessuna "scienza" (più o meno esatta).

⁹ K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, cit., p. 86.

¹⁰ K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, cit., p. 43. È peraltro interessante notare come già per Wurzel i concetti valvola non sarebbero non *norme*, ma soltanto *elementi della norma*: «*Kautschukparagraphe*» – chiaro il riferimento all'*elasticità* del prodotto – sarebbe infatti il nome delle norme *contenenti* questi *Ventilbegriffe*.

tamento del contenuto concreto della clausola generale nel corso del tempo.

A insistere in quegli stessi anni sulla funzione di salvaguardia per l'ordinamento giuridico delle clausole generali, che avrebbero garantito il collegamento del primo col sistema sociale, furono poi anche Otto Wendt, che userà la metafora delle «valvole di sicurezza» (*Sicherheitsventile*)¹¹, nonché, su sponda italiana, Donato Donati, che parlerà di «organi di adeguazione»¹², e infine Vittorio Polacco, il quale scriveva come «sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda»¹³.

Quel che è certo è come il fenomeno finì presto per assumere (o, quanto meno, per essere percepito come di) dimensioni quantitativamente e qualitativamente ingenti, tanto che questa «fuga nelle *Generalklauseln*» sarà additata in un celeberrimo volume di Justus Wilhelm Hedemann come «il problema forse più importante che si pone ai giuristi del secolo XX»¹⁴, mentre negli stessi anni Carl Schmitt osservava come «la finzione del vincolamento normativo del giudice a una legge è diventata oggi teoricamente e praticamente insostenibile per molte sfere essenziali della vita giuridica pratica. La legge non può più affatto trovare la calcolabilità e sicurezza che per la concezione costituzionale appartengono alla definizione della legge stessa»¹⁵; la riprova di questa condizione sarebbe stata proprio «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 inde-

¹¹ O. WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, cit., p. 106 ss.

¹² D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 210.

¹³ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 60. La metafora delle clausole generali come 'organi respiratori' sarà in séguito ripresa anche da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Torino, 1920, p. 82.

¹⁴ J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933, p. 3.

¹⁵ C. SCHMITT, *Principii politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, p. 227.

terminati: 'fedeltà e fede', 'buoni costumi', 'motivo importante', 'durezza ingiusta' [...]. Tali clausole generali sono diventate da gran tempo inevitabili e indispensabili, e determinano interamente il quadro generale della nostra amministrazione della giustizia tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico»¹⁶.

Come già s'è osservato, ai suoi albori il ragionamento giuridico intorno alle clausole generali spesso non andava tanto oltre la notazione evocativa, né i relativi studi risultavano caratterizzati da un tasso di tecnicità particolarmente cospicuo se paragonato agli standard attuali.

Nondimeno, da tali inizi della riflessione giuridica sulla categoria che ci occupa sembrerebbe potersi comunque estrapolare il dato comune che, consentendo di individuare almeno *una* caratteristica "non formale" delle clausole generali universalmente accolta, costituirà qui la base per ogni successivo approfondimento.

Sin da principio, infatti, l'unica cosa su cui, almeno nelle linee essenziali, si venne a concordare, e si continuerà a concordare anche in séguito, fu la funzione (o comunque l'effetto) delle clausole generali di consentire – nel corso del tempo e *a tessuto normativo scritto invariato* – un'evoluzione, un adattamento, un adeguamento del sistema giuridico alla mutata realtà economico-sociale¹⁷. Le

¹⁶ C. SCHMITT, *Principii politici del Nazionalsocialismo*, cit., p. 227 s., dove l'Autore concludeva (*ivi*, p. 228) osservando come «oggi ci sono ormai solo concetti giuridici indeterminati» (sebbene ciò, apparentemente, per una più generale «questione gnoseologica», relativa al vincolo concretamente esprimibile dagli enunciati legislativi nei confronti degli applicatori del diritto, rispetto alla quale [questione] Schmitt rilevava pessimisticamente come «noi abbiamo fatta l'esperienza che ogni parola e ogni concetto diventa subito controverso, malsicuro, indeterminato e oscillante, se in una situazione vacillante si impadroniscono di lui spiriti e interessi di diversa natura», *ibidem*).

¹⁷ Dato, questo, che già da solo sin da subito e quasi per "riflesso condizionato" potrebbe richiamare all'orecchio del costituzionalista una certa qual affinità tematica da una parte tra le caratteristiche delle clausole generali con quelle comunemente ritenute proprie (ed anzi tipiche) delle norme e dei principi della Costituzione – la cui peculiare indeterminatezza renderebbe appunto idonei a esprimere contenuti diversi a seconda delle differenti circostanze e quindi anche al variare del "fattore tempo" –, e dall'altra parte fra le clausole generali e l'interpretazione (variamente) "evolutiva" come mezzo per aggiornare il significato delle disposizioni (a partire proprio da quelle costituzionali) in momenti di tempo differenti.

mille diversificate tendenze nell’analisi delle clausole generali, le innumerevoli correnti in cui poi si è articolata (e talora anche dispersa) la relativa riflessione teorica, infatti, sembrerebbero sì distinguersi, e magari anche in modo consistente, ma sempre a partire da questo originario elemento accomunante.

Non a caso, dunque – di fatto congiungendo con poche aggiunte¹⁸ gli elementi “formali” enunciati alla fine del capitolo precedente con quelli “sostanziali” appena indicati – ancora in tempi recentissimi è stato ricordato come «volendo in via di approssimazione indicare quelli che, quanto meno secondo l’impostazione dottrinale prevalente, costituiscono i tratti caratterizzanti – sul piano strutturale e 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»¹⁹.

Se questa può essere considerata, come si accennava, la base comune, pressoché su ogni altro punto della discussione intorno alle clausole generali, viceversa, la concordia è stata – anche qui, sin da principio – o soltanto parziale o, nei peggiori dei casi, del tutto assente²⁰. In tale chiave (e in tal misura), infatti, i quasi trent’anni

¹⁸ Qui relative essenzialmente all’indeterminatezza della fattispecie, che sarà esaminata a breve.

¹⁹ E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, cit., p. 191.

²⁰ E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, cit., p. 213: «la dottrina, se è abbastanza compatta nell’indicare quella che è la funzione svolta dalle clausole generali nell’ambito di un determinato ordinamento giuridico, è invece profondamente divisa nel delineare gli elementi identificativi delle clausole generali sul piano strutturale; non è per nulla affatto pacifico, in altri termini, a mezzo di quale struttura le clausole generali svolgano detta funzione».

trascorsi non parrebbero riusciti a mitigare più di tanto la portata del noto rilievo di Luigi Mengoni, secondo cui «la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione teorica definitiva sia sul piano dell'elaborazione di appropriati modelli argomentativi, sia sul piano dogmatico»²¹.

Fermo restando l'effetto finale di "adattamento" e di "adeguamento" in ipotesi garantito dalle clausole generali, invero, da sempre ci s'interroga – e si dibatte, offrendo le più disparate risposte a ciascuno dei relativi quesiti – sul *come* questo "scopo" venga a essere realizzato attraverso lo strumento delle clausole generali e pertanto, indirettamente, anche su come tale adattamento venga più precisamente e concretamente a specificarsi: adattamento *alla mutata realtà economico-sociale*, sì, ma *in che senso*? Per il tramite di *quali procedure* e di *quali elementi di inter-mediazione*?

In che direzione, insomma, le caratteristiche (e i mutamenti) empiricamente riscontrabili della realtà economico-sociale dovrebbero spingere l'ordinamento giuridico? E grazie a quali procedimenti questo adattamento avrebbe luogo? Per mezzo di necessarie valutazioni giudiziali, ad esempio, o grazie all'opera del legislatore o magari alla spontanea osservanza dei consociati? E quali sarebbero i modelli oggettivi sulla base dei quali questi soggetti potrebbero ritenere realizzate le condizioni alle quali si verificherebbe (in automatico?) la corrispondente modifica dell'ordinamento giuridico? E, ancora, sulla base di quali criteri si potrebbe argomentare una simile esigenza? Sui *comportamenti* sociali empiricamente verificati? Sulle *valutazioni* effettivamente riscontrabili in certi gruppi sociali? Sui retrostanti *valori*?

²¹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8.

2.2. Gli elementi tradizionali

2.2.1. Le clausole generali come tecnica legislativa

Ricorrente nella letteratura sulle clausole generali è anzitutto l’affermazione secondo cui esse costituirebbero (l’oggetto di) una specifica *tecnica di legislazione*²²: una tecnica legislativa “per clausole generali”, appunto, contrapposta a una tecnica “tassativa”.

Per dirla con Karl Engisch – la cui *Introduzione al pensiero giuridico* è presto finita col diventare una sorta di Bibbia per lo studioso di queste tematiche – «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»²³.

Il contenuto di questa tecnica legislativa per clausole generali starebbe in una specifica modalità di costruzione della *fattispecie* normativa, vale a dire, in estrema sintesi, di quell’insieme di elementi indicati e descritti dalla norma, al ricorrere dei quali (nel mondo dei fatti) “scatterebbe” (nel mondo del diritto) la conseguenza giuridica, cioè la qualificazione del comportamento umano *x* in termini di vietato, prescritto o permesso (secondo la struttura logica *se F [fattispecie], allora C [conseguenza]*): «se si vuol preservare un significato proprio al concetto non univoco di ‘clausola

²² Sul concetto di ‘tecnica legislativa’ si vedano in particolare gli studi svolti e coordinati da Pasquale Costanzo, oggi raccolti in *Tecniche normative. Il portale del Drafting normativo* (<http://www.tecnichenormative.it/>).

Cfr. inoltre P. COSTANZO, *Tecniche normative e tutela dei diritti fondamentali*, in A. RUGGERI *et al.* (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, p. 15 ss.; nonché ID., *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, p. 177 ss.

²³ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 197.

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»²⁴.

La contrapposizione qui tracciata parrebbe quella – peraltro dichiaratamente "di grado" e non "d'essenza"²⁵ – fra norme la cui fattispecie sia concepita (*ab origine*, dal legislatore stesso) in modo "tassativo" e norme, viceversa, la cui fattispecie sia strutturata in modo "generale", aggettivo apparentemente da intendersi qui nel senso di 'generico', 'altamente indeterminato', 'riassuntivo'. Il riferimento, a sua volta piuttosto ambiguo, alla "valutazione giuridica" cui i casi generalmente/genericamente descritti verrebbero consegnati, parrebbe dal canto suo suggerire un'attività di tipo non meccanico richiesta all'interprete per individuare nella loro concretezza i casi designati dalla clausola generale (quale specifica forma di configurazione della fattispecie).

Un simile concetto di 'clausola generale' – d'impronta per lo più *penalistica*, com'è evidente dal suo essere ritagliato "negativamente" dalla contrapposizione ideale coi requisiti della tassatività, della tipicità e della determinatezza della norma penale incriminatrice²⁶ – è

²⁴ Così sempre K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 192 s.

²⁵ Cfr. infatti K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 194: «indubbiamente la diversità fra il metodo casistico e quello delle clausole generali è soltanto relativa».

²⁶ Su questo tema, particolarmente caro alla letteratura penalistica tedesca, cfr. almeno H.-P. LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970; W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973; F. HAFT, *Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, in *JuS*, 1975, p. 477 ss.; M. KRAHL, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1986; D. JUSTEN, *Unbestimmte Rechtsbegriffe mit „Beurteilungsspielraum“ im Strafvollzugsgesetz*, Mainz, 1995; B. ENDERLE, *Blanket-*

stato per più ragioni contestato in letteratura come fuorviante, insufficiente o comunque poco fecondo.

Nondimeno, prima d’esaminare gli argomenti che potrebbero far propendere per un diverso uso della categoria ‘clausole generali’, parrebbe opportuno – sia pure in uno spazio d’analisi necessariamente ristretto – considerare più nel dettaglio anche quest’accezione. Da un lato perché essa consente di portare per la prima volta sulla scena alcuni importanti concetti (come ‘generalità’, ‘genericità’, ‘determinatezza’, ‘tassatività’) che compariranno poi anche in séguito; dall’altro lato perché essa *comunque* ricorre con una certa frequenza nel lessico comune dei giuristi e dunque, se certamente la si può criticare, ignorarla *sic et simpliciter* parrebbe non tanto circoscrivere la confusione, bensì viceversa accrescere l’inconsapevolezza²⁷.

Secondo questo modello, la categoria ‘clausole generali’ parrebbe coincidere con quello di (*fattispecie* di) una *norma generale*: «il concetto di norma generale designa una tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico. La norma generale è una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva»²⁸.

tstrafgesetze. Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen, Frankfurt am Main *et al.*, 2000; R.G. BIRKENSTOCK, *Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen*, Köln, 2004; N. BOSCH, *Bestimmtheitsgebot und unbestimmte Rechtsbegriffe – Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisionsinstanz*, in *JA*, 2010, p. 472 ss.

Più in generale, sul rapporto fra clausole generali e determinatezza, vedi H. WIßMANN, *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*, Tübingen, 2008, p. 167 ss.

²⁷ Il rifiuto di una certa definizione di ‘clausole generali’ può essere naturalmente meglio o peggio argomentato, come del resto qualsiasi stipulazione, ma ciò non toglie che la comprensione delle tematiche orbitanti intorno al concetto (o meglio, ai concetti) di ‘clausole generali’ passa attraverso il censimento anche di quegli usi che, a posteriori, potranno ritenersi confusi, meno fecondi, e in tal senso – se proprio si vuole – “scorretti”.

²⁸ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 9.

2.2.1.1. Tre sottocategorie di *clausole generali*

Pur nella difficoltà – peraltro abbastanza comune in materia di clausole generali – d’individuare dei referenti normativi effettivamente paradigmatici delle caratteristiche (e, soprattutto, *solo* di quelle caratteristiche) enunciate come proprie della categoria, mi parrebbe possibile indicare non meno di tre distinti esempi (cui corrispondono tre verosimili sottotipi) di questa tipologia di clausole generali²⁹, non necessariamente legate alla presenza di termini valutativi (o comunque di possibili rinvii al meta-giuridico) nelle relative disposizioni.

Il primo (C.G. n. 1) è quello di una disposizione solo *apparentemente* “casistica”, vale a dire che, seppur provando a tipizzare specifici comportamenti, oggetti e situazioni, non riesca a raggiungere un apprezzabile tasso di analiticità nella descrizione degli stessi. ‘Clausole generali’, in questo senso, potrebbero dunque essere tutte le “formule sintetiche” comprensive di un “grande numero” di casi, la cui legittimità dipenderebbe, quanto meno all’interno del

²⁹ Volutamente non mi occuperò qui delle c.d. «clausole generali di incriminazione suppletiva», costituite da quel tipo di «disposizione che, mediante richiamo implicito a fattispecie incriminatrici, consente una estensione della punibilità ad ipotesi altrimenti atipiche; il riferimento va alle così dette forme di manifestazione del reato “estensive” della fattispecie, quindi a disposizioni che, questa volta nella loro interezza, contengono una (macro-)clausola generale destinata a combinarsi con singole disposizioni incriminatrici: reato omissivo improprio (art. 40, comma 2, c.p.); concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.); cooperazione colposa (art. 113 c.p.); tentativo (art. 56 c.p.)». Così D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 490, dove per tale nomenclatura si richiama il lavoro monografico di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

Deliberatamente rinuncio qui anche a censire nel dettaglio i vari e molteplici usi “atecnici” che nella giurisprudenza costituzionale ricorrono della locuzione ‘clausola generale’ ad esempio in *Corte cost.*, 30 maggio 1977, sent. n. 94; *Corte cost.*, 5 maggio 1983, sent. n. 126; *Corte cost.*, 26 marzo 1993, sent. n. 112; *Corte cost.*, 8 maggio 1995, sent. n. 155; *Corte cost.*, 14 dicembre 1998, sent. n. 408; *Corte cost.*, 1 giugno 2004, sent. n. 161; *Corte cost.*, 19 luglio 2004, sent. n. 238; *Corte cost.*, 20 giugno 2008, sent. n. 219; *Corte cost.*, 12 aprile 2012, sent. n. 87; *Corte cost.*, 19 luglio 2012, sent. n. 192.

diritto penale, dalla possibilità d’individuare comunque *a priori* in modo sufficientemente certo le ipotesi riconducibili alla norma³⁰.

Volendo indicare un possibile modello per questo tipo di “clausole generali”, si potrebbero verosimilmente citare le fattispecie di quasi tutti i reati associativi, come ad esempio il recente art. 270-bis c.p. (*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico*), la quale al suo primo comma recita «chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni».

Tipico esempio di norma che (pur provando, a modo suo, a tipizzare l’illecito) mostra un contenuto assai *generico*³¹, prim’anco-

³⁰ Come sottolineato da *Corte cost.*, 13 gennaio 2004, sent. n. 5: «il criterio, reiteratamente affermato da questa Corte, per cui la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L’inclusione nella formula descrittiva dell’illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero [...] di clausole generali o concetti “elastici”, non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo (cfr., *ex plurimis*, sentenze n. 34 del 1995; n. 31 del 1995; n. 122 del 1993; n. 247 del 1989; v., altresì, sentenza n. 263 del 2000; ordinanza n. 270 del 1997)».

La pronuncia in questione è rapidamente divenuta un “caposaldo” della relativa giurisprudenza in materia penale, ed è stata già più volte testualmente ripresa, ad esempio in *Corte cost.*, 2 marzo 2004, ord. n. 80; *Corte cost.*, 1 agosto 2008, sent. 327; *Corte cost.*, 30 gennaio 2009, sent. n. 21; *Corte cost.*, 23 luglio 2010, sent. n. 282 (dove si ritiene possibile contestualizzare in modo sufficientemente determinato persino una prescrizione come quella del “vivere onestamente”).

³¹ Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 48: «la genericità o mancanza di specificazione di un’espressione si ha quando l’espressione si 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,

ra che *generale*³², in relazione alla propria fattispecie – sollevando tutta una serie di problemi di compatibilità coi principi (ritenuti, seppur impliciti, di rango costituzionale) di tassatività, determinatezza e stretta legalità della previsione incriminatrice penale³³ –, la quale (fattispecie) proprio per via di questa sua (elevata) indeterminatezza potrebbe essere identificata *in toto* come 'clausola generale'.

Un secondo, diverso esempio (C.G. n. 2) può invece essere indicato in quelle (parti di) norme che a loro volta rinviano a un insieme (sensibilmente) indefinito di casi, ma soltanto *per relationem* con altre ipotesi specificamente menzionate nella fattispecie.

Si pensi, fra i molti possibili, all'art. 595 c.p. (*diffamazione*), nel quale, dopo la previsione del primo comma secondo cui «chiunque [...] comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1032», al terzo comma si specifica come «se l'offesa è recata col mezzo della stampa o *con qualsiasi altro mezzo di pubblicità*, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore ad euro 516» (corsivo mio).

Ebbene, in questo caso la tecnica di configurazione della fattispecie – peraltro assai diffusa e nient'affatto limitata all'ambito penale³⁴ – non soltanto rende quest'ultima complessivamente più in-

realizzerebbero l'ipotesi da esso prevista». Sulla genericità vedi ora ampiamente ID., *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012.

³² Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 50: «un enunciato *generale* dice qualcosa che vale contemporaneamente per *tutti* gli oggetti che appartengono a una data classe, senza eccezione alcuna, a differenza di un enunciato generico il quale dice qualcosa che vale per *qualcuno* soltanto degli oggetti appartenenti alla classe. Il grado di generalità e il grado di genericità dipendono poi dall'ampiezza della classe considerata».

³³ Per il rilievo, di carattere più ampio, secondo il quale tutte le ipotesi di clausole generali di parte speciale del codice penale «rivelano tutta la loro potenziale pericolosità in relazione alla loro assai difficile compatibilità con i principi di stretta legalità e di determinatezza dell'illecito penale» cfr. G. CONTENTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione"*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, p. 110.

³⁴ Si pensi soltanto, all'interno della Costituzione italiana, alle note disposizioni dell'art. 13, secondo comma, («non è ammessa forma alcuna di detenzione,

determinata (qui soprattutto nel senso di *generica*) in relazione al suo *contenuto*, ma ottiene questo effetto, quanto al proprio *registro espressivo*, attraverso una formula analogica («qualsiasi *altro* mezzo di pubblicità») *espressamente riassuntiva* d’una categoria di casi più ampia rispetto a quella tipizzata nel resto della fattispecie («col mezzo della stampa»).

A essere identificata come ‘clausola generale’ sarebbe qui segnatamente la formula analogica che consentirebbe d’estendere la disciplina normativa prevista dalla norma a ipotesi (a gruppi di casi) non direttamente menzionate (e quindi tipizzate) dalla disposizione scritta e che dunque, in questo senso, permetterebbe (giacché imporrebbe) di “integrare” la fattispecie.

Riecheggia qui la distinzione, pure talora affacciatasi in dottrina, fra (norme a) fattispecie “chiusa” e (norme a) fattispecie “aperta”, là dove si potrebbe essere tentati di identificare come ‘chiusa’ quella fattispecie – c.d. *Tatbestand*, in un’accezione comprensiva non solo dell’ambito di comportamenti *prima facie* protetti (*Schützbereich*), ma anche dei limiti ad essi apposti (*Schranken*) – i cui elementi sarebbero descritti con esattezza e precisione nella loro singolarità e *pertanto* non avrebbero bisogno d’essere integrati con dati ulteriori rispetto a quelli direttamente desumibili dalla disposizione normativa, mentre ‘aperta’ sarebbe al contrario quella fattispecie fraseggiata (nella relativa disposizione) in modo generico e indeterminato, così *dunque* da richiedere necessariamente il contributo dell’interprete alla sua specificazione/concretizzazione.

La contrapposizione ora tratteggiata, tuttavia, già a un primo sguardo parrebbe alquanto “stilizzata” e verosimilmente rischia di confondere fra “apertura” *del linguaggio* (*open texture of Law*, per richiamare il noto studio di Herbert Hart)³⁵ e “apertura” *della fattispecie* (in ipotesi verificabile anche quando il linguaggio sia rela-

di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge») e dell’art. 21, primo comma («tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»).

³⁵ Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 148 ss.

tivamente poco aperto). Non è comunque questa la sede per un approfondimento di tal genere. Rimettendo dunque ben volentieri la questione alle più competenti cure dei teorici del diritto, e limitandoci qui semplicemente a trarre qualche logica conseguenza rispetto a quanto esposto, sembrerebbe potersi argomentare in un duplice senso.

Da un lato, una fattispecie formulata in modo altamente indeterminato, tramite clausole generali del primo tipo, potrebbe non essere "aperta", senza tuttavia che per questo si debba escludere un margine di discrezionalità (o comunque d'incertezza) molto elevato in capo all'interprete che debba applicare la relativa norma. Norma a fattispecie "chiusa", pertanto, non parrebbe necessariamente sinonimo di norma (altamente) precisa o determinata nel suo contenuto³⁶. Si pensi al già citato art. 270 *bis* c.p., rispetto al quale gli elementi tipizzati nella fattispecie parrebbero sì altamente indeterminati, e dunque assai difficili da *specificare* nel loro contenuto in relazione a numerose "ipotesi-limite", ma non per questo da *integrare* con *ulteriori* categorie rispetto a quelle espressamente menzionate.

Dall'altro lato, specularmente, a essere associate a clausole generali del secondo tipo parrebbero proprio quelle disposizioni che, senza le corrispondenti formule, avrebbero un basso contenuto di generalità e/o di genericità: l'"apertura" della fattispecie garantita da questo secondo tipo di clausole generali parrebbe segnatamente il *rimedio* escogitato dal legislatore per una norma che altrimenti avrebbe avuto un ambito applicativo (percepito come) eccessivamente ristretto e/o rigido. Si pensi qui, ad esempio, all'art. 21 della Costituzione, che certo avrebbe avuto un significato decisamente (e malauguratamente) più circoscritto qualora la relativa protezione si fosse limitata alla «parola» e allo «scritto» e non anche a «ogni altro mezzo di diffusione».

³⁶ Cfr. esattamente V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, cit., p. 11: «anche in una fattispecie casistica possono esservi, all'interno della sua articolazione semantica, molteplici termini generalissimi o particolarmente generici».

In conclusione, mentre entrambi i sottotipi ora esaminati di ‘clausola generale’ avrebbero come effetto quello d’incrementare l’indeterminatezza (nella forma della generalità e soprattutto della genericità) della fattispecie normativa che li contiene, solo il secondo sottotipo parrebbe implicare una “norma a fattispecie aperta” (nell’accezione qui accolta di ‘non tassativa nella menzione degli elementi della fattispecie’), la quale comunque, dal punto di vista concettuale, non parrebbe coincidere integralmente con la nozione di ‘clausola generale’ neppure con riferimento al secondo sottotipo, essendone semmai la possibile conseguenza.

Piuttosto, c’è un altro senso (e un altro modo) in cui le categorie ‘clausole generali’ e ‘norme a fattispecie aperta’ sembrerebbero poter venire in contatto, fin quasi a coincidere, sul presupposto della comune idoneità a garantire un adattamento del sistema giuridico alle (presunte) “nuove” esigenze attestatesi a livello sociale.

Il discorso sull’“apertura” della fattispecie normativa, infatti, che sin qui si è esemplificato attraverso formule (come ‘*qualsiasi altro mezzo di pubblicità*’, ‘*ogni altro mezzo di diffusione*’, ‘*qualsiasi altra restrizione della libertà personale*’) da una parte *espressamente contenute* nelle disposizioni normative di riferimento e dall’altra parte *dichiaratamente estensive* delle (ulteriori) tipizzazioni della fattispecie menzionate nelle relative disposizioni, è fatalmente destinato a complicarsi nella misura in cui si consideri più in profondità la dimensione “interpretativa” della vicenda.

Infatti, da un lato non è infrequente che anche nel caso di disposizioni ove non compaiano affatto tali formule, la clausola «e in tutti gli altri modi o comportamenti simili» venga comunque ritenuta implicita, attraverso una “tecnica interpretativa” di tipo analogico apparentemente più vicina all’*integrazione* che non all’*interpretazione* del diritto in senso stretto e tuttavia generalmente ammessa in seno alla comunità dei giuristi. Si pensi qui soltanto alle operazioni ermeneutiche che hanno interessato l’art. 3, primo comma, Cost., e che hanno portato alla concezione “meramente esemplificativa” delle categorie ivi indicate come elementi di discriminazione³⁷.

³⁷ Sul punto vedi già C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1953,

Dall’altro lato, poi, sussiste sempre la possibilità d’interpretare *come se* fossero formule dichiaratamente estensive parti di disposizioni che, almeno dal loro tenore letterale, tali non sembrerebbero o comunque non parrebbero deporre in modo univoco in tal senso. Si pensi, ad esempio, alla locuzione ‘diritti inviolabili’ di cui all’art. 2 Cost. e alla possibilità d’intenderla come un rinvio, o comunque un richiamo, (anche) a tutti quei diritti non ricompresi nel (*i.e.*, non espressamente menzionati dal) documento costituzionale³⁸.

Ebbene, mentre nel primo caso (esemplificato con l’art. 3 Cost.), mancando del tutto la parte della disposizione cui appigliarsi, la stipulazione qui accolta (*supra*, § 1.7.) impedisce di parlare di clausole generali in relazione alla relativa norma “a fattispecie aperta” (si tratterebbe infatti di clausola generale “apocrifa”), con riferimento al secondo caso (art. 2 Cost.) sembrerebbe effettivamente potersi individuare un ulteriore concetto di ‘clausola generale’ distinto dai precedenti.

Tale terzo sottotipo di clausola generale (C.G. n. 3), stavolta d’impronta non penalistica, verrebbe così a essere costituito da quelle parti di norma che, pur riconducibili a uno specifico elemento della disposizione, non sono riconducibili a formule linguistiche che *espressamente* implicino una “apertura” della fattispecie (come invece nel caso delle C.G. n. 2), ma a tale effetto *comunque* giungono *per il tramite dell’interpretazione*.

2.2.1.2. Oltre la fattispecie

Vero è che, come già si anticipava, se in effetti si parrebbe convenire in letteratura circa la configurazione delle clausole gene-

p. 30 ss.; ma, con diverse impostazioni, cfr. anche L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1984, p. 219 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 38 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 39 ss.; nonché G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 197 ss.

In una prospettiva comparata vedi ora anche S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Rimini, 2012, part. p. 35 ss.

³⁸ D’obbligo è qui il riferimento ad A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 50 ss.

rali come elementi della fattispecie normativa – e dunque anche, indirettamente, sulle clausole generali come elementi d’una specifica tecnica legislativa la cui caratteristica sarebbe la *Fortbildung* (il perfezionamento)³⁹ per contrapposizione a un diritto che anelerebbe a ridurre «tutto il reale entro schemi rigidi e predeterminati»⁴⁰ – e più in particolare come quegli elementi che renderebbero la fattispecie indeterminata e tendenzialmente non tassativa, da più parti si è segnalata l’insufficienza di questo criterio per caratterizzare (in modo adeguato) la categoria che qui ci occupa.

Non sempre differenziando, come qui s’è fatto, il concetto di clausola generale come norma a fattispecie altamente (generale e) generica (1) e quello di norma a fattispecie non tassativa/aperta (2) – fors’anche perché si vorrebbe (se non la struttura, quanto meno) il contenuto della seconda sostanzialmente analogo a quello della prima quanto al possibile tasso d’indeterminatezza⁴¹ –, si viene a rilevare come «il concetto di clausola generale [...] deve essere accuratamente distinto da altre strutture normative, se si vuole assi-

³⁹ Così P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 36.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 41.

⁴¹ In questo senso mi sembrerebbe di poter interpretare, se del caso anche oltre l’intenzione dell’Autore, il senso dello spunto di V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, cit., p. 11, il quale si interroga su «quanto giovi alla teoria e alla pratica giuridica dire che una norma così formulata “i danni ingiusti debbono essere risarciti” è o contiene una clausola generale, mentre la norma “debbono essere risarciti: 1) i danni all’integrità morale della persona 2) gli atti che ledono senza giusta causa la proprietà privata 3) i danni cagionati da atti contrari alla buona fede” non è o non contiene una clausola generale».

Mutatis mutandis (Velluzzi qui vuole evidenziare da un lato come la formulazione sintetica o riassuntiva della fattispecie *da sola* non basta a caratterizzare le clausole generali, e dall’altro lato che sarebbe poco produttivo considerarla un elemento *necessario* per ammettere la presenza di queste ultime, che sarebbe assurdo escludere in presenza di fattispecie tassativa redatta tuttavia con termini valutativi), a contare sarebbero in questo caso più il *tipo* e il *grado* di indeterminatezza delle norme inclusive d’una clausola generale che non la *struttura* delle relative fattispecie.

curare l'utilizzabilità della categoria»⁴², a partire proprio dalle norme generali (*rectius*, generiche) e/o a fattispecie non casistica (fattispecie aperta).

Da un lato, si osserva, «le clausole generali non sono tali in senso proprio, non sono cioè norme o precetti generali»⁴³, bensì semplicemente *parti* della norma, e più specificamente "frammenti" della fattispecie (riconducibili a puntuali elementi scritti della disposizione)⁴⁴. A tale rilievo di ordine concettuale/definitorio, beninteso esattissimo ancorché tutto sommato di ridotto valore euristico⁴⁵, se ne aggiungono poi dall'altro lato ulteriori di carattere contenutistico.

Si nota allora come «il superamento d'una tecnica legislativa "per casi e fattispecie" serve a garantire in zone del diritto, in cui la situazione conflittuale non si lascia configurare in formule precise, maggiore elasticità e "presa sulla realtà". Non per ciò tuttavia l'uso di clausole generali è da intendersi come *mera tecnica legislativa* ossia una tra le tante tecniche che possono adoperarsi dal legislatore per meglio garantire il rapporto tra il diritto e la realtà sociale. L'uso delle clausole generali serve anche a consentire l'ingresso, nel mondo del diritto, a principi o criteri extra-legislativi. Sotto questo profilo l'uso delle clausole generali è *una scelta di valore* di un qualsiasi ordinamento, più o meno "aperto" a valori provenienti da altre realtà»⁴⁶.

⁴² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 9.

⁴³ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 9.

⁴⁴ A indiretta riprova di ciò, valga il rilievo secondo cui la norma contenente una clausola generale, in mancanza della concretizzazione di quest'ultima, risulterebbe di fatto «priva di fattispecie». Così L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 427.

⁴⁵ Giacché, se è vero che le clausole generali, così come di solito sono concepite (pur nelle varie accezioni della categoria), non andrebbero confuse con le norme nella loro interezza, e quindi neppure con le norme generali o generiche, ben potrebbero essere intese come semplici elementi della fattispecie di tali norme (e solo di tali norme). Il punto, insomma, parrebbe riguardare il *proprium* strutturale e semantico delle clausole generali che sia *al di là* della loro caratteristica concettuale "minima" (quella di essere parti di norma riconducibili a espressi elementi di disposizione) qui non a caso stipulata (*supra*, § 1.7.) come ipotesi di lavoro.

⁴⁶ A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 542.

Superando così l'impostazione di Engisch, per il quale era possibile (ancorché improbabile) concepire clausole generali anche in assenza di concetti valutativi nella formulazione delle relative fattispecie⁴⁷, proprio in questi ultimi si viene a ravvisare il tratto “autenticamente” caratterizzante la categoria delle clausole generali, fonte della peculiare “indeterminatezza” delle medesime.

2.2.2. (segue) *L'indeterminatezza*

Se esiste una caratteristica di contenuto assai spesso – e a dire il vero quasi universalmente, seppur con sfumature fra loro anche distanti – attribuita alle clausole generali (o comunque alle norme inclusive di clausole generali), essa è appunto l'indeterminatezza. L'indeterminatezza della relativa norma, per meglio dire un particolare tipo d'indeterminatezza, sarebbe infatti il prodotto, la conseguenza, l'effetto del ricorrere nella fattispecie normativa di quei “concetti valutativi” di cui s'è fatto cenno alla fine del precedente paragrafo e che – come si sarà capito – corrisponderebbero segnatamente alle ‘clausole generali’ come “frammenti di norme”.

Sulla definizione di ‘concetto valutativo’ (o di ‘termine valutativo’, secondo un differente vocabolario), basti per ora il sintetico

In ordine di idee sostanzialmente analogo, seppur con terminologia differente, cfr. S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 261 s.

⁴⁷ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 196 s.: «è ipotizzabile che una clausola generale in certo qual modo (!) determinata, che si serva di concetti descrittivi e non abbia ad oggetto l'opinione personale dell'operatore: per esempio “Chiunque dolosamente mette un uomo in pericolo di vita”, quale clausola generale di pericolo. Praticamente però vengono in considerazione quasi esclusivamente quelle clausole generali che per lo meno sono al tempo stesso indeterminate e normative».

La logica conseguenza che lo stesso Engisch era costretto a trarre da tale premessa era «in realtà le clausole generali, da un punto di vista metodologico, non posseggono una struttura propria. Esse non rendono necessario alcun particolare procedimento logico accanto a quelli richiesti dai concetti indeterminati, normativi e discrezionali. In ogni caso le clausole generali aumentano il distacco presentato da quegli altri concetti nei confronti dei loro concetti correlativi, quali i concetti determinati, e così via. Questa è però una differenza di grado, non di specie» (*ivi*, p. 197).

quadro tracciato ancora una volta da Engisch, 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»⁴⁸.

Che il ricorrere di termini (o, se si vuole, dei relativi concetti) quali 'buon costume', 'danno ingiusto', 'utilità sociale' – solitamente caratterizzati più che altro per la loro *funzione* – negli enunciati giuridici possa avere delle conseguenze specifiche sul piano della loro *semantica*⁴⁹ (e dunque, successivamente, anche sulla loro interpretazione) parrebbe rilievo del tutto ragionevole e sul quale, infatti, nessuno ha avuto mai nulla da obiettare (almeno in modo espresso). Per lo più, a ben vedere, l'elemento in questione si è dato per implicito, convenendosi appunto, molto genericamente, circa il

⁴⁸ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 174 s.

Sui concetti normativi vedi inoltre E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 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».

⁴⁹ Vedi già M. TARUFFO, *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*.

fatto che la presenza di tali termini rendesse i relativi enunciati *particolarmente indeterminati*.

Disgraziatamente, il consenso s'è spesso fermato alla parola ('indeterminatezza'), la quale – daccapo – è stata utilizzata in tali e tante diverse accezioni all'interno della letteratura giuridica da suggerirne un rapido ripasso del perimetro, per poi argomentarne l'uso che in questa sede parrebbe più fecondo in rapporto alla categoria delle 'clausole generali' come qui la si sta (progressivamente) costruendo.

In discorsi intorno all'indeterminatezza “in generale” capita effettivamente d'imbattersi scorrendo la dottrina in tema di clausole generali, ma in questo caso il ragionamento si ferma solitamente al rilievo che queste ultime – ferma restando la loro esclusiva collocazione nella fattispecie normativa⁵⁰ – sarebbero a loro volta costituite da concetti indeterminati, per ‘concetto indeterminato’ intendendo «un concetto il cui ambito e il cui contenuto sono molto incerti»⁵¹.

Giacché tuttavia si osserva come, a ben considerare, *tutti* i termini – o meglio tutti i *concetti* giuridici che si ricavano per via interpretativa dai termini che ricorrono negli enunciati normativi – sarebbero, in quanto “parassitari” rispetto al linguaggio comune⁵²,

⁵⁰ Ciò che appunto varrebbe a qualificarle, dal punto di vista della loro collocazione strutturale all'interno della norma, come un sottoinsieme dei concetti indeterminati, i quali «possono presentarsi nelle norme giuridiche non soltanto nella cosiddetta ‘fattispecie’, ma anche nella ‘conseguenza giuridica’». Così K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 172.

⁵¹ K. ENGISCH, *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.).

⁵² L'argomento, invero assai comune, è sviluppato ad esempio da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 97-99: «il linguaggio normativo stesso, servendosi dei medesimi elementi del linguaggio naturale, soffre necessariamente di tutte le inadeguatezze di cui questo è affetto. È ormai divenuto banale affermare che il linguaggio naturale è impreciso, che il “significato” delle sue espressioni è spesso o sempre ambiguo o indeterminato, che la certezza nell'interpretazione di un enunciato linguistico non può essere mai ottenuta. [...] Lo stesso “significato” di un termine linguistico, del resto, non è mai unico ed univoco, ma è sempre costituito da una pluralità di alter-

almeno in parte indeterminati⁵³, l'unico criterio utile per attribuire (sensatamente) la qualifica di 'indeterminato' a un concetto giuridico sarebbe di tipo quantitativo: concetti giuridici indeterminati sarebbero quei concetti (e solo quei concetti) *più indeterminati della media*⁵⁴.

Stanti queste premesse, allora, non è certo un caso che mentre da una parte si rileva 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»⁵⁵,

native possibili, dal "complesso dei sensi possibili" di quel termine. [...] Il linguaggio naturale nel suo complesso, poi, non sarebbe altro che "il luogo dell'equivocità", al contrario dei linguaggi formalizzati che ancora oggi sono vagheggiati come il regno della precisione e dell'univocità, ma che sono, per il diritto, un modello non solo irraggiungibile, ma anche poco raccomandabile». Per un'analisi critica di questo assunto, fondata sull'argomento che il linguaggio giuridico, pur non essendo un linguaggio formalizzato, è fortemente connotato (in senso antitetico rispetto all'ambiguità e, in parte, anche alla vaghezza) dalla sua funzione prescrittiva, cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 195 ss.

⁵³ Vedi in tal senso A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., 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».

È verosimile che l'affermazione secondo cui *tutti* i termini, e anche tutti i termini che possono ricorrere nel linguaggio del diritto, siano indeterminati sia esagerata (e dunque, tecnicamente, falsa) nella sua categoricità. Parrebbero infatti esistere dei termini (le c.d. *costanti descrittive*, di cui C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 49, parla come di quei «segni che – come i nomi propri, le descrizioni definite, le coordinate, gli operatori deittici – denotano un individuo particolare») esenti da indeterminatezza. Nondimeno, parrebbe indiscutibile che questi *non* siano i termini che ricorrono con maggior frequenza all'interno del discorso giuridico e che dunque il rilievo sopra riportato risulti verificabile nella maggioranza delle situazioni rilevanti per il discorso che qui si sta conducendo.

⁵⁴ Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 108: «tutti i concetti giuridici sono indeterminati, ma ve ne sono alcuni che, per la *particolare* indefinibilità che li contraddistingue, sono "più" indeterminati degli altri, e come tali qualificabili. La differenza sarebbe in parole povere solo *quantitativa*: dato per scontato che ogni concetto è vago, merita il nome di indeterminato quel concetto la cui "quantità" di imprecisione è tale da essere "particolarmente" rilevante rispetto a quella degli altri concetti».

⁵⁵ G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*,

dall'altra inevitabilmente si concluda come «la ritenuta insussistenza di “testi rigorosamente univoci” non deve indurre a sottovalutare l'importanza delle differenti possibili scelte che il legislatore può effettuare, in sede di formulazione della norma, al fine di graduare e diversificare, sul piano quantitativo e/o qualitativo, l'indeterminatezza del testo della norma e, dunque, anche l'importanza delle diverse figure giuridiche che ruotano intorno alla (maggiore) indeterminatezza del testo della norma»⁵⁶.

Anche l'indeterminatezza, insomma, almeno in ambito giuridico rischia di risultare a sua volta troppo indeterminata perché il relativo predicato possa utilmente spendersi in assenza di ulteriori specificazioni. Sembra viceversa consigliabile considerarla soltanto come un *Oberbegriff*, un macro-concetto, da suddividere poi in concetti dalla portata più circoscritta e dalle caratteristiche meglio definite – come *ambiguità*, *generalità*, *genericità*, *vaghezza* e via enumerando – per poi chiedersi se e in che misura l'indeterminatezza connessa all'uso dei concetti valutativi in discorso abbia effettivamente a che fare con uno o più di essi.

Operazione, questa, che, seppur inevitabile, si tenterà qui di contenere il più possibile negli spazi e d'esaurire nella più celere e indolore delle maniere per almeno due ordini di ragioni.

Da un lato, perché su queste categorie semantiche esistono già da tempo studi eccellenti (tanto nella letteratura filosofica, quanto in quella giuridica) a disposizione dei giuristi⁵⁷ – i quali peraltro,

1989, p. 437 s. Vedi anche A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 540: «le clausole generali non debbono identificarsi a stretto rigore né con concetti indeterminati od elastici (ad es. 'inadempimento grave', licenziamento 'senza giustificato motivo o giusta causa', rilascio 'per urgente necessità' ecc., 'unità produttiva insufficiente') né con quelli normativi ('diritto altrui', 'bene demaniale', 'danno ingiusto' ecc.). Eppure frequente è la tentazione di identificarle con essi, accontentandosi di ravvisare una clausola generale ogni qualvolta il legislatore faccia rinvio ad un concetto indeterminato o elastico. [...] Taluno ha osservato che, se si identificassero le clausole generali con i c.d. concetti “indeterminati” od elastici, “esse si diffonderebbero in misura tale da perdere valore”. La pervasività delle clausole generali diventerebbe inarrestabile».

⁵⁶ E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, cit., p. 187.

⁵⁷ Oltre agli innumerevoli articoli e saggi sul tema, non v'è ormai testo sull'interpretazione giuridica che non si premuri, con maggior o minor estensione e completezza, di affrontare per lo meno *anche* queste tematiche. Cfr., a titolo di

ciononostante, mediamente di esse non si curano affatto, mostrando di considerarle una sofisticazione terribilmente noiosa e comunque non necessaria per un proficuo svolgimento del proprio mestiere⁵⁸ – e certamente a tali contributi non si potrebbe in questa sede aggiungere gran che.

Dall’altro lato perché tutti i tentativi più approfonditi che in un passato più o meno recente sono stati effettuati nel senso di mettere in rapporto questi sottotipi di indeterminatezza comune con le clausole generali⁵⁹ hanno evidenziato – e non v’è motivo di tacerlo, anche a costo di sottrarre qualche oncia di *suspense* al lettore – come, per quanto naturalmente non manchino *connessioni* (contingenti o magari pure statisticamente rimarchevoli), *nessuna* delle (sotto-)categorie di indeterminatezza finora menzionate risulta in ultima analisi *caratterizzante* (dal punto di vista semantico) il fenomeno delle clausole generali.

2.2.2.1. *Ambiguità*

Venendo dunque rapidamente al punto, sebbene – come si diceva – i giuristi tendano sovente a fare “d’ogni erba un fascio” e ad accomunare ogni forma d’incertezza sul significato d’un termine o d’un enunciato giuridico⁶⁰ nel generale presupposto che ciascuna

esempio, quanto meno G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit.; A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, 2007.

⁵⁸ Con la conseguenza, ben sottolineata da V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 38, «che in dottrina e in giurisprudenza si usano le parole vaghezza, generalità, genericità, indeterminatezza con significati “atecnici”, lontani o solo marginalmente imparentati con gli usi dei contesti in cui tali espressioni sono sorte e vengono studiate e affinate».

⁵⁹ Penso qui soprattutto ai lavori, più volte richiamati in queste pagine, di C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 299 ss. e V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 29 ss.

⁶⁰ Per un esempio fra i mille possibili cfr. R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, Milano, 1989, p. 325: «consideriamo i diversi modi o significati in cui il testo di un documento legislativo può definirsi confuso. Può contenere una parola ambigua il cui significato non viene chiarito dal contesto. [...] Può contenere una pa-

(pur differente) causa di “oscurità” della legge⁶¹ comporterà comunque un corrispettivo aumento della discrezionalità dell’interprete/applicatore (di cui l’archetipo rimane costantemente il giudice), è anzitutto relativamente facile, dal punto di vista logico-concettuale, distinguere l’*ambiguità* dalle altre forme d’indeterminatezza.

L’ambiguità, che può essere ritenuta caratteristica propria sia dei singoli termini d’una disposizione giuridica, sia dell’intero enunciato normativo che la compone – sollevando dunque problemi d’interpretazione in senso stretto (= individuazione del significato) per essere sciolta⁶² –, è stata da taluno ritenuta sinonimo di ‘equivocità’ (o comunque fonte della medesima), così da giustificare l’affermazione secondo cui «gli enunciati legislativi sono equivoci, ovverosia [che] ciascun enunciato legislativo esprim[a] significati contrastanti»⁶³.

Più in particolare, «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»⁶⁴.

rola vaga che all’atto pratico non può restare tale [...]. Sono esempi o occasioni familiari di oscurità linguistica».

⁶¹ A questa assai eterogenea categoria concettuale è dedicato lo studio di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, dove peraltro le cause di detta “oscurità” (giustamente) non si riducono soltanto a ragioni linguistiche.

⁶² Per la configurazione dell’ambiguità come «proprietà dei termini e delle formulazioni linguistiche» cfr. F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, Padova, 2003, p. 59, là dove si evidenzia anche come essa pone problemi di interpretazione in senso proprio (che in realtà, peraltro, si rivelerebbero relativamente poco frequenti).

⁶³ E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell’interpretazione della legge*, Torino, 1999, p. 83. Analoga equiparazione fra (fonte di) equivocità ed ambiguità, ad esempio, anche in R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*, cit., p. 745.

Per la definizione dell’ambiguità come ‘indeterminatezza semantica’ cfr. invece L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus*, 1999, p. 27.

⁶⁴ C. LUZZATI, *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 costitui-

L'ambiguità si distinguerebbe a sua volta in ambiguità semantica e sintattica.

L'*ambiguità semantica* si presenta quando, nel momento dell'attribuzione del significato, c'è obiettiva incertezza tra due o più significati, distinti e specifici, in competizione tra loro: «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"?»⁶⁵.

L'*ambiguità sintattica*, viceversa, dipende non più dai singoli termini, bensì dalla struttura logica degli enunciati: «a seconda del modo in cui i termini vengono collocati all'interno d'un enunciato, la loro "funzione" (di soggetto, di complemento oggetto e via dicendo) può risultare più o meno comprensibile: quando non è possibile accertare questo ruolo in modo univoco [...] si parla allora di *ambiguità sintattica*»⁶⁶.

Ebbene, i termini valutativi ('buon costume', 'utilità sociale', 'danno ingiusto') esprimenti i concetti riconducibili alla matrice delle clausole generali non parrebbero, com'è ovvio, poter generare ambiguità sintattica, ma neppure sembrerebbero specificamente affetti da ambiguità semantica. Anche analizzandole in modo (moderatamente) acontestualizzato, infatti – considerandone cioè semplicemente l'impiego in un generico documento normativo⁶⁷ –, non

scono 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.).

⁶⁵ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 351.

⁶⁶ Così A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 199, ove cfr. anche l'esempio *ivi* riportato alla nota 420: «"Ogni marinaio ama una ragazza". Questo enunciato non è ambiguo dal punto di vista semantico; ogni costituente, possiamo assumere, è munito di un significato perfettamente specificato. Ciò nonostante vi sono due interpretazioni. Nella prima interpretazione (1) asserisce che tutti i marinai amano la stessa ragazza. Nella seconda (2) asserisce che per ogni marinaio c'è una ragazza che egli ama (possibilmente una ragazza diversa per ogni marinaio)».

⁶⁷ La precisazione, seppur largamente scontata, si suggerisce giacché esistevano sempre contesti (più o meno credibili) all'interno dei quali un termine potrebbe risultare ambiguo. Nondimeno, questo tipo di ambiguità semantica "potenziale" parrebbe assai meno probabile in ambito giuridico.

Cfr. sul punto esattamente A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*,

semberebbe proprio che siffatte formule come ‘buon costume’ o ‘utilità sociale’ diano problemi analoghi a quello delle parole come ‘cuore’ (organo del corpo o generosità?) o ‘parte’ (quota o voce del verbo partire?).

Vero è che anche siffatte formule potrebbero ritenersi “afflitte” da ambiguità se si volesse considerare tale anche quella forma di polisemia od omosemia “*pragmatica*” che talora si reputa connessa al (e “generata” dal) contesto d’applicazione del precetto, ma anche a concedere che il significato dei termini giuridici dipenda dai giochi “conflittivi” degli interpreti⁶⁸, nel caso quest’ambiguità non sarebbe un tratto caratterizzante le clausole generali, bensì di *qualsiasi* termine o sintagma rinvenibile nel lessico legislativo – il che, daccapo, non sembrerebbe portarci molto lontano ai fini che qui ci occupano.

cit., p. 143 s.: «se astraiano un vocabolo (o una locuzione, o un enunciato) dall’insieme degli altri vocaboli (o locuzioni, o enunciati) che normalmente lo accompagnano, e così pure lo astraiano dal contesto (extralinguistico) nel quale viene prodotto o fruito, verosimilmente il nostro vocabolo (o locuzione, o enunciato) non avrà un solo, singolo significato, che possa quindi dirsi assoluto: anche se, per chi scrive, è piuttosto difficile immaginare che ad un vocabolo si possa davvero assegnare – pure utilizzando tutti i mezzi espressivi che una lingua mette a disposizione, ipotesi stipulative a parte – *qualsiasi* significato, effettivamente sono sempre ipotizzabili situazioni (*id est*: contesti, linguistici od extralinguistici) improbabili a piacere, che ampliano sensibilmente il numero dei significati astrattamente esprimibili attraverso il vocabolo. Dunque, verrebbe da dire: un singolo vocabolo, nessun significato assoluto, tanti significati relativi. Benissimo, ma attenzione: tanti significati relativi, ma mica tutti insieme e *ugualmente fungibili* – come dire, *a disposizione dell’interprete* – in ogni circostanza. Infatti, una volta che le parole vengono emesse, vengono emesse *in una data circostanza*, la quale finisce per circoscrivere e delimitare il novero dei significati (delle sfumature di significato) astrattamente esprimibili dalle parole utilizzate, prese in esame in sé e per sé».

⁶⁸ Per uno spunto in tal senso vedi M. JORI, *Semiotica giuridica*, in ID., A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*², Torino, 1995, p. 338: «la chiave della pragmatica del discorso giuridico è che il diritto è un gioco in cui è possibile e conveniente barare. Tanto è vero che ci sono i legislatori e i giudici, tanto è vero che ci muniamo di un avvocato, il cui compito è di far prevalere comunque i nostri interessi: se questi riesce a convincere le autorità che la lettura del linguaggio legislativo a noi favorevole è quella giusta, il nostro scopo è raggiunto». Ma cfr. anche M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990, p. 245 ss.

2.2.2.2. *Vaghezza comune*

Cosa sensibilmente diversa dall'ambiguità, e apparentemente più vicina alla problematica (semantica) delle clausole generali, parrebbe invece la *vaghezza*, intesa non più come caratteristica (possibile) di termini o enunciati, bensì come «proprietà dei concetti, delle proposizioni o delle norme»⁶⁹, e segnatamente quella proprietà che consiste in una (relativa) carenza di precisione del significato⁷⁰, idonea a causare problemi interpretativi per alcuni casi *marginali*⁷¹.

Sovente confusa con la *genericità*⁷² e soprattutto con la *generalità*⁷³ – verosimilmente per l'influenza del pensiero di Herbert Hart, che connette (e forse anche sovrappone) la questione dei termini generali con quella dei termini vaghi⁷⁴ – la *vaghezza* è viceversa

⁶⁹ F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, cit., p. 59.

⁷⁰ Cfr. E. DICIOTTI, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1992, p. 101: «le parole che costituiscono i linguaggi naturali, tranne poche eccezioni, come i termini numerici di misura, hanno significato vago. Poiché dunque la comunicazione linguistica si avvale di espressioni dal significato vago, bisogna assumere che la vaghezza non costituisca necessariamente un ostacolo alla comunicazione linguistica e alla comprensione del significato. Consistendo la vaghezza nella mancanza di precisione dei significati, essa costituisce infatti un ostacolo solo se si voglia o sia necessario sapere il senso esatto in cui un'espressione è usata o deve essere intesa».

⁷¹ Vedi E. DICIOTTI, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, cit., 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».

⁷² Cfr. *supra*, nota 31.

⁷³ Cfr. *supra*, nota 32.

⁷⁴ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 148: «anche quando si usano norme generali formulate verbalmente possono saltare fuori in particolari casi concreti delle incertezze relative al tipo di comportamento da queste richiesto. [...] In tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire. Vi saranno invero dei casi chiari che ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili ("Se mai esistono dei veicoli l'automobile è uno di questi"), ma vi saranno anche dei

«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 precisi)»⁷⁵.

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»⁷⁶.

casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no. ("Il termine veicolo usato in questo contesto include le biciclette, gli aeroplani e i pattini a rotelle?"). Sul punto vedi anche F. VIOLA, *H. L. A. Hart e la struttura aperta del diritto*, in ID., V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, p. 110, dove con riferimento appunto ai termini generali si precisa come «l'utilizzo di questo tipo di termini (e del conseguente tipo di costruzione della fattispecie) da parte del Legislatore non avrebbe alcun senso se non esistessero alcuni casi cui la disposizione sicuramente si applica, ossia se non esistessero alcuni significati certi di quei termini; allo stesso modo, non si parlerebbe di termini generali se si conoscessero tutte le loro proprietà».

Per una sintetica, ma efficace distinzione concettuale fra i due profili vedi tuttavia F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali*, cit., p. 387: «la generalità attiene alla quantità di enti cui un termine è in grado di riferirsi, mentre la vaghezza attiene invece alla quantità di casi, c.d. borderline, per i quali vi è un'oggettiva incertezza circa la riferibilità a loro del predicato in questione. Così il termine 'insetto' è molto generale ma relativamente poco vago. Il termine 'calvo' è meno generale (le persone calve comunque definite sono sicuramente meno degli insetti) ma molto più vago (i confini del predicato calvo sono molto più incerti dei confini del predicato insetto). Si tratta ovviamente di una differenza di grado. Possono esistere incertezze anche relativamente alla veridicità dell'enunciato x è un insetto, ma in genere di portata molto inferiore alle incertezze che sorgono quanto si tratta di stabilire se è vero che il signor v è calvo».

⁷⁵ C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 47. Analogamente ID., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 579: «un'espressione linguistica si dice vaga allorché i confini della sua area di applicazione, attuale o meramente possibile [...] non sono delineati in modo netto».

⁷⁶ W.P. ALSTON, *Filosofia del linguaggio*, cit., p. 135. E cfr. *ivi*, p. 151, per l'ulteriore precisazione secondo cui «la caratteristica dei termini vaghi consiste

Date tali premesse, non v'è dubbio che formule come 'buon costume' o 'utilità sociale' possano essere ritenute in qualche modo vaghe, essendo anche a livello intuitivo rappresentabili tanto dei casi paradigmatici in cui il comportamento x risulti conforme (o difforme) al parametro del buon costume⁷⁷, o in cui il comportamento y risulti socialmente utile (o socialmente dannoso)⁷⁸, quanto una miriade di casi in cui, viceversa, l'area di applicazione dei predicati di 'conforme a buon costume' o di 'socialmente utile' risulti assai più imprecisata, incerta e fatalmente controvertibile.

Sempre a livello intuitivo, tuttavia, la vaghezza che parrebbe caratterizzare le formule solitamente riconosciute come espressive di clausole generali sembrerebbe di tipo particolarissimo e solo a fatica *pienamente* riconducibile alla vaghezza che si potrebbe definire "comune".

Non solo e non tanto perché i casi "marginali" sembrerebbero qui tali (marginali, appunto) 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, dalla presenza nel mondo di oggetti, situazioni e stati di cose che il linguaggio utilizzato non risulta sufficientemente preciso per denotare con sicurezza, bensì per *l'assenza d'un criterio esplicito* (nel senso di esplicitato e definito già dalla stessa disposizione) ed *unico* per l'applicazione della qualifica.

nella mancanza di confine preciso fra le aree di chiara applicazione o di non-applicazione e le aree di indeterminatezza di applicazione».

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Si pensi, per una condotta paradigmatica del socialmente utile, a tutte le attività di volontariato; per una condotta paradigmatica del socialmente dannoso potrebbe invece citarsi un'impresa che scarichi scorie nucleari in un fiume aperto alla balneazione.

2.2.2.3. Vaghezza “da rinvio”

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, (parametri ulteriori) il più delle volte identificati nelle c.d. norme sociali.

Non a caso, dunque, v’è chi ha qualificato questo tipo di indeterminazione 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»⁷⁹.

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 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 ascritto senso all’enunciato, e prima di rivolgere la sua attenzione ai fatti, dovrà *ulteriormente e preliminarmente* prendere in

⁷⁹ C. LUZZATI, *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».

considerazione l'insieme di regole cui il concetto di 'buon costume' rinvia (problema caratteristico della vaghezza socialmente tipica)⁸⁰.

A differenza del caso dei 'monopattini' o delle 'biciclette', dove a rilevare è soprattutto la domanda sul *significato* di tali termini, per il caso del 'buon costume' riflettere sul significato della locuzione porta a poco, perché la vera domanda – comune a tutte le espressioni che rinviano a proprietà "valutative" – verte piuttosto sui *criteri di applicazione* del termine (e non sul suo significato, che a tali criteri finirebbe poi daccapo per rinviare)⁸¹. *Sine quibus non*, pena il non disporre del criterio per qualificare il comportamento e quindi il non poter applicare la norma (contenente la clausola generale)⁸².

La situazione parrebbe poi viepiù complicarsi se si considera che l'aspetto problematico non si limita soltanto al fatto che il criterio d'applicazione della clausola *non è direttamente esplicitato* dalla disposizione contenente il termine valutativo, così che appunto per ottenerlo s'imporrebbe sempre la previa analisi d'un ulteriore insieme di regole da cui trarre il relativo parametro di giudizio. A ciò s'aggiunge infatti l'*ulteriore* rilievo secondo cui le clausole generali finirebbero sempre per richiamare *non un singolo* e ben

⁸⁰ La necessaria intermediazione di *regole* come criteri di applicazione dei termini valutativi è ben segnalata da U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962, p. 57: «dire che un'azione è buona, in senso morale, è giusta, in senso morale, è prospettare una linea di condotta almeno per un individuo in un caso concreto, ma di regola equivale a dire che l'azione è conforme a una regola o a regole della condotta nel campo coperto dalla morale».

⁸¹ Cfr. in proposito M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, p. 40 ss., i quali si rifanno in proposito alla filosofia morale di R.M. Hare.

⁸² Nota bene che, in questi casi, la vaghezza da rinvio (o socialmente tipica) *non sostituisce*, ma *si assomma* a quella comune, la quale ovviamente si ripresenterà nel momento in cui l'insieme di norme richiamato fornirà un criterio di qualificazione, che a sua volta potrà risultare più o meno preciso. Vedi sul punto ancora C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 303 s.: «mentre la vaghezza comune comporta meramente un'incertezza circa la sussumibilità di una serie di casi-limite sotto una fattispecie astratta, la vaghezza socialmente tipica comporta una duplice incertezza: quella, dianzi citata, relativa all'esatta individuazione dei confini di una fattispecie astratta e quella relativa all'esatta individuazione delle mutevoli regole sociali a cui rinvia la metaregola giuridica contenente il termine qualificatore vago in modo socialmente tipico».

individuato insieme di regole sociali, bensì una *molteplicità* d'insiemi di regole (sociali o meno), dalla quale pertanto l'interprete potrebbe sempre ricavare una *pluralità* di parametri di giudizio⁸³.

Se, come si vedeva, nel caso della disposizione 'è vietato ogni comportamento contrario a buon costume' all'interprete non basterà prendere in considerazione enunciato normativo ed esperienza, ma sarà imprescindibile che egli rivolga preliminarmente le sue attenzioni anche alla dimensione della morale sociale o del costume (o comunque alla dimensione richiamata dalla clausola generale), da ciascuna di queste ultime non parrebbe emergere automaticamente un *unico* parametro di giudizio, un unico criterio d'applicazione del buon costume⁸⁴.

Detto altrimenti, dietro la sintetica formula secondo cui le clausole generali rinvierebbero (o comunque potrebbero rinviare) alla dimensione morale, starebbe una realtà necessariamente più complessa, legata alla presenza di *più* morali, di *più* insiemi di regole di costume, all'interno della medesima società⁸⁵, così che il

⁸³ Cfr. in proposito E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 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».

⁸⁴ Ciò che parrebbe distinguere il tipo di rinvio (mobile) effettuato per il tramite delle clausole generali alla dimensione della morale sociale da quei rinvii, con cui il giurista ha maggiore dimestichezza, che talvolta il diritto fa alle norme di altri ordinamenti giuridici.

Infatti, pur nella mutevolezza diacronica di contenuti che accomuna tanto gli insiemi di regole sociali, quanto quelli di regole giuridiche (qui da intendersi come norme dello Stato o di altra organizzazione che, direttamente o indirettamente, detenga il monopolio dell'uso della forza legittima), e pur nelle difficoltà “interpretative” che non mancano certo nel mondo del diritto a partire dall'individuazione delle sue fonti (tanto che in tempi recenti v'è chi ha parlato di una vera e propria “ideologia” delle fonti del diritto: G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2011, n. 11, p. 797 ss.), parrebbe difficile negare come – se non in assoluto, quanto meno in relativo – i criteri d'individuazione tanto del diritto nel suo insieme, quanto delle sue singole norme sembrerebbero mediamente più chiari e netti di quelli in apparenza propri della morale sociale o del costume.

⁸⁵ Per uno spunto in tal senso cfr. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., p. 42, dove la c.d. morale positiva viene definita come «una delle tante morali diffuse nella società» e si introduce, ad esempio, la

rinvio effettuato dalle clausole generali sarebbe a ben vedere rinvio alla *molteplicità* delle (eterogenee) morali presenti in una data società, con l'ovvio problema della *scelta*, implicito in questa molteplicità, fra una di esse.

Il quadro si completa, da ultimo, considerando che l'indeterminatezza (o vaghezza) da rinvio caratterizzante, in ipotesi, le clausole generali neppure sarebbe *necessariamente* da risolvere ricorrendo alla più volte menzionata dimensione della morale sociale o delle regole del costume.

Essa, infatti, talvolta potrebbe richiamare, *in concorrenza* con la dimensione morale/sociale, potenzialmente *pure* la dimensione giuridica, il criterio d'applicazione essendo in questo caso da rinvenire in altre norme dell'ordinamento giuridico⁸⁶. Si pensi all'esempio del 'danno ingiusto'⁸⁷, secondo la nota formula dell'art. 2043 c.c., che analizzata di per sé sembrerebbe poter rinviare *sia* a (altre) norme giuridiche, *sia* a valutazioni/valori morali⁸⁸.

morale critica come «la morale ideale elaborata da filosofi e moralisti a partire dalla critica delle stesse morali positive». Nel caso che ci interessa, ci si potrebbe dunque chiedere: *a quale morale* (tra queste due o tra le più numerose presenti all'interno della società) ci si dovrebbe riferire per ottenere il criterio di giudizio che consentirebbe d'individuare il significato concreto delle clausole generali?

⁸⁶ Sostiene invece, se ben comprendo, la differente idea che le c.d. clausole generali sarebbero (o comunque dovrebbero essere considerate) *sempre* una forma di auto-integrazione dell'ordinamento M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, pp. 7-63.

⁸⁷ 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 G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main, 1971, p. 36 ss.

⁸⁸ Questa duplice possibilità di lettura (se del caso anche congiunta) è attestata, ad esempio, da *Corte cost.*, 10 maggio 1999, sent. n. 156, dove si legge come sarebbe «da rammentare che l'art. 2043 cod. civ. contiene una clausola generale. Il legislatore, infatti, ha utilizzato una formula aperta, che consente al giudice l'adattamento di tale norma alle circostanze del caso attraverso la valutazione dei limiti di meritevolezza degli interessi pretesamente lesi, anche in relazione ad altri interessi antagonisti, secondo l'evolversi della coscienza sociale e del sistema giuridico generale nonché degli strumenti normalmente a disposizione dei soggetti titolari di tali interessi» (corsivo mio).

Caratteristica strettamente *necessaria* delle clausole generali sarebbe pertanto un rinvio *potenziale* alla dimensione (normativa) meta-giuridica. Non si potrebbero 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 appena citata del ‘danno ingiusto’ – in cui il potenziale rinvio al meta-giuridico *in concreto* non verrebbe “valorizzato” dall’interprete. Questo accadrebbe allorché egli, trovandosi di fronte a un *duplice* potenziale rinvio, *tanto* a una qualche dimensione normativa meta-giuridica, *quanto* alla dimensione normativa giuridica, optasse per quest’ultima nel momento in cui, dovendo “applicare” la norma inclusiva della clausola generale a un caso concreto, la dimensione “potenziale” (e potenzialmente duplice) di quest’ultima verrebbe necessariamente a essere specificata attraverso una scelta.

Da qui l’affermazione, da intendere alla luce di quanto appena scritto, 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.

⁸⁹ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 71.

Critico su tale proposta è F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali*, cit., p. 381, nota 4: «l’esistenza di criteri di giudizio concorrenti è una *possibilità* che può presentarsi nei casi dubbi di interpretazione di qualsiasi norma. Sotto questo profilo non sembra perciò una caratteristica esclusiva delle clausole generali e in fondo l’interprete, proponendo criteri concorrenti, potrebbe immettere elementi di clausola generale in qualsiasi norma [...]. E se poi la caratteristica fosse la *necessaria* presenza di criteri concorrenti, mi sembra che la differenza tornerebbe a essere sfumata e funzionalmente di nessuna utilità. La presenza di una clausola generale non consentirebbe e non impedirebbe all’interprete nulla di diverso da quello che ogni norma gli consente, con maggiore o minore ragionevolezza, di fare». Se ben s’intende, tuttavia, le osservazioni di Denozza presuppongono una diversa accezione di ‘criteri di giudizio’ rispetto a quella qui accolta, con la conseguenza che si vengono a porre sullo stesso piano due situazioni alquanto dissimili.

Le posizioni da ultimo censite, nella loro enunciazione categorica, potrebbero a tratti apparire eccessivamente astratte (e in questo senso vagamente "dogmatiche") nell'indicare le condizioni necessarie per l'esistenza (o comunque il riconoscimento) d'una clausola generale. In particolar modo, al giurista potrebbe suonare non del tutto convincente l'insistenza sulla sostanziale impossibilità di riconoscere quanto meno un "nucleo" di significato per così dire "immediato" alle clausole generali, tale da consentire se non altro in *alcuni* casi un'applicazione certa e tutto sommato incontrovertibile delle relative norme⁹⁰.

Così l'assenza di *qualsivoglia* criterio diretto per l'applicazione della qualifica espressa dai termini valutativi (Luzzati)⁹¹, come an-

Un conto, infatti, è la situazione dell'interprete che, dovendo decidere un caso dubbio (rientrando nella frangia di vaghezza di una norma: sono da considerare 'veicoli' i monopattini là dove esista una disposizione che reciti 'è vietato l'ingresso ai veicoli nel parco?'), debba scegliere fra due "criteri di giudizio" alternativi (ad esempio, il criterio della sicurezza e della tranquillità dei pedoni, che porterebbe a considerare i monopattini 'veicoli', oppure quello dell'inquinamento ambientale, che porterebbe all'opposta soluzione). Altro conto è la situazione dell'interprete che, dovendo capire se un certo comportamento è o meno contrario a buon costume, debba decidere se rivolgersi a una delle morali positive diffuse nella società, oppure alla morale critica (per riprendere l'esempio riportato alla nota precedente).

Certo, entrambi sono casi di dubbio che si pongono per l'interprete, ma le differenze paiono sensibili: l'uno verte sul significato estensionale di un termine (il termine 'veicoli'), l'altro sui criteri per definire i criteri d'applicazione di un termine (il termine 'buon costume'); e soprattutto, il primo è, con riferimento alle norme ordinarie, un problema meramente *eventuale* (che si verifica solo per casi "marginali", come appunto quello dei monopattini), il secondo viceversa, con riferimento alle clausole generali, è un problema *strutturale*.

⁹⁰ In letteratura cfr., ad esempio, M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., p. 123: «tornando ora al principio dell'utilità sociale, la sua caratterizzazione principale, l'apertura al nuovo che essa assicura, non può d'altro canto indurre a ritenere che il principio sia fondamentalmente privo di contenuto, e tanto vago da non consentire neppure l'accertamento di quello spettro di sensi possibili che è proprio di ogni espressione linguistica».

⁹¹ Cfr. ancora C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 314: «i termini qualificatori del linguaggio morale o del linguaggio giuridico, al pari dei termini teorici del linguaggio scientifico, possono predicarsi all'esperienza e ai comportamenti umani solo se si stabiliscono le circostanze empiriche che sono le condizioni necessarie e/o sufficienti della loro applicabilità. Quando tali criteri applicativi sono esplicitati in maniera carente o lacunosa, ossia quando esistono alcune situazioni-limite delle quali non si può dire in via di principio se cadano sotto di essi oppure no,

che il necessario ricorso a detta *pluralità* di parametri di giudizio tra loro in competizione e all'interno dei quali l'interprete sarebbe necessariamente chiamato a scegliere (Velluzzi), infatti, sembrerebbero assunti smentiti (nella loro assolutezza) dall'esistenza, anche nel caso delle clausole generali, di “casi paradigmatici”.

Scegliendo un esempio volutamente “rozzo”, per capire se l'ubriaco che per suo esclusivo diletto scorrazza nudo e berciante sulla pubblica piazza compia un atto contrario a buon costume non parrebbero necessarie particolari indagini mediate o difficoltose scelte fra parametri di giudizio plurimi: in casi come questo parrebbe difficile negare allo stesso concetto di ‘buon costume’, contenuto dalla disposizione giuridica di partenza, una capacità selettiva (limitata quanto si vuole, e tuttavia) diretta e univoca.

Eppure, se non altro dal punto di vista logico, le cose non sono così semplici, e l'incompatibilità fra le due situazioni si rivelerebbe, a un più attento esame, soltanto apparente.

L'esistenza e l'intuitiva riconoscibilità dei “casi paradigmatici” come tali senza dubbio indica che, anche nel caso delle clausole generali, *non sempre* il margine di discrezionalità applicativa dell'interprete sarà elevato (o addirittura totale, come alcuni sosterranno). Questo però non significa che, *anche* nei casi paradigmatici, l'interprete non debba ricorrere a un insieme di regole soltanto *richiamato* dalla clausola generale e neppure che non debba scegliere fra *più* parametri di giudizio fra loro in competizione.

Potrebbe infatti soltanto significare che, in un certo momento storico e all'interno d'una certa cultura, esistono determinate condotte – quelle appunto corrispondenti ai casi paradigmatici –

abbiamo un caso di vaghezza comune del termine valutativo. Quando, invece, non si stabiliscono per nulla criteri espliciti per l'uso della qualifica, la vaghezza è socialmente tipica. Ma neppure in quest'ultima ipotesi i criteri mancano. Se mancassero, il termine sarebbe inservibile, non avendo una portata empirica sia pure indiretta. Infatti, secondo il modello teorico che mi pare preferibile [...] formule quali ‘ordinaria diligenza’, ‘buona fede’, ‘decoro’, ‘reputazione’, ‘lealtà’, ‘correttezza’ etc., che il legislatore lascia indefinite, comportano (quando siano interpretate come espressioni concetti vaghi socialmente tipici) un rinvio – qualche volta espresso, ma il più delle volte tacito – ai mutevoli parametri delle valutazioni etico-sociali o del costume».

qualificate allo stesso modo *da tutti i parametri di giudizio* disponibili (non importa qual sia l'insieme di regole dal quale essi si traggano) e *intuitivamente riconoscibili* per tali⁹².

In questa prospettiva, l'indeterminatezza delle clausole generali costringerebbe sempre l'interprete a effettuare una scelta di almeno *un* parametro di giudizio (in assenza del quale la condotta non sarebbe qualificabile) tra la pluralità che gli sta innanzi, fermo restando che da questa scelta non discenderanno, *nel caso di specie*, conseguenze differenti (da quelle che vi sarebbero state scegliendo qualsiasi altro dei parametri disponibili).

Semmai – ma si tratta ovviamente di questione diversa – ci si potrebbe chiedere se le definizioni di 'clausole generali' sopra riportate risultino appaganti nel descrivere le caratteristiche della maggior parte delle formule solitamente identificate come (quelle parti di disposizioni esprimenti le parti di norme rubricate) 'clausole generali' oppure se "centrino" le caratteristiche soltanto d'alcune di esse, correndo così il rischio di restringere il dominio del discorso con una stipulazione tutto sommato discutibile.

Scomponendo la questione in due quesiti complementari, è proprio vero che (1), in presenza di termini valutativi come 'buon costume', 'utilità sociale', 'danno ingiusto' e via enumerando,

⁹² Sul punto, inevitabilmente, si tornerà.

È tutto sommato ovvio che il singolo individuo (escludendo per praticità scenari "kiplingiani" alla Mowgli), quale membro di una più ampia società, possa avere un'idea dei valori e delle valutazioni diffuse in quella società o quanto meno, come pare più probabile, in quello "spicchio" di società col quale egli (direttamente o indirettamente) viene in contatto. Non foss'altro che per un banale istinto di sopravvivenza, il singolo parrebbe naturalmente predisposto all'osservazione di come il prossimo giudica e più generalmente si comporta, e da questa osservazione egli parrebbe continuamente trarre (con maggiore o minore perizia) una serie di conclusioni analitiche e operative.

Questo spiega, fra l'altro, come mai non siano strettamente *necessari* dei manuali per orientare l'uomo nell'intricato mondo della morale sociale, le cui regole, almeno nelle linee essenziali, risultano sufficientemente e, appunto, *intuitivamente* note al singolo. Ciò *non toglie* che questo tipo di conoscenza intuitiva possa risultare insufficiente per tutta la vasta gamma dei casi non paradigmatici, per risolvere i quali in modo soddisfacente l'intuito non basta più e la dimensione più riflessiva e razionale torna (o, quanto meno, dovrebbe ragionevolmente tornare) a espandersi.

l'indeterminatezza del relativo concetto sarà *sempre* da sciogliere ricorrendo alla morale sociale o che comunque quest'ultima o l'eventuale altro insieme di regole richiamato presenterà, anche qui *sempre*, una pluralità di parametri di giudizio concorrenti?

Ed è proprio vero che (2), dall'altra parte, se così non fosse in automatico – cioè se esistessero dei termini valutativi che tuttavia *non* rinviassero alla morale sociale, o che comunque, rinviandovi o meno, permetterebbero di risolvere l'indeterminatezza del relativo concetto tramite un *unico* criterio – avrebbe senso negare la qualifica di ‘clausole generali’ ai concetti espressi da quegli stessi termini valutativi in quanto (e *solo* in quanto) non rispondenti alla definizione?

Se si è inteso quanto a suo tempo argomentato nel capitolo introduttivo, imbarcarsi in ragionamenti sulla vera “natura” delle clausole generali – e dunque sulla definizione della relativa categoria che sia “corretta” in senso forte – finirebbe fatalmente per generare una di quelle «dispute razionalmente interminabili»⁹⁵ che da sempre affollano gli scritti giuridici, ma che qui si vorrebbero scrupolosamente schivare.

In questa chiave, certamente i tentativi da ultimo ricordati di definire le clausole generali attraverso l'analisi della particolare indeterminatezza che parrebbe contraddistinguere i termini o le locuzioni (‘buon costume’, ‘utilità sociale’ ecc.) che tali clausole generali esprimono (o comunque, generalmente, si suppone che esprimano) non potrebbero dirsi incontrovertibili. Essi (tentativi), tuttavia, mi parrebbero decisamente “segnare punti” a loro favore nel loro offrire un criterio discretivo relativamente chiaro, dalla buona compatibilità statistica con la realtà fenomenica studiata e dal non trascurabile valore euristico.

Questo, però, *con un'importante precisazione*.

Va infatti sottolineato come, così impostata, la questione delle clausole generali e della relativa semantica sia da intendere (e pe-

⁹⁵ Faccio mia la formula di M. BARBERIS, *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2007, p. 1 ss.

raltro sia intesa dagli stessi autori che l’hanno proposta) non come semplicemente “empirica” (risolvibile, cioè, con un’analisi empirica svolta sugli enunciati), bensì come prevalentemente “interpretativa” (per il tramite necessario, cioè, d’una interpretazione degli stessi enunciati)⁹⁴.

La caratteristica delle clausole generali di rinviare (per lo meno anche) a un insieme di criteri di valutazione “altro” rispetto a quello giuridico, e/o comunque di esprimere non uno, ma più parametri di giudizio (tra loro potenzialmente equivalenti e tra i quali dunque si tratterebbe di scegliere) per assegnare la relativa qualifica (di ‘socialmente utile’, di ‘conforme a buon costume’ ecc.) dipenderebbe non già soltanto da specifici elementi identificativi dell’enunciato (della disposizione) all’interno del quale ricorrereb-

⁹⁴ La questione è più complicata di così, e la stessa contrapposizione – abbozzata in testo – fra questioni “empiriche” e questioni “interpretative”, soprattutto se l’oggetto del discorso è costituito da un testo scritto, potrebbe dover essere ripensata. Cfr. C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore*, cit., p. 99 s.: «in linea di massima l’interpretazione resta una *comprensione di segni*. Ma i segni non sono fatti empirici. Non lo sono neppure i cosiddetti segni “naturalisti”, ossia quei segni che non vengono prodotti dall’uomo in un processo comunicativo consapevole (per esempio: le tracce, i sintomi e gli indizi). Il segno è tale perché “sta per” o rappresenta qualcosa di diverso da sé, assumendo un valore che trascende la sua realtà empirica; esso, dunque, non è mai un’entità fisica (tale sarà al massimo l’evento segno concreto, detto *token* o replica). Bisogna quindi distinguere accuratamente fra l’interpretazione *di un* segno e l’interpretazione di qualcosa *come un* segno. Nella prima ipotesi si attribuiscono significati a certe espressioni significanti (enunciati, gesti, suoni, segnali luminosi o di fumo, ideogrammi, indicazioni stradali, icone che compaiono sullo schermo di un computer etc.). Nella seconda ipotesi si riconosce o si ascrive la qualità di segno – o meglio di evento segnico concreto – a ciò che altrimenti sarebbe un mero “frammento di natura”, privo per noi di ogni significato culturale. In particolare, non si deve pensare agli enunciati linguistici (ai testi, ai documenti, alle disposizioni di legge) come a dati sensibili. Gli unici dati sensibili sono, infatti, le macchie d’inchiostro sulla carte e i suoni emessi dai parlanti. Ma che tali macchie e suoni siano repliche di un determinato tipo (*tokens* di un determinato *type*) – che cioè siano veicoli segnici – questo l’esperienza non ce lo dice e non può dircelo. Gli enunciati sono ciò che vi è di comune a una classe di istanze concrete (a tutte le enunciazioni dello stesso enunciato): essi hanno un indefettibile carattere “ideale” che li rende assolutamente inadatti a costituire la “base empirica” dell’interpretazione. Un enunciato, quindi, non va solamente interpretato, ma va anche riconosciuto come tale (l’enunciazione deve cioè essere interpretata *come un* segno, o meglio: come un’istanza segnica)».

bero i termini o i sintagmi valutativi, ma anche (e forse soprattutto) da come questi ultimi verrebbero interpretati.

Ritorna così l’eterno problema, già a suo tempo evocato (*supra*, §§ 1.3. e 1.6.), dell’interpretazione giuridica come *causa* (in senso forte) delle clausole generali (della qualifica d’una parte di norma in termini di ‘clausola generale’). In quest’ottica, insomma, si potrebbe facilmente saltare alla conclusione secondo cui le clausole generali sarebbero quelle parti di norma espresse da termini o sintagmi valutativi soltanto *se e in quanto* questi termini o sintagmi fossero *interpretati* come esponenti quella particolare forma di indeterminatezza (ritenuta) tipica delle clausole generali, con ciò assumendo che l’“arbitro” della natura delle clausole generali sarebbe in ultima analisi l’interprete stesso.

Non nego che una simile lettura sia *possibile* e che forse costituisca pure il “retropensiero” di alcuni o di molti autori che si sono interessati alle clausole generali. Mi limito qui a evidenziare come, tuttavia, essa *non* sia *necessariamente implicata* dalle definizioni di ‘clausole generali’ sopra riportate.

A ben vedere, infatti, esse si limitano a evidenziare come l’interpretazione dei relativi termini valutativi sia un elemento *necessario* per la qualifica d’una (parte di) norma come ‘clausola generale’. Nulla dicono (espressamente) circa il fatto che detta interpretazione sia pure elemento *sufficiente*, per l’attribuzione di tale qualifica: nulla dicono, insomma, sul fatto che tale interpretazione possa essere condizionante (o addirittura risolutiva) anche quando assumesse forme *arbitrarie* o anche solo *fortemente discrezionali*.

Il ruolo del documento normativo, e il suo effetto di vincolo (più o meno insuperabile), soprattutto “in positivo”, sull’interprete non è infatti precisato. E forse a buona ragione, perché qui, a fronte d’una variegata molteplicità di formule, ogni generalizzazione correrebbe davvero il rischio di costituire un fuor d’opera, imponendosi piuttosto analisi differenziate caso per caso (formula per formula).

L’unica cosa che a tal proposito parrebbe potersi dire in astratto è che, nell’ottica sopra citata, anche la dimensione testuale sembrerebbe in ogni caso *imprescindibile* nella definizione delle ‘clausole generali’. Esse saranno infatti il prodotto (eventuale) della

coniunzione necessaria fra la presenza sul piano degli enunciati di termini valutativi e la loro (possibile) interpretazione come espressioni un rinvio alla morale sociale o ad altro sistema (o, ancora, a una molteplicità alternativa di sistemi) di valutazioni o di valori nei quali siano in astratto rinvenibili *più* criteri di giudizio.

In conclusione, parrebbe possibile qualificare l'indeterminatezza propria delle clausole generali da una parte, e dall'altra definire sensatamente le stesse clausole generali in rapporto alla caratteristica semantica della loro indeterminatezza nei termini che seguono⁹⁵.

L'indeterminatezza delle clausole generali (intese come parti di norma) sarebbe la caratteristica di queste ultime di non consentire la determinazione delle condizioni per la propria applicazione se non ricorrendo a criteri di giudizio: 1) non direttamente esplicitati nella disposizione espressiva delle clausole generali; 2) *potenzialmente* desumibili da una qualche dimensione normativa meta-giuridica, anche se non per forza da essa *concretamente* ricavati; 3) diacronicamente mutevoli; 4) in potenziale concorrenza fra loro.

Le clausole generali (C.G. n. 4), pertanto, sarebbero quelle parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, qualora questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato (i cui criteri d'applicazione) non sia (siano) determinabile (determinabili) se non per il tramite di parametri di giudizio – quanto meno potenzialmente desumibili un qualche insieme di regole meta-giuridiche (di solito sociali o del costume) – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

2.2.3. (segue) *Gli standard valutativi*

Le riflessioni appena svolte consentono ora di chiarire meglio anche un altro snodo concettuale tipicamente riconnesso alle clausole generali, vale dire il loro rapporto con il c.d. standard (o standard valutativo).

⁹⁵ Dichiaratamente non farò altro qui se non rielaborare le definizioni, più volte citate in precedenza, di Claudio Luzzati (*La vaghezza delle norme*) e di Vito Velluzzi (*Le clausole generali*).

Ciò che sin da subito torna a porre i consueti problemi terminologici che accompagnano ogni passaggio della riflessione sulla categoria di formule legislative qui in discorso. Infatti, anche con riferimento alla nozione di ‘standard’ (o ‘standard valutativo’), la prima difficoltà consiste nel capire a quale entità concettuale ci si stia esattamente riferendo. All’interno della letteratura, infatti, l’uso di questo termine (di questa locuzione) è piuttosto ondivago, risultando esso talvolta un semplice sinonimo di ‘termine valutativo’ o di ‘clausola generale’ (dal canto suo intesa a volte come parte di norma, a volte come parte di disposizione), talaltra come quello specifico criterio di giudizio che consentirebbe di sciogliere in concreto l’indeterminatezza dalla clausola generale⁹⁶.

Qui, in linea con quella che parrebbe anche la lettura più diffusa del medesimo termine, s’intenderà per ‘standard’ (o ‘standard valutativo’) quell’insieme di regole (o quella pluralità d’insiemi di regole) richiamato dalla clausola generale, all’interno del quale andrà ricercato (o comunque a partire dal quale andrà argomentato) il criterio d’applicazione della clausola generale stessa (ciò che consentirebbe di determinarne il significato in concreto).

Da che cosa dunque sarebbe più nel dettaglio costituito questo standard cui le clausole generali effettuerebbero rinvio? Di che “tipo” d’insieme di regole o comunque di entità valutative si tratterebbe? Ci troveremmo sempre e solo di fronte a regole *meta*-giuridiche oppure si potrebbe dare il caso d’un possibile rinvio *anche* a norme giuridiche? E, per il caso delle entità valutative *meta*-giuridiche, di *quali* entità staremmo esattamente parlando? Dei *valori*? Delle *valutazioni sociali*? E di *quale categoria* di valori o di valutazioni sociali?

2.2.3.1. *Gli standard come concetti di valore (giuridici e meta-giuridici)*

Quanto al primo interrogativo, la letteratura più tradizionale ha quasi sempre dato per implicito che le clausole generali si carat-

⁹⁶ Per quest’ultima, più inconsueta ridefinizione dello standard cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 64.

terizzassero per il loro rinvio *esclusivo* al *meta*-giuridico, al punto che s'è addirittura parlato del «carattere fondamentale degli standards valutativi, costituito [...] dalla loro appartenenza ad un sistema normativo diverso da quello giuridico»⁹⁷.

Tuttavia, come in parte abbiamo già visto (*supra*, § 2.1.3.), non sempre l'analisi semantica delle relative formule parrebbe confortare questa posizione "classica" in tema di clausole generali, tanto da suggerire di mitigarne almeno in parte la portata.

Si darebbero difatti dei casi – valga ancora l'esempio del 'danno ingiusto' di cui all'art. 2043 c.c., in cui l'aggettivo 'ingiusto' parrebbe interpretabile sia in senso etico (ingiusto = moralmente ingiusto), sia, come solitamente avviene, in senso giuridico (ingiusto = *contra jus*) – in cui il criterio richiamato sembrerebbe poter essere tanto *interno*, quanto *esterno* alla dimensione del diritto positivo.

Come è stato osservato, «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»⁹⁸.

Focalizzandosi sul caso – peraltro sempre dato, per definizione, quanto meno a livello *potenziale* – di rinvio a un insieme di en-

⁹⁷ Così A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, p. 409 s. Ma sul punto cfr. anche M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., p. 312 s., ove si precisa come la particolare "apertura" della norma contenente una clausola generale «ha come carattere essenziale di non rinviare, al fine dell'applicazione della norma stessa, ad altre norme o principi rintracciabili all'interno dell'ordinamento giuridico (per ampia che ne sia la concezione), ma di rinviare al di fuori dell'ordinamento, ossia ad altri criteri non fissati nel sistema delle norme giuridiche».

⁹⁸ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 65 s.

tità valutative meta-giuridiche, la soluzione più diffusa circa la natura di queste ultime parrebbe senz'altro quella secondo cui esse, gli *standard* appunto, sarebbero *prima facie* «comportamenti, opinioni, aspettative sociali [...] indicati al giudice [dalla clausola generale come parte della fattispecie, *n.d.a.*] quali parametri di valutazione normativa»⁹⁹ o ancora quei «modelli generali del comportamento sociale giuridicamente rilevante, diversi da quei modelli particolari in cui consistono, appunto, le comuni norme giuridiche»¹⁰⁰.

La particolarità del *quid* richiamato dalle clausole generali, pertanto, almeno in prima approssimazione sembrerebbe quella di non consistere in un referente concettuale compiutamente "oggettivo", e stabilmente (pre-)determinato quanto al suo contenuto, caratteristica che sarebbe propria dei "concetti di esperienza" (*Erfahrungsbegriffe*): la 'casa', la 'pietra', la 'stella' e così avanti.

Lo standard richiamato dalle clausole generali rappresenterebbe viceversa una categoria di *regole* (di "modelli di comportamento")¹⁰¹, per così dire, *ontologicamente* "sogettiva", non tanto perché soggettivamente *ricostruita* (sotto il profilo *epistemologico*), quanto piuttosto perché la sua stessa "sostanza" verrebbe direttamente a *dipendere* da (o addirittura a *coincidere* con) quello specifico insieme di atti in cui si sostanzierebbero le *valutazioni sociali*.

Si tratterebbe, in altre parole, se non propriamente e direttamente di valori¹⁰², comunque di regole *espresse* da "concetti di valore" (*Wertbegriffe*)¹⁰³, intendendosi qui appunto per 'valore' non pro-

⁹⁹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit., p. 12.

¹⁰⁰ A. FALZEA, *Gli standards valutativi*, cit., p. 1.

¹⁰¹ Per la definizione degli standard come «modelli generali del comportamento sociale giuridicamente rilevante, diversi da quei modelli particolari in cui consistono, appunto, le comuni norme giuridiche» vedi ancora A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 1.

¹⁰² Uno spunto in tal senso anche in *Corte cost.*, 23 gennaio 1980, sent. n. 1, dove si accenna al fatto che con questo genere di disposizioni il problema «è quello di determinare il concreto campo di applicazione di una norma *formulata non in termini descrittivi, ma come clausola generale, applicabile ai casi concreti tramite il riferimento a valori o parametri dati*» (corsivo mio).

¹⁰³ Vedi M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., p. 313: «non è il valore in sé considerato che entra in gioco, ma criteri o rego-

priamente ciò che è, bensì ciò che *vale*, in quanto *viene considerato* (nel senso di positivamente o negativamente *valutato*)¹⁰⁴: il 'buon costume', il 'danno *ingiusto*', la '*utilità sociale*' e avanti in questo modo.

Segnatamente la dipendenza del contenuto dello standard – vale a dire il contenuto delle regole che lo compongono – da elementi (come le valutazioni o i valori sociali) strutturalmente mutevoli sotto il profilo diacronico varrebbe poi a evidenziare, dal punto di vista funzionale, il più volte citato aspetto "dinamico" dei secondi (concetti di valore) rispetto ai primi (concetti di esperienza)¹⁰⁵.

Certamente *anche* per i concetti di esperienza che ricorrono nel lessico giuridico (prendiamo quello espresso dal termine 'veicolo' nella disposizione 'è vietato l'ingresso ai veicoli nel parco') lo scorrere del tempo non sarà privo d'effetto. Da una parte potrebbero cambiare gli usi linguistici e così al termine 'veicolo' potrebbe essere assegnato un significato diverso. Dall'altra parte, del resto,

le fondate su valori, che debbono servire all'integrazione valutativa della norma giuridica».

¹⁰⁴ Dal rilievo per cui non si tratterebbe d'accertare *fatti*, bensì *valori* (o *valutazioni*), beninteso, non discenderebbe però l'*irrilevanza dei fatti* (intesi come eventi empiricamente percepibili e verificabili), atteso che – anche al di là del rilievo secondo cui pure le valutazioni potrebbero essere intese come una particolare categoria di "fatti sociali" – l'esistenza (e la consistenza) di certi valori non parrebbe potersi argomentare se non a partire dalla constatazione di determinati assetti sociali conformi al valore (e che, va da sé, si suppongano originati da comportamenti umani specificamente adesivi al valore in questione).

¹⁰⁵ Vedi ancora M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., p. 115 s.: «tra queste due categorie di concetti [...] esiste però, a parere di chi scrive, un'effettiva e tangibile differenza *funzionale*. Le due categorie "servono" infatti a scopi diversi, e richiedono all'interprete – e comunque a chi ne faccia applicazione – altrettanto diverse prestazioni. Anzitutto, i concetti di valore *esplicitano* la dinamicità dell'ordinamento. Questo è certamente un dato ineliminabile di qualunque sistema normativo, ed è in un certo senso immanente al sistema, ma affiora al livello del dato normativo (della norma scritta) soltanto quando e in quanto venga fatto esplicito richiamo a un valore. È la stessa mutabilità e relatività delle accezioni in cui questo può essere inteso che ne garantisce la valenza progressiva (nel senso del cambiamento, non necessariamente del progresso ...), e l'adattabilità al mutare della realtà dei rapporti e degli apprezzamenti sociali. Inoltre, se, come pensiamo, la giustificazione di una interpretazione giuridica è attività argomentativa, l'esserne un valore l'oggetto ha un duplice effetto: svincola l'interprete dall'impiego – meglio, dall'impiego privilegiato – di certi argomenti (quello logico, principalmente), e allo stesso tempo lo spinge verso l'impiego (privilegiato) di altri (il richiamo agli apprezzamenti sociali)».

potrebbe sensibilmente ampliarsi il numero di oggetti rilevanti e/o problematici per l'applicazione del precetto, così che per esempio potrebbero essere progettati nuovi veicoli, impensabili al momento della formulazione della norma, ponendosi il problema della loro sussunzione o meno nella fattispecie normativa.

E altrettanto certamente coi concetti di valore (prendiamo ancora come esempio quello espresso dal termine ‘buon costume’) si riproporranno *tutti* questi problemi (linguistici e di esperienza) per così dire “comuni”. Così, da una parte bisognerà badare a come si evolve l'area semantica della formula ‘buon costume’ e dall'altra si potranno sviluppare sempre nuovi comportamenti qualificabili alla luce di questo parametro.

Tuttavia, *in aggiunta* a ciò e *a differenza* dei concetti d'esperienza, coi concetti di valore si darà anche l'ulteriore caso del possibile mutamento diacronico di quelle entità valutative sociali, ovvero di quelle *regole*, che indirettamente definiscono il contenuto concreto del concetto di valore: *i.e.*, il contenuto concreto del buon costume dipenderà pertanto da elementi strutturalmente mutevoli come (i criteri retrostanti al)le valutazioni sociali¹⁰⁶.

In sintesi, mentre tendenzialmente l'automobile sarà da considerare ‘veicolo’ (concetto di esperienza) – fatti salvi gli effetti di (improbabili) rivoluzioni o di (più verosimili) lenti cambiamenti negli usi linguistici – tanto ieri quanto oggi e così anche domani, parrebbe viceversa intuitivo ammettere la *possibilità* di un medesimo comportamento (pensiamo a un film dai contenuti particolarmente scabrosi) che nel passato era contrario a buon costume (concetto di valore) e che nel presente potrebbe non esserlo più (per poi magari tornare a esserlo in futuro).

2.2.3.2. *Gli standard e i giudizi di valore*

Quanto poi alla tipologia delle entità valutative (= regole) meta-giuridiche che verrebbero a costituire lo standard, detti “valori”,

¹⁰⁶ Sul punto cfr. già K. LARENZ, *Der “Bedeutungswandel” der Rechtsnormen und seine Berücksichtigung in der Rechtssprechung*, in *DRiZ*, 1959, p. 306 ss.

desunti dalle (o, secondo alcune prospettive assiologiche, addirittura coincidenti con le) "valutazioni" sociali, sembrerebbero *prevalentemente* valori *etico-morali*, relativi cioè alla (corretta) disciplina della condotta umana (virtuosa), come nel caso della 'buona fede', della 'correttezza', del(la conformità o difformità al) 'buon costume'¹⁰⁷.

Neppure parrebbe da escludere, tuttavia, che possano rilevare anche valori (valutazioni) che al (corretto) comportamento dei consociati si riferiscano – come può ad esempio capitare per i valori della 'utilità sociale' o dell' 'interesse generale' – in modo apparentemente più indiretto (o, comunque, in un senso disgiunto dal parametro del buono e del giusto)¹⁰⁸: «il campo al quale attinge il diritto per integrare il contenuto delle sue norme non è costituito

¹⁰⁷ Vedi A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 2 s.: «uno spunto, ad un tempo delimitativo e orientativo, è quello del fondamento etico degli standards. [...] La selezione porta prima di tutto a isolare gli standards in quanto modelli giuridici di comportamento che il diritto trae dall'etica sociale con un rapporto di permanente recezione. [...] Il rapporto tra lo standard e la regola etica è un rapporto di ricezione sostanziale, nel senso che il diritto considera operanti nel suo territorio, con la validità e l'efficacia delle prescrizioni del sistema giuridico positivo, prescrizioni del sistema etico»; si tratterebbe dunque della «ricezione permanente dei valori etico-sociali e dei relativi modelli di comportamento da parte dell'ordinamento giuridico attraverso un canale normativo costantemente aperto – laddove nelle comuni norme giuridiche il rapporto tra valori etico-sociali e valori giuridici è soltanto genetico e si esaurisce nel momento in cui è posta la regola giuridica».

¹⁰⁸ La questione relativa al carattere (più o meno esclusivamente) etico-morale dei valori (o delle valutazioni) cui farebbero rinvio le clausole generali sembrerebbe ovviamente dipendere anche dalla concezione più o meno lata cui s'aderisce (altrimenti detto: dalla definizione più o meno ampia che s'adotta) con riferimento all' 'etica' o alla 'morale'. Qualora con 'valore etico' (o con 'valore morale') ci si riferisca ad un parametro che possa servire come guida per l'azione e per la valutazione della relativa condotta umana, allora anche la 'diligenza', la 'utilità sociale' e l' 'interesse generale' potranno essere considerati 'valori etico-morali'. Se, al contrario, questi ultimi ('valori etico-morali') fossero circoscritti a quelle specifiche guide per l'azione che ne garantiscano (o valutazioni che, *ex ante* o *ex post*, ne attestino) la *giustizia* (o la *bontà*), allora il discorso potrebbe condurre ad esiti differenti, giacché, anche nella considerazione comune, non necessariamente l'azione diligente, socialmente utile o nell'interesse generale risulta per ciò solo giusta, ed anzi potrebbero darsi casi in cui un'azione ingiusta si renda addirittura *necessaria* per poter perseguire un obiettivo socialmente utile o conforme all'interesse generale.

soltanto dall’etica, ma dall’intero sistema culturale della società, del quale l’etica fa parte unitamente a tutti gli altri sistemi culturali: dell’arte, della scienza, della tecnica, e di altri ancora», di modo che si potrebbero rinvenire «nel diritto, oltre agli *standards* etici, gli *standards* estetici, scientifici, tecnologici, e così via»¹⁰⁹.

Affermazione, questa, certamente condivisibile nel suo evidenziare come l’ambito materiale delle clausole generali sia, in potenza, estremamente vasto e che quando si pensa al meta-giuridico come alla dimensione generale in cui si collocherebbero gli standard, ridurre tutto all’etica sarebbe evidentemente un errore di prospettiva. Nondimeno, a integrazione di quanto sopra riportato, parrebbe il caso d’evidenziare che non tutti i possibili rinvii al meta-giuridico effettuati dal diritto positivo parrebbero rispondere al modello che abbiamo da ultimo indicato (= stipulato) come proprio delle clausole generali (C.G. n. 4).

A rimanerne fuori parrebbero infatti, necessariamente – oltre a quegli elementi dell’esperienza meta-giuridica che, non essendo in alcun modo *regole* o *modelli di qualificazione*, non costituirebbero

¹⁰⁹ Così A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., p. 408 s., dove pure (*ivi*, p. 409) si precisa come «questi *standards* non specificamente etici *lo sono genericamente*»; vedi inoltre F. ROSELLI, *Clausole generali: l’uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 669, dove accanto ai richiami alle «regole della morale o del costume», cui si riferirebbe il rinvio effettuato dalle clausole generali, si parla anche a quelle «proprie di determinate cerchie sociali, o discipline o arti o professioni»; nonché M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., p. 119, nota 126, dove si precisa che le “norme esprimenti valori” sono «quelle in cui si utilizzano espressioni come ‘buono’, ‘giusto’, ‘utile’, etc.», così estendendosi la categoria dei valori da quelli *morali* (come sono i primi due) a quelli dalle sfumature più marcatamente *economiche* (come è il terzo).

Più in generale, sul rapporto fra standard ed etica, vedi E. PATTARO, *Aspetti etici del concetto di standard giuridico*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del ‘900*, Milano, 2000, p. 115 ss. Sugli standard tecnologici vedi R. BREUER, *Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*, in *AöR*, 1976, p. 46 ss.; H. PLANGEMANN, R. TIETZSCH (a cura di), *“Stand der Wissenschaft” und „Stand der Technik” als unbestimmte Rechtsbegriffe*, Tübingen, 1980; nonché più recentemente I. APPEL, *Konkretisierung rechtlicher Anforderungen durch technische Regeln*, in R. HENDLER *et al.* (a cura di), *Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht*, Berlin, 2006, p. 67 ss. Specificamente alle clausole generali “estetiche” è ora dedicato l’approfondimento monografico di B. ZUMSTEIN, *Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts*, St. Gallen, 2001.

neppure uno standard (per come qui lo si è definito) –, quantomeno tutti quegli standard il cui contenuto sia tendenzialmente (univoco e) fisso, tale cioè da offrire un unico possibile criterio di giudizio *diacronicamente stabile*, là dove caratteristica delle clausole generali sarebbe invece, appunto, la «capacità di assorbimento del reale»¹¹⁰ consentita dalla possibilità di procedere sempre alla qualificazione del comportamento secondo criteri di giudizio (plurimi e, soprattutto,) *diacronicamente mutevoli*¹¹¹.

Anche a livello intuitivo, insomma, potrebbe avere un senso accostare allo standard (etico) del 'buon costume' quello (economico-sociale) dell' 'utilità sociale' o quello (estetico) del 'particolare pregio artistico'. Viceversa, non parrebbe gran che ragionevole equiparare *questi* rinvii al meta-giuridico all'ipotetico rinvio, pure al meta-giuridico, che lo stesso diritto potrebbe effettuare (immettendo i relativi concetti nella fattispecie di una norma) alla farmacologia per definire una sostanza come 'stupefacente o psicotropa', alla meteorologia per definire una perturbazione come 'uragano' o alla fisica per definire la 'massa' di un grave (o i criteri per la sua misurazione).

Anche in questi ultimi casi, evidentemente, per l'interprete sarebbe imprescindibile prendere in considerazione un insieme di dati meta-giuridici, d'ordine essenzialmente tecnico-scientifico. An-

¹¹⁰ M. LUCIANI, *La produzione*, cit., p. 85. Ma cfr. già A. GROPPALI, *I giudizi di valore ed i nuovi metodi di interpretazione della legge*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, p. 13, dove si osservava come «attraverso il significato che, nel progredire del tempo, vengono ad assumere i concetti di ordine pubblico, di buoni costumi, di buona fede, di comune sentimento, ecc., i quali non a torto sono stati detti organi respiratori del diritto, l'interprete mantiene in contatto la legge col mutarsi delle condizioni sociali».

Tale funzione delle clausole generali risulterebbe particolarmente chiara nel caso di un loro rinvio alla morale, palesandosi qui lo scopo di «evitare brusche fratture tra il diritto e la morale sociale, adeguando l'ordinamento giuridico ai mutamenti del costume». Così C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 343.

¹¹¹ Per l'indicazione di questa caratteristica come uno specifico delle clausole generali cfr. ora *Corte cost.*, 18 dicembre 2009, sent. n. 335 dove «la funzione di autentica clausola generale» è individuata nel suo essere «*aperta al divenire* della società e del costume» (corsivo mio); ma sull'elasticità di contenuto delle clausole generali vedi già *Corte cost.*, 24 ottobre 1995, sent. n. 447 e (riprendendo l'impostazione in materia della Corte di Cassazione) *Corte cost.*, 20 dicembre 1996, sent. n. 399.

che in questi casi, insomma, all'interprete non basterà considerare la disposizione da una parte e l'esperienza dall'altra, essendo sempre necessario un previo esame dei contenuti dello specifico "sistema culturale" richiamato, costituito nei nostri esempi dal macrosistema scientifico-tecnologico in alcune sue sotto-branchie.

Ciò che cambia rispetto agli standard etici, estetici o economico-sociali sopra riportati è che il contenuto di questi ultimi è costituito (o comunque desunto) da valutazioni, effettuate all'interno dei relativi àmbiti, qualificabili tendenzialmente come *giudizi di valore* (qui intesi, se non come preferenze arbitrarie, quanto meno come opzioni dall'alto tasso di *soggettività*)¹¹². Per gli standard scientifico-tecnologici, invece, sempre che abbia senso riferirsi ad essi in termini di *regole*, il loro contenuto parrebbe sostanzarsi in (o comunque dipendere da) una serie di *giudizi di fatto* (o magari da *stipulazioni*, ma aventi pur sempre un contenuto tendenzialmente *oggettivo*).

Che un oggetto sia 'di particolare pregio artistico' può essere comunemente considerato (almeno in parte) oggetto di un'opinione; molto meno facilmente, tuttavia, sarà considerato oggetto d'opinione cosa sia la 'massa' di un grave o cosa renda una sostanza 'stupefacente o psicotropa'.

Certo, anche in àmbito tecnologico-scientifico i giudizi di fatto che vengono formulati dipendono a loro volta, indirettamente, da postulati che in un dato momento storico sono stati *ritenuti validi* dalla comunità scientifica di riferimento per il tramite di percorsi per definizione non "avalutativi" e dunque, in senso lato, anche la scienza potrebbe dirsi basata su giudizi di valore. A differenza dell'àmbito etico o estetico e a modo suo anche di quello economico, tuttavia, quello tecnologico-scientifico non sembrerebbe *costituito* in senso forte da giudizi di valore¹¹³.

¹¹² Cfr. in tal senso anche *Corte cost.*, 25 marzo 1982, sent. n. 57, dove si osserva come «quando il giudizio verta sull'applicazione di disposizioni di legge formulate per clausole generali (quali "urgenza", "pericolosità", "grave inadempimento", "operazione speculativa") [...] il giudizio sul fatto si intreccia con giudizi di valore» (corsivo mio).

¹¹³ Al punto che mi parrebbe discutibile, o comunque molto lontano dal significato comune dell'espressione, qualificare come 'termini valutativi' quelli ricorrenti nel lessico scientifico.

Fatto salvo il caso dei periodi in cui si verifichi un «mutamento di paradigma»¹¹⁴, infatti, la relativa comunità mostra di concordare in modo ampiamente uniforme tanto sulle definizioni di base, quanto sulle regole inferenziali, offrendo così, per lo meno in merito a molte questioni, proprio quel criterio di qualificazione univoco e tendenzialmente stabile nel tempo che parrebbe escludere la specifica forma d'indeterminatezza che abbiamo visto essere tipica delle clausole generali.

In ultima analisi, si può anche credere che la scienza sia basata su una fede, e che dunque le sue "verità" siano soltanto ipotetiche e suscettibili di cicliche revisioni, ma ciò non toglie che, storicamente, le opinioni sul 'giusto', sul 'bello' e sull' 'utile' siano assai più controverse e cambino molto più in fretta delle (oltre che con modalità e su presupposti sensibilmente differenti rispetto alle) verità scientifiche¹¹⁵.

2.2.3.3. La funzione degli standard fra rinvii e direttive

Un'ultima notazione è da dedicare alla collocazione strutturale dello standard all'interno della norma inclusiva della clausola generale, ciò che al tempo stesso introduce la problematica "interpretativa" relativa alla concretizzazione delle clausole generali (*infra*, § 2.3.).

Tipicamente si ritiene che il contenuto dello standard verrebbe "incorporato" *per relationem*, grazie alla clausola generale, nella fattispecie della norma espressione di quest'ultima¹¹⁶. Attenta dot-

¹¹⁴ Mutuo questa nota formula da T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1999, *passim*, ma part. p. 139 ss.

¹¹⁵ Ciò non esclude, in astratto, che anche standard tecnico-scientifici possano essere oggetto d'un rinvio da parte delle clausole generali (anche se in concreto l'ipotesi parrebbe di difficile percorribilità): dovrebbe in questo caso trattarsi di uno standard su cui si confrontano due o più teorie scientifiche (sulla falsariga di quanto avviene, per esempio, in ambito economico per la 'utilità sociale').

¹¹⁶ Vedi A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., p. 412: «lo *standard* [...] non vive nel diritto di vita propria. Il luogo necessario della sua operatività giuridica è il contesto della norma ordinaria che lo richiama e lo incorpora nel proprio contenuto. La norma ordinaria che utilizza uno *standard* include nella propria struttura previsionale e dispositiva la struttura previsionale e dispo-

trina avrebbe tuttavia da tempo segnalato come la natura non categorica dell'insieme di regole richiamate difficilmente potrebbe consentire una loro importazione “anastatica”, imponendo bensì all'interprete un controllo (e se del caso un adeguamento) in vista della loro generalizzazione (a sua volta prolettica alla loro applicazione a casi futuri simili).

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

sitiva dello *standard*, sicché nella “norma con *standard*” si avrà un'unica fattispecie causale e un'unica fattispecie effettuale, a costituire le quali concorrono le componenti giuridiche della norma e le componenti extragiuridiche dello *standard*, fuse insieme in un amalgama deontico unitario. Per effetto di questo amalgama i destinatari della norma ed il giudice sono vincolati all'osservanza di regole giuridiche composite, ma precostituite al loro intervento».

di comportamento, che il giudice deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale»¹¹⁷.

La tesi, spesso ripresa in letteratura, di per sé non parrebbe propriamente semplicissima, e merita d'essere chiarita, anche a costo di semplificarla un po'.

Mi parrebbe anzitutto da escludere di poterla ridurre alla mera affermazione – in questo caso alquanto apodittica – per cui all'interprete (qui identificato col giudice) rimarrebbe per forza un margine di discrezionalità nell'applicare le clausole generali, *presupponendo* (ma non dimostrando) che lo standard da esse richiamato fornirebbe *sempre* mere direttive e non vincoli stringenti¹¹⁸.

Più ragionevole, e del resto ampiamente conforme a quanto esposto in precedenza, mi parrebbe viceversa la lettura secondo cui all'interprete solitamente non basterebbe riconoscere lo standard richiamato dalla clausola generale per riuscire da esso a individuare *univocamente* un parametro di giudizio, e questo poiché – come si vedeva – lo standard offrirebbe sempre (non uno, ma) *più* criteri di giudizio, fra cui l'interprete sarebbe chiamato a scegliere.

¹¹⁷ L. MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit., p. 12 s. Adde A. FALZEA, *Gli standards valutativi*, cit., p. 4: «diversa strutturazione logico-formale degli standards giuridici rispetto alle norme comuni. Questo secondo carattere selettivo è stato riposto o nel carattere della generalità – sottolineata da quanti parlano di clausole generali – o nel carattere della indeterminatezza – messo in evidenza da quanti (come Josef Esser e gli scrittori di lingua tedesca) ricollegano gli standards alla figura degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* o (come Julius Stone e gli scrittori di lingua inglese) alla relazione di *indeterminate reference*. In funzione delle opposizioni generalità-specialità o indeterminatezza-determinatezza si imposta la differenza tra regola comune o norma di fattispecie o *legal rule*, e regola o clausola generale o *legal standard*».

¹¹⁸ Così invece, se intendo bene, A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 642: «le norme morali presenti nella società non potranno [...] vincolare in modo assoluto il giudice, ma costituiranno per lui solo un necessario punto di riferimento, da cui partire per la propria (eventualmente anche diversa) valutazione».

In senso analogo anche, apparentemente, J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlicher Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, p. 150 ss., dove si rinviene la qualifica delle clausole generali come «*starting points* o punti di appiglio per la concreta formazione della norma da parte dei giudici», con la conclusione che «in primo luogo è la casistica che ci comunica che cosa è lecito».

Per capirci, se lo standard richiamato dalla formula 'buon costume' fosse riconosciuto come l'insieme delle regole della morale sociale, e visto che non esisterebbe un'unica morale sociale bensì una pluralità di morali sociali, allora la considerazione dello standard in sé (che potremmo qui definire come l'insieme delle varie morali sociali) per lo meno in molti casi non basterebbe a consentire con sicurezza la qualificazione d'una condotta come conforme al o difforme dal buon costume¹¹⁹. In tutti i casi in cui il dato comportamento fosse da considerare conforme a buon costume secondo la morale sociale *A* e difforme secondo la morale sociale *B*, lo standard così come lo abbiamo definito non potrebbe fornire un'indicazione univoca circa il criterio di giudizio da applicare¹²⁰.

Ultimo discorso (e ulteriore possibile lettura, alternativa o complementare rispetto alla precedente) è quello relativo alla generalizzazione della regola elaborata a partire dallo standard.

Qui sembrerebbe volersi sostenere che, in ambito sociale, la valutazione di conformità/difformità d'un dato comportamento rispetto a buon costume non è mai *rigorosamente* condizionata – espressa cioè nella forma *se e per ogni F* (fattispecie, descrittiva del comportamento *x*), *allora C* (conseguenza: contrarietà al buon costume) –, bensì strutturalmente defettibile, suscettibile d'eccezioni implicite e irrimediabilmente concreta¹²¹. Sempre per ricorrere a un esempio, lo

¹¹⁹ Ciò potrebbe accadere soltanto per alcuni "casi paradigmatici", qualificati allo stesso modo da *tutti* i criteri delle varie morali sociali.

¹²⁰ A ben vedere, lo standard in questo caso non darebbe *alcuna* indicazione sul parametro da scegliere, contenendoli piuttosto tutti al suo interno. Con qualche contorsione, si potrebbe tuttavia considerare che l'indicazione offerta dallo standard sia quella di cercare *al proprio interno* un parametro di giudizio, con esclusione dunque di tutti i parametri di giudizio differenti.

¹²¹ Interpreto così l'affermazione di L. MENGONI, *Spunti per una teoria*, cit., p. 10, secondo cui «le clausole generali non sono né principi deduttivi, né principi di argomentazione dialettica, bensì impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta. In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni».

stesso comportamento (passeggiare nudi per la pubblica piazza) che oggi potrebbe essere considerato contrario a buon costume dalla morale sociale, domani, a condizioni diverse o alle stesse condizioni, potrebbe non esserlo considerato più, *ergo* sarebbe impossibile concepire una regola morale *astratta* di questo genere: 'è contrario a buon costume passeggiare nudi sulla pubblica piazza'.

Tanto costringerebbe il giudice *a partire* dalla valutazione sociale concreta (o meglio, dal retrostante criterio di cui detta valutazione costituirebbe l'applicazione), ma al tempo stesso gli imporrebbe di non arrestarsi a questa tappa intermedia, e piuttosto a elaborare lui stesso una regola più generale, (almeno relativamente) più astratta e dunque applicabile anche ai futuri casi simili.

Il che, da ultimo, sembrerebbe osservazione anche condivisibile – salvo il fatto che la strutturale mutevolezza diacronica delle clausole generali potrebbe indurre a rivalutare l'efficacia di "precedente" delle decisioni giudiziali su di esse fondate¹²² –, ma relativa

Per una diversa ricostruzione delle norme inclusive di standards quali norme viceversa dotate di fattispecie cfr. A. FALZEA, *Gli standards valutativi*, cit., p. 10 s.: «deve essere anzitutto ben chiaro che anche gli standards [...] sono norme giuridiche condizionate. Essi, cioè, pur se formalmente col solo riferimento all'effetto giuridico, come la norma che richiede ai cittadini di vivere onestamente, implicano un riferimento necessario al fatto giuridico: le situazioni sociali nelle quali il cittadino si viene a trovare, e nelle quali resta impegnato a una condotta conforme all'*honeste vivere*. Solo che, trattandosi di norme giuridiche ad un alto livello di indeterminazione, la fattispecie si presenta anch'essa estesamente indeterminata. E estesamente indeterminato è anche l'effetto giuridico – nell'esempio riportato, il dovere di comportarsi onestamente – così come le conseguenze dell'inosservanza della condotta richiesta con l'effetto giuridico – nell'esempio riportato, la sanzione prevista contro la condotta non onesta».

Va peraltro precisato come le differenze di impostazione fra gli autori il cui pensiero è stato qui riportato parrebbero legate più che altro a differenti premesse *terminologiche* – con particolare riguardo al termine 'fattispecie', da Mengoni (e non da Falzea) verosimilmente inteso nel senso restrittivo di 'fattispecie *tassativa*' –, dal momento che entrambi parrebbero da ultimo concordare circa la necessità di integrare la fattispecie della norma meta-giuridica (e dunque anche sulla insufficienza di quest'ultima a fondare di per sé un giudizio sillogistico) per regolare giuridicamente i casi concreti rientranti sotto l'ambito operativo della (norma contenente una) clausola generale.

¹²² Mi sembra andare in questo senso il rilievo di G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1710 ss., secondo cui «vi è una ineliminabile (malgrado tutto) – "soggettività" (e, dunque, variabilità) dei "giudizi

più allo specifico ruolo (istituzionale) *del giudice* (su cui vedi *infra*, § 2.4.) che non alla struttura o al contenuto dello standard nei rispettivi effetti sul semplice *interprete* (il quale infatti parrebbe potersi serenamente giovare anche d’una qualificazione “concretissima” di ciò che qui, oggi e alle date circostanze sia contrario o meno al buon costume).

2.3. *La procedura di concretizzazione fra interpretazione e politica del diritto*

2.3.1. *Interpretazione “comune” e interpretazione “delle clausole generali”*

Come già più volte si è avuto modo d’accennare in queste pagine, la tematica dell’interpretazione è da sempre strettamente intrecciata a quella delle clausole generali, là dove l’attenzione della dottrina s’è tradizionalmente incentrata soprattutto sul particolare procedimento in cui consisterebbe la concretizzazione delle seconde rispetto a quello tipico delle norme giuridiche “ordinarie”.

L’idea del “rinvio” al meta-giuridico, tipicamente riconosciuto per proprio delle clausole generali, e il connesso concetto di “integrazione valutativa” quale attività demandata all’interprete per sciogliere la loro particolarissima indeterminatezza, hanno classicamente rappresentato il fulcro della riflessione, pressoché unanime nell’evidenziare la fatale “discrezionalità” implicita nelle relative operazioni.

Osservazione, questa, che potrebbe generare fraintendimenti e che dunque suggerisce di rimuovere subito un possibile equivoco. Parlare di problematiche interpretative particolari e d’accresciuta discrezionalità (o, come parrebbe preferibile, d’accresciuta incertezza) per l’interprete che si trovi di fronte a clausole generali non

valutativi” posti in essere in applicazione di clausole generali; o, se si vuole, [...] *in molti di tali giudizi* (se non in tutti) è dato rilevare la presenza di elementi fattuali così *singolari* (specie nel loro reciproco “*combinarsi*”) da non permettere di estrarre, dalle decisioni che li prendono in considerazione, *direttive effettivamente generalizzabili*».

significa affatto, in automatico, dare per scontato che un apporto costruttivo di quest'ultimo alla definizione del contenuto della norma sussista *esclusivamente* nel caso delle clausole generali e che sia viceversa *in toto* escluso con riferimento alle disposizioni che di tali clausole siano prive¹²³.

Non è propriamente da ieri, infatti, che da più parti si sono evidenziati i momenti valutativi presenti, per lo meno in certi casi, anche nell'interpretazione (e soprattutto nell'applicazione) delle disposizioni (norme) comuni dell'ordinamento giuridico.

Alla luce dell'evoluzione teorica successiva suonano oggi a loro modo profetiche, se si pensa al periodo in cui venivano formulate, le osservazioni di Tullio Ascarelli, quando rilevava che «dal punto di vista storico [...] è facile notare come, in realtà, l'interprete eserciti una funzione creativa: cooperi all'evoluzione del diritto. *Qualunque* interpretazione non è mai, a rigore, esclusivamente dichiarativa, ma riposa su una ricostruzione della norma interpretata che ne costituisce uno sviluppo, e un adattamento [...]. Questa funzione storicamente creativa dell'interpretazione è insita alla sua stessa natura e si svolge perciò indipendentemente da qualsiasi espressa autorizzazione legale»¹²⁴.

E svariati lustri più tardi era uno studioso notoriamente equilibrato – positivista "inquieto"¹²⁵, ma per certo non di scuola "antiformalistica" – come Norberto Bobbio a concludere così: «che le operazioni compiute dal giudice per interpretare il diritto siano esclusivamente operazioni logiche, nel senso stretto della parola, cioè siano operazioni di deduzione di certe conclusioni da certe

¹²³ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 40 s.: «non si asserisce [...] che in presenza di clausole generali il giudice compie valutazioni, mentre non le compie nel determinare il significato degli enunciati normativi che non contengono clausole generali; si individua però una valutazione diversa connessa, appunto, ad una attività di integrazione e non di "mera interpretazione"».

¹²⁴ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 61 (corsivo mio); analogamente ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, Padova, 1957, p. 7 ss.

¹²⁵ La definizione di Bobbio come «positivista inquieto» è, come noto, di S. COTTA, *Bobbio: un positivista inquieto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983, p. 41 ss.

premesse; in altre parole, che l'attività del giudice sia meramente meccanica o automatica non lo crede davvero più nessuno»¹²⁶.

Da allora e sino ai giorni nostri, il necessario apporto integrativo dell'interprete (il cui prototipo è quasi sempre stato individuato nel giudice) a qualsiasi atto d'interpretazione di disposizioni o d'applicazione di norme giuridiche – consentendo così il costante adeguamento del sistema giuridico alle emergenti esigenze sociali¹²⁷ – parrebbe anzi ormai divenuto, con rarissime eccezioni¹²⁸, un autentico *topos* nella letteratura dei giuristi e dei teorici dell'interpretazione giuridica.

La produzione del diritto, insomma, sarebbe sempre un'opera “progressiva” di cooperazione fra legislatore e interprete¹²⁹ e quello interpretativo sarebbe un «processo conoscitivo e valutativo nel medesimo tempo, in cui, alle esigenze della certezza garantite dal rispetto del *corpus iuris* costituito, devono accompagnarsi appunto quelle della concretezza, garantite sia dalla ricostruzione del complesso processo valutativo che è movente e fine della norma da cui egli [il giudice, *n.d.a.*] parte, sia dalla considerazione di tutti quei nuovi ele-

¹²⁶ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984, p. 94.

¹²⁷ Cfr., *ex multis*, L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 231: «un contributo integrativo, in senso anche specifico, della giurisprudenza [...] si mostra molto spesso necessario non solo di fronte al caso tecnico di lacuna propria dell'ordinamento, ma anche in conseguenza dello stesso semplice processo storico che intercorre fra il momento in cui la legge fu posta, e quello in cui essa deve venire conosciuta e interpretata dal giurista. [...] l'attività interpretativa non può non comprendere anche quell'ulteriore momento integrativo, per cui essa diviene strumento di adeguazione del diritto alle mobili esigenze dell'esperienza giuridica nella sua storicità, oltre che nella sua concretezza».

¹²⁸ Vedi recentemente A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., *passim*, dove una delle tesi principali è che l'interprete (e, a ben vedere, soprattutto l'interprete *applicatore*) del diritto non eserciti *sempre* discrezionalità, pur dovendo *talvolta* necessariamente esercitarla.

¹²⁹ Cfr. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., p. 570 s.: «il Parlamento comincia un'opera che verrà conclusa altrove, dato che la norma estesa si forma progressivamente. Chi redige le leggi sa, o dovrebbe sapere, quanto poco demiurgica sia la sua creazione; sa, o dovrebbe sapere, che i significati originari col tempo subiscono un'erosione e che le norme legislative sono norme in fieri. Del resto è inutile illudersi: anche la legge più rigorosa e tassativa può essere resa maggiormente indeterminata dagli interpreti. [...] la codifica e la decodifica di un messaggio non sono mai due percorsi speculari, se non altro perché i presupposti e gli scopi degli emittenti e quelli dei destinatari quasi mai coincidono perfettamente».

menti sopravvenuti (come esigenze ideologiche e situazioni di fatto), e alla cui soddisfazione è diretta l'attività interpretativa, come organo, in ultima analisi, delle valutazioni sociali giuridicamente inespresse nei confronti della rigidità e chiusura dell'ordinamento»¹³⁰.

Di questa via, la stessa “positività” del diritto sarebbe da intendersi in senso relativo, giacché esso verrebbe fatalmente e costantemente integrato da elementi meta-positivi proprio per il tramite necessario dell'interpretazione: «possiamo anche dire che il diritto tutto positivo non esiste, che il diritto positivo non è mai positività pura, ma che esiste piuttosto il diritto positivo in completamento; in ogni enunciazione di diritto positivo è presente una componente “legale” e una componente “extralegale”. Il diritto può essere pertanto definito come il risultato concreto della integrazione degli enunciati normativi da una parte e degli elementi tratti dalla realtà extralegale dall'altra»¹³¹.

Ecco allora che, riconoscendosi (a torto o a ragione)¹³² un apporto “creativo” dell'interprete implicito in *ogni* atto d'interpretazione giuridica (o per lo meno di quella giudiziale rivolta alla soluzione di concrete controversie)¹³³, le clausole generali parrebbero perdere nella riflessione più recente gran parte della loro presunta peculiarità all'interno della problematica interpretativa. Il loro ruolo, infatti, muterebbe da quello di *eccezione* alla *regola generale* della funzione (altrimenti) essenzialmente “dichiarativa” (d'un contenuto giuridico predeterminato) del giudice nelle sue mansioni applicative del diritto, a quello di semplice *caso emblematico* d'un più moderno concetto di “normalità ermeneutica”¹³⁴.

¹³⁰ Così L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 170.

¹³¹ Così G. ORRU, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1999, p. 8 s. Su questa tematica vedi anche, più ampiamente, L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*.

¹³² Per un'analisi critica cfr. ancora A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., part. pp. 192-205 e p. 263 ss.

¹³³ In tempi recentissimi cfr. ad esempio l'importante contributo monografico di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, *passim*, ma part. p. 102 ss.

¹³⁴ Su questo aspetto cfr. già K. LARENZ, *Entwicklungstendenzen in der heutigen Zivilrechtsdogmatik*, in *JZ*, 1962, p. 105.

Sinteticamente, ci si dovrebbe chiedere «se alla luce di una moderna teoria dell'interpretazione [...] l'apporto dell'interprete alla costruzione della norma individuale debba ritenersi essenzialmente diverso secondo che la norma stessa contenga o no una clausola generale. La risposta [...] è negativa, nel senso che nell'un caso e nell'altro la norma individuale presuppone la norma astratta e prende reali fattezze nella decisione giudiziale. Se una differenza si dà, essa è quantitativa, non di essenza»¹⁵⁵.

Altri ancora, infine, sottolineano come la specificità del discorso sull'interpretazione delle clausole generali – che pure non costituirebbe una differenza di tipo "ontologico" – non si qualificerebbe in termini meramente "quantitativi", ma piuttosto "funzionalistici": «muovendo dal giusto rilievo che, all'origine almeno, l'accento posto sulle clausole generali era servito a rompere il rigido schema positivistic, si è concluso che oggi, mutato il clima culturale, le clausole generali non pongono in sede di interpretazione problemi diversi da quelli posti da qualsiasi altra norma: che è considerazione in generale corretta, ma che non può occultare il dato strutturale rappresentato appunto dal diverso modo di costruzione della fattispecie. E, se può certo dirsi che l'indeterminatezza è connotato comune alla generalità dei concetti giuridici, è pure vero che possono ritrovarsi di-

¹⁵⁵ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 22 s. Cfr. anche *ivi*, p. 25: «non appena [...] la funzione creativa del giudice diventa un *tópos*, gran parte della carica novatrice che si riconnetteva alle stesse clausole quali spazi di integrazione dell'ordinamento ad opera del giudice si rivela frutto di enfattizzazioni le quali gradualmente riguadagnano la dimensione fisiologica».

In conseguenza di ciò, vacillerebbe anche la contrapposizione fra tecniche di modulazione della fattispecie normativa (tassativa *vs.* generalizzante) che s'era in precedenza indicata come un possibile criterio distintivo delle norme contenenti una clausola generale rispetto alle norme che ne fossero sprovviste. Anche in questi ultimi casi, infatti, la specificità nella descrizione della fattispecie non eliminerebbe la necessità d'una continua opera di completamento/integrazione degli elementi costitutivi della norma da parte dell'interprete/applicatore: «l'opposizione tra regola casistica e clausola generale è in definitiva assai meno rilevante di quanto possa apparire a prima vista. [...] è distinzione di ordine quantitativo, non di essenza, poiché l'apporto dell'interprete alla costruzione della norma individuale non è sostanzialmente diverso secondo che la norma stessa contenga o meno una clausola generale». Così A. GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., p. 152.

verse “specie di indeterminatezza”, che caratterizzano poi la funzione esplicata da ciascuna categoria di concetti»¹³⁶.

Come si sarà verosimilmente già intuito, a un puntuale ed univoco inquadramento della problematica si oppone qui il fatto che in essa “confluiscono” e variamente si combinano tutte le difficoltà (e le oscurità) che contraddistinguono l’interpretazione giuridica da una parte e le clausole generali dall’altra. Gioverà allora quanto meno *tentare* di mettere un po’ d’ordine, distinguendo il più possibile i vari piani del discorso, pure qui anche a costo di semplificare un po’ un fascio di elementi che talvolta parrebbe davvero concettualmente inestricabile.

Ebbene, il fatto che in generale l’interpretazione e l’applicazione del diritto non siano attività meramente logiche (1), che esse siano funzionalmente rivolte (quanto meno anche) a garantire un continuo adeguamento dei contenuti del diritto positivo alle mutevoli esigenze della società (2) e che per completare in tal senso il progetto normativo soltanto tratteggiato nelle disposizioni – le quali, si vorrebbe, non conterrebbero mai tutti gli elementi per fornire *da sole* una norma applicabile al caso concreto – l’interprete possa e debba (per lo meno in certe circostanze) ricorrere a elementi extra-legali (3), definisce certamente un elemento di similitudine fra interpretazione giuridica e clausole generali.

L’esistenza di tratti comuni, tuttavia, non sembrerebbe portare a una *totale* equiparazione delle due situazioni.

Certo, anche l’interprete delle clausole generali dovrà individuare il significato dell’enunciato normativo che contiene, fra gli altri, pure il termine valutativo cui sul piano concettuale corrisponde la clausola generale; e certo, in questa individuazione/attribuzione del significato vi potrà essere un elemento d’incertezza (dunque, di discrezionalità nella susseguente scelta fra una possibile cornice di significati equivalenti). E nessuno nega, dal canto suo, che margini di incertezza/discrezionalità potranno poi venire in rilievo *anche* quando si trattasse di *applicare* la norma, dopo che la sua fattispecie sarà stata “integrata” col criterio di giudizio

¹³⁶ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 264.

evinto dallo standard richiamato dalla clausola generale. Ma tanto significa solo che i problemi dell'interpretazione giuridica “comune” necessariamente *si assommano* a quelli specifici dell'interpretazione delle clausole generali, non certamente che *li assorbono*.

In particolare due punti mi parrebbero meritare una specifica sottolineatura, anche per evitare i fraintendimenti che facilmente potrebbero derivare dalle già segnalate “assonanze tematiche”.

Il primo profilo attiene alla possibile sovrapposizione fra il *generico* ricorso a elementi extra-testuali che secondo alcuni sarebbe sempre necessario per individuare il significato d'una disposizione normativa e lo *specifico* ricorso a entità valutative (solitamente) extra-giuridiche viceversa imposto dalle clausole generali. Trattasi di due categorie concettuali accomunate soltanto dalla condizione “negativa” di *non* ridursi al piano del *documento* giuridico pur influenzando sul procedimento della sua significazione (intesa in senso lato), ma che “in positivo” non hanno certo contenuti apprezzabilmente analoghi: «non bisogna confondere le regole del costume a cui rinviano i concetti vaghi socialmente tipici con il contesto culturale e situazionale che, come i linguisti sanno bene, va tenuto presente ogniqualvolta si voglia attribuire un significato a un vocabolo o a un discorso. La nozione di contesto culturale e situazionale è assai più ampia: essa comprende tutti i presupposti della comunicazione e non può certo risolversi in una raccolta di valutazioni e di precetti della morale sociale»¹³⁷.

Il secondo profilo, strettamente legato (e per certi versi conseguente) al primo, riguarda la possibile sovrapposizione fra la “discrezionalità” che secondo alcuni contraddistinguerebbe ogni interpretazione e quella che viceversa caratterizza le particolari operazioni, riassunte sotto la rubrica di ‘integrazione valutativa’, legate alle clausole generali. In questo secondo caso, non si tratta di individuare il significato d'un enunciato o d'applicare una norma, previamente individuata tramite interpretazione, a un caso concreto, ma di “interrogare” dimensioni (per lo meno *anche*) extra-giuridiche alla ricerca di un parametro di giudizio fra i più disponibili.

¹³⁷ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 304.

Se ne è pertanto esattamente concluso che «l'integrazione valutativa richiesta dall'applicazione delle clausole generali comporta [...] qualcosa di più specifico rispetto alla generica creatività che è riconoscibile nel processo di interpretazione/applicazione delle comuni regole giuridiche»¹³⁸. Più in particolare, si potrebbe dire che la "discrezionalità" o la "creatività" eventualmente proprie dell'integrazione valutativa si inseriscono all'interno del normale procedimento ermeneutico, costituendone una fase meramente eventuale e collocandosi idealmente fra il momento dell'interpretazione in senso stretto e quello dell'applicazione.

Anche in questo senso, dunque, la differenza fra interpretazione comune e interpretazione delle clausole generali ("integrazione valutativa") non parrebbe meramente una questione *di grado*, bensì di ordine propriamente *concettuale*¹³⁹, derivante dalla peculiare struttura logica e semantica delle seconde rispetto agli elementi costitutivi delle disposizioni comuni¹⁴⁰.

¹³⁸ G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, cit., p. 440 ss. Ma cfr. anche ID., *Clausole generali e ragionevolezza*, cit., p. 441 s.

¹³⁹ Cfr. ancora, sia pure in una prospettiva parzialmente diversa (soprattutto per quel che attiene al "giudizio di valore" che qui si vorrebbe *autonomamente* espresso dal giudice) da quella qui accolta, G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, cit., p. 437: «nella maggior parte delle applicazioni che un (ordinario) enunciato normativo riceve, tuttavia, non viene in gioco questo cd. "spazio di libero giudizio", perché le fattispecie concrete che formano oggetto della "qualificazione normativa" rientrano (come è anche ovvio che sia) nel "nucleo concettuale" (*Begriffskern*) del termine utilizzato dal Legislatore. Inoltre anche quando ciò non avvenga (e si sia, perciò, nell'area di "penombra" del concetto che viene in rilievo), l'interpretazione dell'enunciato legislativo, pur implicando l'inevitabile inserirsi di momenti "valutativi", non comporta la formulazione da parte del giudice di un (autonomo) giudizio di valore [...], ma semmai la "determinazione" [...] della precisa estensione (o, se si vuole, del preciso "contenuto") di un "giudizio di valore" che risulta cionondimeno pur sempre riconducibile al (= formulato dal) Legislatore».

¹⁴⁰ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 37: «se la differenza tra le clausole generali e i termini o sintagmi che non lo sono fosse di mero grado, quantitativa, ovvero della misura della discrezionalità di cui è dotato l'interprete, verrebbero meno tutte le conseguenze che solitamente si associano alle clausole generali, quali per esempio, il potere di concretizzazione del giudice, l'impossibilità di strutturare il ragionamento in termini sillogistici, etc. Per essere chiari: se non v'è differenza qualitativa sul piano semantico come può esservi diversità anch'essa qualitativa sul piano interpretativo e applicativo? Bisognerebbe coerentemente as-

2.3.2. *L'interpretazione dei termini o sintagmi valutativi (ovvero: l'individuazione dello standard)*

Volendo ora ripercorrere, sia pur brevemente, i vari passaggi in cui parrebbe consistere la procedura complessiva che potremmo chiamare “concretizzazione delle clausole generali”¹⁴¹, non v'è dubbio che, dal punto di vista logico, il primo *step* sarà costituito dal riconoscimento, all'interno della singola disposizione, d'un termine o d'un sintagma come “valutativo” (*a*) e dall'individuazione del suo significato, vale a dire del “tipo” di standard (o dei possibili tipi di standard) che esso richiama (*b*).

Anzitutto, come già s'osservava (*supra*, § 2.2.2.3.), la presenza di termini valutativi ('buon costume', 'danno ingiusto', 'utilità sociale') 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, seguendo gli ordinari canoni interpretativi¹⁴², come rinvio (quanto meno *anche*) a uno standard meta-giuridico. Ben potrebbero darsi dei casi, infatti, di termini valutativi i quali, tuttavia, fossero interpretati (e interpretabili) come rinviati *esclusivamente* ad altre

serire che l'interprete gode sempre della stessa discrezionalità, seppur in diverso grado a seconda dei casi, indipendentemente dall'aver o dal non avere a che fare con clausole generali. Non che la misura della discrezionalità sia irrilevante o di poco conto, ma se il punto fosse questo il dibattito sulle clausole generali sarebbe insensato, almeno nei termini in cui si è fin qui sviluppato in letteratura». Vedi anche *ivi*, p. 40: «si parla di “integrazione” al fine di connotare l'attività giudiziale come invasiva di competenze altrui, vale a dire come un'attività non eguale a quella normalmente svolta nell'interpretare gli enunciati normativi e tipicamente appannaggio di chi le norme le produce».

¹⁴¹ Cfr. nella letteratura tedesca soprattutto H.W. HAUBELT, *Die Konkretisierung von Generalklauseln*, Augsburg, 1978, *passim*, ma part. p. 46 ss. Spunti (parziali) ora anche in M. SCHMIDT, *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, Berlin-New York, 2009, p. 15 ss.

¹⁴² «Il giudice è legato in primo luogo ai canoni sistematici dell'interpretazione ed in secondo luogo ai dati a cui il legislatore, nel ricorrere alle clausole generali, implicitamente e talvolta esplicitamente, rinvia: norme extralegislative, condizionamenti imposti da leggi naturali o economiche, pratiche degli affari, ecc.». Così F. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, cit., p. 676.

norme o principi giuridici, e allora non saremmo davanti a una clausola generale nel senso precedentemente precisato (C.G. n. 4)¹⁴³.

In questo senso mi parrebbero andare molti dei ricorrenti tentativi della dottrina che nelle clausole generali vorrebbero identificare delle "finestre" aperte sui principi della nostra Costituzione¹⁴⁴, i quali in tal modo esplicherebbero la loro funzione "interpretativa" (di altre disposizioni dell'ordinamento) proprio grazie al "cavallo di Troia" delle clausole generali¹⁴⁵.

Prospettiva certamente possibile e per certi versi accattivante, ma la cui percorribilità non parrebbe automaticamente da *presupporre* per ogni termine valutativo in ipotesi idoneo a esprimere una clausola generale¹⁴⁶, quanto piuttosto da verificare caso per caso, a

¹⁴³ Con terminologia leggermente diversa, ma contenuto concettuale analogo vedi C. LUZZATI, *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».

¹⁴⁴ La metafora mi è offerta da G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 168: «le clausole generali costituiscono il veicolo attraverso il quale dare applicazione ai principi generali, ai precetti costituzionali, una sorta di finestra aperta sull'universo dei principi e dei valori costituzionali».

¹⁴⁵ Il riferimento "omerico" è di N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 871 s., là dove così l'Autore si riferisce alle clausole generali appunto in termini di «cavallo di Troia» per l'utilizzo di valori come eguaglianza, solidarietà, persona umana nell'interpretazione del diritto comune.

Su questo aspetto del rapporto fra principi costituzionali e clausole generali vedi anche sinteticamente S. BARTOLE, (voce) *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, 1986, p. 515.

¹⁴⁶ Così invece, apparentemente, P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p. 20, dove si osserva come in un «ordinamento giuridico con una propria gerarchia delle fonti del diritto, fondato su principi costituzionali [...] è impensabile che una tecnica legislativa, quella delle clausole generali, propria di ordinamenti predemocratici e precostituzionali, sia applicata al medesimo modo

seconda della formulazione del termine o del sintagma (di modo che tale percorso ermeneutico sembrerebbe più sensato, ad esempio, in relazione a formule come ‘ordine pubblico’ che non a espressioni come ‘motivi di particolare valore morale o sociale’)¹⁴⁷.

Atteso dunque che la clausola generale, per essere tale (per rispondere alla definizione C.G. n. 4 che qui ne abbiamo dato), dovrà rinviare a uno o più standard, ciascuno dei quali (o comunque la combinazione dei quali) esprimerà a sua volta una molteplicità di parametri di giudizio, bisognerà anzitutto 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*).

Operazione interpretativa, questa, 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»¹⁴⁸ 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»¹⁴⁹.

in un ordinamento democratico e costituzionale. La vaghezza del riferimento contenuto nella clausola generale è superata con il rinvio non alla coscienza o alla valutazione sociale, ma al complesso dei principi che fondano l’ordinamento giuridico, unica garanzia di pluralismo e di democraticità».

Parrebbe qui apparentemente trattarsi di un caso particolarmente incisivo di “interpretazione costituzionalmente conforme”, sfociante in una vera e propria *integrazione*, del tipo recentemente descritto in V. ITALIA, *La gerarchia delle leggi*, Milano, 2013, p. 27: «l’interpretazione della legge e della norma gerarchicamente inferiore non è limitata ad una “coloritura” in base alla luce della legge superiore, ma si tratta di un’*interpretazione integrativa* della legge e della norma inferiore ad opera dei principi o della legge gerarchicamente superiore» (corsivo mio).

¹⁴⁷ Diverso tipo di problema è quello di considerare le norme e i principi della Costituzione non già come *oggetto*, bensì come *limite* del rinvio effettuato dalle clausole generali (sul punto vedi *infra*, § 2.3.5.).

¹⁴⁸ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 67.

¹⁴⁹ C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 318.

Segnatamente in questa fase parrebbero acquisire pertinenza anche i rilievi che sottolineano la possibilità d'intendere i termini valutativi non già (sempre) come rinvii a un insieme di *regole* giuridiche o meta-giuridiche (standard), bensì (talvolta anche) come il mandato conferito all'interprete a svolgere una “argomentazione morale” (b3).

A tal proposito – con particolare riferimento, fra l'altro, 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»¹⁵⁰.

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*»¹⁵¹.

Prospettiva, quest'ultima (dell'argomentazione morale), la cui consistenza parrebbe daccapo da valutare caso per caso (a seconda cioè della specifica formulazione di ciascuna espressione valutativa), e che se per certi versi parrebbe apparentemente *incompatibile* col modello delle clausole generali, giacché non rinvierebbe propriamente (o comunque direttamente) a *regole* di qualificazione dei

¹⁵⁰ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 136.

¹⁵¹ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 136 s. (corsivi miei).

comportamenti, per altri versi sembrerebbe a modo suo addirittura *contribuire* a generare quella pluralità di parametri di giudizio che abbiamo visto essere propria, appunto, delle clausole generali – costituendo, qualora ricorrano termini morali, una specifica alternativa a (b1) o, al limite, anche una sua sottopartizione.

Questo nel duplice senso che: 1) vi saranno casi di termini valutativi sensatamente interpretabili *sia* come rinviati a standard composti di regole/valutazioni sociali, *sia* come mandati a svolgere un’argomentazione di tipo morale¹⁵²; 2) anche all’interno di un’argomentazione di tipo morale parrebbero presenti non uno, ma tendenzialmente più criteri di giudizio fra loro in concorrenza¹⁵³.

In conclusione pertanto, come si può notare anche solo da queste succinte indicazioni, pure la componente interpretativa *in senso stretto* (interpretativa, cioè, di disposizioni, e specificamente dei termini valutativi che in esse ricorrano) ha una notevole rilevanza nella procedura di concretizzazione delle clausole generali, se non altro perché ne condiziona ogni possibile sviluppo successivo e talvolta anche per la banale ragione che una data interpretazione dell’espressione valutativa potrebbe escludere *ab ovo* la presenza di queste ultime (clausole generali, per come qui le abbiamo definite) nella relativa norma.

2.3.3. La scelta del criterio di giudizio all’interno dello standard

Se e una volta che l’interpretazione del termine valutativo avrà portato alla determinazione del potenziale o dei potenziali macro-

¹⁵² Da questa prospettiva argomentavo in F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione*, cit., p. 293 s.

¹⁵³ Di modo che si potrebbe anche ipotizzare una categoria di clausole generali “argomentative”, con caratteristiche strutturali tendenzialmente simili a quelle qui in precedenza riassunte, dove alla pluralità dei sistemi normativi di riferimento (standard) verrebbe a sostituirsi la molteplicità dei modelli di argomentazione morale.

Tale prospettiva d’analisi, che pure sembrerebbe feconda, parrebbe costituire un caso particolare di accessorietà dell’argomentazione giuridica rispetto a quella morale generale e per ragioni di spazio non può qui se non venire semplicemente menzionata. Per l’ulteriore possibilità di “integrare” la prospettiva “argomentativa” con quella “empirica” cfr. *infra*, § 5.4.

sistemi normativi (standard) di riferimento, soltanto extra-giuridici (b1) oppure extra-giuridici e giuridici (b1 et b2), e una volta che, se (potenzialmente) plurimi, l'interprete avrà scelto a quale singolo macro-sistema rifarsi con riferimento al caso concreto (*aut b1 aut b2*), bisognerà poi reperire al suo interno lo specifico criterio di giudizio col quale qualificare il comportamento umano in questione fra la pluralità di criteri in esso presenti (c).

Per esemplificare, allorché dal termine 'buona fede' si arrivassero a identificare due possibili standard di riferimento, uno *giuridico* (b2), per il quale contrasterebbe con la buona fede il comportamento lesivo di alcune norme dell'ordinamento positivo e uno *extra-giuridico* (b1), della morale sociale, e allorché l'interprete con riferimento al caso concreto si risolvesse per quest'ultimo (*aut b1 aut b2*), si tratterebbe poi d'individuare, all'interno della morale sociale, a quale specifica morale sociale (o sotto-partizione della morale sociale) rifarsi (*aut c1 aut c2 aut c3*).

Non sempre tale passaggio può dirsi scontato o implicito data la disposizione di partenza e la sua iniziale interpretazione. È stato infatti a ragione sottolineato come «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?»¹⁵⁴.

Una volta individuato, o comunque scelto, lo specifico parametro di giudizio all'interno dello standard, si tratterà infine di determinarne il contenuto concreto¹⁵⁵, in rapporto alle circostanze e so-

¹⁵⁴ Così C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 314 s.

¹⁵⁵ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 86: «la costruzione della premessa maggiore, ove ci si confronti con delle clausole generali, ossia con termini valutativi indeterminati, comporta almeno due passaggi giustificativi: il primo riguardante la scelta dello *standard*; il secondo pertinente alla determinazione del contenuto dello *standard*».

prattutto al tempo¹⁵⁶ (d), andando così a completare un procedimento “multilivello”¹⁵⁷.

2.3.4. La concretizzazione del criterio di giudizio

È in particolare quest’ultimo snodo – vale a dire la specificazione del parametro di giudizio all’interno dello standard – a sollevare non lievi problemi, con riferimento tanto alla metodologia (più o meno empirico/sociologica) da seguire, quanto alla strutturale “non conclusività” dei risultati di volta in volta raggiunti. Problemi che ovviamente si ripercuotono, per i soggetti (come il giudice) tenuti a giustificare pubblicamente le proprie decisioni basate sulle clausole generali, sul relativo onere motivazionale e sulla persuasività delle relative decisioni, nonché, indirettamente, sulla reale possibilità d’effettuare su di esse un controllo razionale.

Anzitutto, in generale, s’è da più parti evidenziato come nel caso di rinvii a standard meta-giuridici la particolare importanza o preminenza dei “fatti”, intesi sia come quei comportamenti umani che devono essere valutati sulla base del criterio di giudizio individuato in seno allo standard¹⁵⁸, sia come quei particolari “fatti so-

¹⁵⁶ 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 C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 315.

¹⁵⁷ Cfr. esattamente P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, cit., 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».

In questo caso il procedimento viene descritto come “trifasico” soltanto perché, verosimilmente, non si considera problematico il passaggio, segnalato in testo *sub* (a), relativo al riconoscimento d’un termine (o sintagma) come valutativo.

¹⁵⁸ Su questo aspetto vedi le ormai classiche osservazioni di M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., p. 323 s.: «data la premi-

ciali" – le *valutazioni* sociali concretamente riscontrabili – da cui si desumerebbe il contenuto del criterio di giudizio all'interno dello standard.

Le *valutazioni* sociali, beninteso, dal punto di vista concettuale non coinciderebbero necessariamente con i *criteri di giudizio* diffusi a livello sociale, ma ne sarebbero pur sempre un'imprescindibile "fonte di prova"¹⁵⁹, al netto tuttavia di almeno due ulteriori questioni. Da una parte, infatti, starebbe il dato (tutto sommato ovvio) per cui le condotte concretamente riscontrabili in un determinato ambiente potrebbero non essere (sempre) conformi alle valutazioni espresse in quello stesso ambiente¹⁶⁰. Dall'altra parte, poi, si deve

nenza del fatto, dal fatto che occorre partire. Ciò significa anzitutto che la base della giustificazione è costituita dall'accertamento del fatto, fondato su prove sufficienti a confermarne la verità. Si tratta di un elemento necessario in generale nella motivazione della sentenza, ma che acquista un'importanza particolare sotto il profilo dell'applicazione dello *standard*. Da un lato, poiché lo standard opera come criterio di valutazione di un fatto, è necessario che questo fatto sia precisamente individuato e accertato in modo sicuro, e che ciò sia espresso e giustificato nella motivazione. Dall'altro lato occorre che il giudice metta in evidenza gli elementi della situazione di fatto che sono particolarmente rilevanti per l'applicazione dello standard. Così, per esempio, se si tratta di stabilire che un danno è grave, occorre che il danno sia accertato e quantificato. Se lo standard implica la valutazione di un comportamento (come nel caso della buona fede), debbono essere indicati gli elementi concreti e specifici del comportamento che possono essere valutati secondo lo standard. Se si deve stabilire che un comportamento è imprudente, occorre indicare gli elementi particolari del comportamento che possono considerarsi imprudenti».

¹⁵⁹ Cfr. sul punto M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., p. 119, secondo il quale le clausole generali «rinviando l'interprete all'accertamento non di fatti sociali, ma di valutazioni sociali, ovvero al "fatto" delle valutazioni sociali di quei fatti. Sono [...] i giudizi di valore dominanti nella collettività, che l'interprete deve accertare, per "dare un senso" alla norma, ed anche se per farlo utilizza come elementi di prova i concreti rapporti sociali, un conto è puntare l'attenzione direttamente su questi, un altro tenerli presenti come mera fonte di cognizione di una diversa realtà (le valutazioni che sorreggono quei rapporti)».

¹⁶⁰ C. LUZZATI, *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». Nondimeno, a tal proposito, sembrerebbe di potersi dire che

tener conto del rilievo (decisamente meno intuitivo) che le stesse valutazioni concretamente effettuate potrebbero non palesarsi (del tutto) idonee per accertare i criteri di cui dette valutazioni vorrebbero essere applicazione¹⁶¹.

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) con quelli validi per la maggioranza dei membri di tale società¹⁶², insomma, per accertare se il dato com-

all'interno di un determinato ambiente e in un dato momento storico, la connessione fra le condotte mediamente tenute e le valutazioni (positive o negative) espresse da quella data comunità sulle medesime condotte non può ragionevolmente ritenersi irrilevante in senso statistico. Concettualmente, insomma, è possibile prospettare la situazione di una società in cui tutti ritengano immorale rubare eppure tutti rubino, ma è intuitivo che per rendere anche solo *minimamente* credibile tale scenario si sarebbe costretti a ipotizzare situazioni improbabili a piacere che spieghino il comportamento difforme a questa valutazione sociale (come, ad esempio, la nulla capacità d'influenza sul reale delle valutazioni morali o sociali, una costrizione esterna a rubare nonostante il sentimento di riprovazione patito, ecc.).

¹⁶¹ Su questo punto vedi efficacemente G. PINO, *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. Quest'ultima osservazione può forse essere chiarita utilizzando come *análogon* il funzionamento del linguaggio: sarebbe fuorviante pensare che le regole di una lingua (per esempio l'italiano) coincidano interamente con gli usi *di fatto* praticati da chi parla italiano, per l'ovvia ragione che i parlanti potrebbero occasionalmente, o anche frequentemente, *sbagliare* nell'uso delle regole della loro stessa lingua, e inoltre è del tutto fantascientifica l'idea di poter registrare gli usi linguistici *di tutta la popolazione*».

¹⁶² Un utile spunto ancora in G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 137: «chiediamoci [...] se, per individuare ciò che prescrive la “coscienza sociale”, sia sufficiente fare riferimento a ciò che pensa la *maggioranza* dei membri di una comunità. Innanzitutto, l'individuazione di una maggioranza, specialmente in un ambito talmente vasto e informe come “la società” nel suo complesso, non è affare semplice né del tutto trasparente, e il teorema dell'impossibilità di Arrow e i teorici della *public choice* hanno mostrato che le maggioranze, lungi dall'essere entità fisse e predeterminate, sono entità che si aggregano in modi *sincronicamente* variabili, anche in relazione al modo specifico in cui viene presentata la questione su cui si vuole individuare una maggioranza».

Su queste tematiche, così come rispetto a quelle citate nella nota precedente, può essere utile anche la lettura dei contributi raccolti in AA.VV., *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden, 1978.

portamento x (poniamo il passeggiare in abiti succinti in un luogo di culto cattolico) 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 cattolico 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 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 sulla base dell'errata presupposizione che il divieto di entrare in abiti succinti in un luogo di culto sia sancito da un'espressa norma del diritto canonico, in realtà inesistente).

Già da quanto precede, pertanto, risulta abbastanza evidente che, volendo procedere col dovuto scrupolo in questo "mix" di parametri empirici e normativi¹⁶³, il richiamo effettuato dalle clausole generali non si risolverebbe in un rinvio meramente recettizio alle valutazioni sociali "dominanti"¹⁶⁴ e che s'imporrebbe sempre

¹⁶³ Questo duplice aspetto riscontrabile nella concretizzazione delle clausole generali è ben evidenziato ora da H. DREIER, *Die "guten Sitten" zwischen Normativität und Faktizität*, in F. HARRER et al. (a cura di), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag*, Wien, 2011, p. 141 ss.

¹⁶⁴ Tale invece è l'opinione a lungo maggioritaria in tema di clausole generali, come segnalato ad esempio da L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 24, nota 13, dove si osservava come per mezzo dei concetti valutativi «la legge stessa rinvia a categorie o criteri di valutazione d'ordine metagiuridico (morale, politico, economico, sociale), presentando pertanto all'interprete la necessità di una presa di posizione di fronte agli orientamenti della coscienza dominante nel momento dell'applicazione della legge alla fattispecie concreta» (corsivo mio).

all'interprete una delicata opera di rielaborazione "interpretativa" delle medesime¹⁶⁵, solo parzialmente facilitata dalle eventuali discipline specialistiche che possano studiare i relativi concetti valutativi¹⁶⁶.

Alle già segnalate difficoltà relative all'accertamento del criterio di giudizio all'interno dello standard di riferimento *in un dato momento storico*, ulteriori difficoltà s'aggiungerebbero poi in una prospettiva *diacronica*. Il criterio di giudizio cui la clausola generale si riconetterebbe al termine delle operazioni già esaminate, in

¹⁶⁵ Sulle notevoli difficoltà della quale cfr. anche R. ALEXU, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 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».

¹⁶⁶ Vedi emblematicamente S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1284 s., il quale con riferimento all'«utilità sociale» e ad altre formule (come 'buon costume', 'buona fede', 'diligenza del buon padre di famiglia') rilevava come «è certo, infatti, che l'applicazione di essi non è condizionata dalla determinazione della loro portata, relativamente alla situazione storica in cui devono operare, effettuata dal legislatore; e neppure dalla possibilità di ritrovare una definizione rigorosa ed universalmente valida elaborata dall'etica o dalla psicologia, scienze alle quali essi fanno diretto riferimento: poiché, se è vero che attraverso il concetto di buon costume o quello di buona fede trapassano nel campo giuridico le esigenze storiche della morale, è incontestabile che l'apprezzamento da parte del giudice di queste esigenze non dipende dalla loro sistemazione concettuale da parte dell'etica, pur se da questa può ricevere un incomparabile contributo. L'indeterminabilità assoluta di questi concetti, anzi, è stata ben valutata dal legislatore: la loro introduzione nell'ordinamento, e la loro concreta determinazione indipendentemente da una esplicita e rinnovata previsione legislativa, risponde alla necessità di ridurre, a mezzo di parametri variabili, la tensione che naturalmente si produce tra realtà giuridica e realtà sociale».

fatti, sarebbe una regola suscettibile d'evolvere e di mutare di contenuto nel corso del tempo all'interno dello standard, secondo dinamiche diverse (e tendenzialmente più rapide) di quelle invalse all'interno degli ordinamenti giuridici¹⁶⁷.

Il punto è tra i più ovvii e proprio per questo tra i più spesso evidenziati in tema di clausole generali, giacché proprio da ciò dipenderebbe il noto effetto di adattamento garantito dalle stesse clausole generali. Basterà dunque ancora una volta esemplificare ricordando che l'odierna contrarietà d'un comportamento al parametro del buon costume o dell'utilità sociale non esclude che un domani il medesimo comportamento possa essere qualificato in senso diverso o addirittura opposto.

Se tutto ciò è vero, questo consente di contestualizzare meglio anche l'autorevole affermazione secondo cui «quanto all'applicazione giudiziaria di uno *standard* non si riscontra alcunché di qualitativamente diverso dall'applicazione giudiziaria di una norma ordinaria»¹⁶⁸. La quale (affermazione) potrà certo essere vera per quel che attiene al momento logico dell'applicazione, mentre risulterebbe decisamente più discutibile se si pensasse di riferirla pure all'esatta individuazione degli elementi della fattispecie normativa (altrimenti detto, alla preparazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale).

2.3.5. *La concretizzazione delle clausole generali fra controlli e limiti*

Un discorso sul procedimento di concretizzazione delle clausole generali sarebbe incompleto senza quanto meno un accenno alla

¹⁶⁷ Vedi per tutti A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., 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».

¹⁶⁸ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., p. 418.

problematica dei limiti e dei controlli cui questa concretizzazione soggiace allorché essa sia effettuata da un organo giurisdicente (come tipicamente si *presuppone* in letteratura, dove sul giudice ci si concentra in modo pressoché *esclusivo*).

Che questo sia il punto più “scottante” dell’intera vicenda mi parrebbe attestato dalla convergenza a tratti quasi ipnotica con cui pressoché da ogni dove ci si ritrova a celebrare l’accresciuta “discrezionalità” del giudice nel caso in cui egli sia chiamato a dare applicazione alle clausole generali.

Da una parte, infatti, sembrerebbe che ci si renda conto, pur con diversi livelli di consapevolezza, come ciascuno degli snodi problematici finora indicati richiederebbe una specifica giustificazione nella motivazione della sentenza; dall’altra si deplora la difficoltà di tale motivazione (o semplicemente se ne riscontra l’assenza nella giurisprudenza esaminata); spesso così, infine, si finisce poi sconsolatamente per concludere come al di là degli auspici il giudice chiamato ad applicare le clausole generali eserciterebbe, se non altro di fatto, una libertà sostanzialmente sconfinata¹⁶⁹, se s’ecceppa il limite evanescente del *self restraint*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Vedi ad esempio A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 547, dove si segnala (il riferimento è a K. LARENZ, *Schuldrecht*¹⁵, I, München, 1982, p. 117) «la necessità, da taluno avvertita, che la decisione, formulata sulla base di una clausola generale, sia assistita, più che le altre, da una convincente “fondazione” (*Begründung*), la quale lasci capire o trasparire attraverso quale *iter* logico-razionale si è “inverato” il contenuto della clausola generale, alla luce delle circostanze del caso. Ma è proprio questo lo scoglio. Se la tecnica delle clausole generali intende prendere le distanze dalle formule ricorrenti di “giustizia del caso concreto”, rispondenti in forma più o meno diretta, all’idea di equità, è vero anche che siffatta distinzione è più lastricata di buone intenzioni che di altro. È assai tenue il filo che lega la decisione del singolo caso al contenuto (assiologico) della clausola generale [...]. Se, ad annodare questi “fili” contribuiscono in misura notevole l’opera della dottrina e la stessa sistematica, resta il fatto che l’ultima parola è riservata al giudice-interprete. Il (pericolo del) “decisionismo giudiziario” è allora dietro la porta».

¹⁷⁰ Il quale, dal canto suo, sarebbe, come scrive G. ALPA, *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 27, «un limite soggettivo, aleatorio, inconfessato, che poggia su valori e regole deontologici. È un limite dettato dallo stile e dalle mode. È un limi-

Tale opinione, ancorché assai diffusa e spesso basata su argomenti di “buon senso” – come quello secondo cui per ogni momento di potenziale oscurità e/o obiettiva difficoltà automaticamente s’espanderebbe la discrezionalità (se non proprio l’arbitrio) del soggetto decidente (quello che sulla questione concreta avrebbe l’ “ultima parola”) – ad avviso di chi scrive merita, per non scivolare nel semplice “luogo comune”, d’essere meglio contestualizzata (e almeno in parte relativizzata).

È vero infatti che alcuni *topoi* della motivazione giudiziale, come ad esempio il richiamo ai precedenti e la relativa stabilizzazione da essi derivante anche in un ordinamento che non li qualifica come giuridicamente vincolanti¹⁷¹, parrebbero inapplicabili al caso delle clausole generali, giacché «mentre, se si discute di vaghezza comune, non si possono dare più soluzioni diverse a distanza di tempo di uno stesso caso dubbio senza 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»¹⁷².

Già si vedeva (*supra*, § 2.2.2.2.), tuttavia, che *se non altro con riferimento al singolo momento storico* in cui le norme inclusive di una clausola generale andranno applicate ci saranno sempre quantomeno *alcuni* “casi paradigmatici” anche per quel che riguarda (i

te confortato dalla storia e da valori metagiuridici. È un limite che vale (per chi dice che vale) per quel che vale».

¹⁷¹ Il richiamo nella motivazione ai precedenti, peraltro, se può talora contribuire al livello di standardizzazione della valutazione, oltre a non essere obbligatorio non è neppure, di per sé, idoneo a garantire la correttezza del procedimento argomentativo neppure in generale: l’autorevolezza della motivazione «costituita dal ruolo rivestito (grado e funzioni del giudice, stimabilità del “dottore”) è un mezzo utile, ma, *il va de soi*, non sempre affidabile; l’autorevolezza dei precedenti o dei *dicta* richiamati, è un mezzo utile, ma non sempre affidabile; i precedenti possono richiamare massime inaffidabili, possono riguardare fattispecie differenti, possono non costituire precedente». Così G. ALPA, *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, cit., p. 26.

¹⁷² Così C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 304.

criteri rinvenibili all'interno degli standard richiamati dalle clausole generali.

Non si vuol peraltro con questo suggerire che, per tali casi paradigmatici, il giudice andrebbe esente dall'onere di un'esauriente motivazione poiché la soluzione di dette ipotesi sarebbe *evidente*. Argomento che potrà verosimilmente bastare al comune consociato per qualificare il dato comportamento come conforme al (o difforme dal) criterio di giudizio richiamato (tramite lo standard) dalla clausola generale e regolarsi di conseguenza, ma che certo non potrà ritenersi sufficiente per fondare una decisione potenzialmente coattiva di un organo pubblico.

Certo è, tuttavia, che nei casi paradigmatici anche un'argomentazione giudiziale rigorosa circa la conformità o la difformità rispetto al criterio di giudizio risulterà facilitata, se non altro per il fatto che molti (se non addirittura tutti) i criteri di giudizio finiranno per qualificare il medesimo comportamento nello stesso senso. In questa chiave, allora, «l'esistenza o il ricorso, il riferimento, la costruzione di figure sintomatiche, diventa non tanto l'indicazione degli unici modelli accettabili, quanto un controllo dell'argomentazione del giudice per vedere se rientra nelle figure sintomatiche o se lo scostamento dalle figure sintomatiche è argomentato sufficientemente»¹⁷³.

Su tale base, inoltre, anche nel caso delle clausole generali varranno tutti i principi giuridici e metodologici propri dell'interpretazione giuridica per quel che attiene l'individuazione del significato del termine valutativo, a partire da quelli dettati dalle norme in tema di interpretazione (o comunque rilevanti per la stessa), e non v'è ragione per non credere che ogni passaggio della procedura sinteticamente rubricata come “integrazione valutativa” andrà, dal canto suo, autonomamente ed esaurientemente motivato.

Segnatamente a questo proposito, per lo meno con riferimento alle clausole generali contenute nel diritto sub-costituzionale, sembrerebbe fra l'altro rilevare il rispetto di tutta una serie di limiti che la regola (il criterio valutativo) desunto dallo standard cui la clau-

¹⁷³ S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, cit., p. 50.

sola generale farebbe rinvio dovrebbe rispettare per risultare ammissibile¹⁷⁴.

In particolare, sulla falsariga del meccanismo previsto per le norme di diritto straniero richiamate (con rinvio c.d. mobile) dai criteri di collegamento del diritto internazionale privato, le clausole generali "comuni" – quali «strumenti deputati alla ricezione di valori (intesi in questo caso non necessariamente come valori morali) che si collocano all'esterno dell'ordinamento giuridico»¹⁷⁵ – non potrebbero immettere regole contrastanti coi principi della Costituzione¹⁷⁶ e anzi dovrebbero sempre muoversi in coerenza col (pur vasto) perimetro dei valori costituzionali¹⁷⁷.

Non è questa la sede per tracciare credibili bilanci rispetto al concreto esercizio d'un efficace controllo in sede d'impugnazione (di merito o di legittimità)¹⁷⁸, ma certo, almeno dal punto di vista

¹⁷⁴ Per una più completa, seppur sintetica, elencazione vedi E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, cit., pp. 225-227, dove fra gli altri si menzionano anche i principi generali dell'ordinamento, la "natura del fatto" e la "ragionevolezza".

¹⁷⁵ Così L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 375.

¹⁷⁶ Questo rapporto fra clausole generali di diritto comune e principi costituzionali, che varrebbe fra l'altro a distinguere le prime dai secondi, è ben riassunto da S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 260 s.: «principi, direttive, standards, norme generali, ma non queste soltanto. Ma qual è la ragion d'essere, e il criterio distintivo, di tutte queste nozioni? Difficoltà particolari non dovrebbero sorgere quando si parla di principi, se con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte. In questo senso, le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quelli di solidarietà e di eguaglianza, la clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in essi contenute. I principi, allora, possono essere intesi anche come un limite all'andamento elastico del sistema o, meglio, come la condizione concreta della sua elasticità. Si tratta, in sostanza, di una elasticità "orientata", per la caratteristica di norma di scopo che i principi ordinariamente assumono».

¹⁷⁷ Fermo restando che in «una Costituzione che positivizza direttive etiche ad ampio spettro semantico (solidarietà, dignità umana, uguaglianza ecc.) è perfino difficile immaginare quali valori possano collocarsi al di fuori del sistema stesso». Così L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, cit., p. 375.

¹⁷⁸ Allo studio analitico della giurisprudenza della Corte di Cassazione rispetto all'uso delle clausole generali da parte dei giudici di primo e di secondo grado sono specificamente dedicati gli studi di F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*

concettuale, parrebbero sussistere elementi idonei a valutare la correttezza del procedimento decisionale tanto in positivo, quanto in negativo.

Premessa che non basterà di sicuro a implementare anche per le clausole generali una *one right answer thesis*, se è vero che la pluralità di parametri di giudizio parrebbe addirittura appartenere alla definizione (più credibile) della categoria, ma quanto meno parrebbe consentire una ragionevole distinzione fra le clausole generali e alcuni concetti “limitrofi” cui esse hanno spesso finito per essere accostate in letteratura e ai quali sarà ora dedicata qualche rapida osservazione.

2.3.6. *Appendice: i concetti limitrofi (equità e discrezionalità)*

È tradizionale la distinzione o l'accostamento fra (norme inclusive di una o più) clausole generali e altri tipi di norme (o di parti di norme) o di categorie di giudizio dai tratti più o meno marcatamente simili: concetti valutativi, altre formule altamente indeterminate, discrezionalità, giudizio di equità e così avanti.

Spesso accomunate soltanto dal presunto «allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge»¹⁷⁹, secondo la nota formula di Engisch, queste ulteriori figure giuridiche sono a loro volta spesso vaghe e oscillanti in letteratura quanto ai loro requisiti costitutivi, che certo non rientra tra le ambizioni del presente studio d'indagare nei rispettivi dettagli.

Qui ci si limiterà pertanto – giovandoci delle considerazioni già svolte, relative tanto alla struttura delle clausole generali, quanto al procedimento di concretizzazione che le caratterizza – a evidenziarne alcuni dei tratti maggiormente consolidati, nella presupposizione che essi bastino per tracciare una linea di demarcazione sufficientemente chiara e non meramente quantitativa rispetto alle clausole generali.

civile sull'uso delle clausole generali, cit., e di E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, cit.

¹⁷⁹ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 170.

Tutto ciò con un *caveat* preliminare. La condizione necessaria e sufficiente per effettuare questo tentativo con qualche speranza di riuscita sarà infatti quella di rinunciare al consueto approccio d'analisi che, da ultimo, finisce per ricondurre tutto (o quasi) al grado di "discrezionalità", qui intesa in senso amplissimo, del giudice (o del funzionario della pubblica amministrazione). Rimarranno quindi fatalmente delusi coloro che, sulla scorta dell'approccio tradizionale alla tematica, sperassero di ricevere dalle osservazioni seguenti una sorta di "classifica", più o meno precisa, del grado di "libertà ermeneutica" espresso dai vari concetti in questione in rapporto (a quello riconducibile) alle clausole generali.

Tale prospettiva, del resto, se affrontata in astratto come usualmente s'è cercato di fare, ragionando per categorie (clausole generali *vs.* concetti di discrezionalità, clausole generali *vs.* equità e via enumerando) e non per le singole (parti di) disposizioni o norme cui corrispondono i relativi concetti, sembrerebbe in sé poco feconda per l'inevitabile effetto di "appiattimento" implicito in ogni generalizzazione effettuata su questioni (come quella della "libertà interpretativa" o della "discrezionalità") essenzialmente "di grado".

In altre parole, ci potranno essere singole (parti di) norme rubricabili come 'clausole generali' la cui concretizzazione implicherà, se effettuata da un giudice, l'esercizio d'un maggiore o minore apprezzamento discrezionale rispetto a quello implicato ad esempio da altre singole (parti di norme) rubricabili come 'concetti di discrezionalità', ma tale conclusione deriverà necessariamente dall'analisi delle disposizioni *nella loro specificità* e non in sé dal predicato di 'clausola generale' o di 'concetto di discrezionalità' attribuibile all'una o all'altra (parte di) norma.

Ergo, da una parte non v'è alcuna *necessità* in senso stretto che una clausola generale schiuda agli interpreti degli spazi di manovra *più* ampi di altre singole "formule indeterminate"¹⁸⁰ e dall'altra

¹⁸⁰ Sul punto vedi G. ALPA, *Le formule aperte*, cit., p. 104 s.: «secondo le mode fino ad oggi invalse in materia di interpretazione della legge, considerata nei suoi aspetti analitici e nei suoi aspetti pratici, i giuristi si sono rivolti soprattutto allo studio delle clausole generali, che sono di per sé strumenti sufficientemente ampi e dai confini incerti, che consentono di apprezzare, caso per caso, alla stregua dei valori

neppure è scontato che in relazione allo specifico caso (e allo specifico tempo dell'applicazione) il margine di manovra concesso dalla singola clausola generale sia *in sé e per sé* elevato: «secondo alcuni autori, i concetti vaghi socialmente tipici vengono utilizzati dal legislatore principalmente allo scopo di conferire ai giudici una maggiore latitudine di apprezzamento discrezionale. Questa tesi è assai suggestiva in quanto, in via di fatto, grazie a queste nozioni, si verifica frequentemente un ampliamento del margine di scelta lasciato ai giudici. Tuttavia contro di essa si può obiettare che: a) la vaghezza socialmente tipica non è *necessariamente* una vaghezza di grado molto elevato; b) i concetti vaghi socialmente tipici non comportano una pura e semplice valutazione personale del giudice, ma rinviano a una *regola* del costume»¹⁸¹.

Proprio il rinvio, effettuato tramite le clausole generali, a una regola (= il criterio da rinvenire all'interno dello standard) il cui contenuto non è determinato dal singolo interprete, bensì al più da esso selezionata da una pluralità pre-determinata (come nel caso, tipico, della pluralità di criteri di giudizio dal differente contenuto reperibili all'interno dello standard), consente di distinguere il meccanismo che presiede all'applicazione delle clausole generali da quello tipico del giudizio di equità.

Quest'ultimo infatti parrebbe per definizione esaurirsi in un'unica irripetibile applicazione d'un criterio di “giustizia” creato

che esse oggettivamente riflettono, e delle idee soggettivamente ritenute dall'interprete, i fatti della causa, e quindi di modellare la decisione con elasticità e avvedutezza. Esse consentono, come ci illustrano i giuristi tedeschi e austriaci, di “creare la regola del caso”. Correntemente, i confini dell'interpretazione si ritengono segnati, quanto al limite massimo concesso alla libertà dell'interprete, proprio dalle clausole generali (del tutto diverse essendo le regole e la pratica dei giudizi di equità in senso stretto). Ma accanto ad esse, meno studiate, e quindi meno controllate, sono formule, quali appunto, a titolo di esempio, la natura del contratto, dell'oggetto, dell'affare, oppure le circostanze del caso; esse consentono al giudice una non minore libertà; anzi, in questo caso, la libertà potrebbe essere anche maggiore, perché meno controllata sul piano scientifico. Mentre le clausole generali sono pur sempre riferite ai valori in quel momento accreditati dalla collettività, o quanto meno dalla comunità degli interpreti, le “circostanze” sono apparentemente tecniche e neutre, non sono riferite a valori, e quindi lasciano l'interprete arbitro della situazione».

¹⁸¹ Così C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 337 s.

dal giudice in senso forte e indissolubilmente legato alle caratteristiche del singolo caso, laddove nell'ipotesi delle clausole generali le regole richiamate, seppur capaci di mutare di contenuto nel corso del tempo, in costanza di contenuto sarebbero pur sempre regole astratte, suscettibili d'una molteplicità d'istanze applicative¹⁸².

È poi ricorrente la contrapposizione fra natura “oggettiva” del parametro di giudizio richiamato dalle clausole generali e natura “personale” che caratterizzerebbe il *libero apprezzamento* concesso al giudice nel caso della *discrezionalità*, del giudice o della Pubblica Amministrazione, intesa in senso tecnico¹⁸³. I “concetti di discrezionalità” sarebbero infatti quei peculiari concetti indeterminati e per certi versi valutativi (espressi da formule come ‘nell’interesse pubblico’ o ‘discrezionalmente’) e che però non parrebbero legare la valutazione dell’interprete ad alcun parametro (per quanto indeterminato e non giuridico). Essi imporrebbero soltanto un genericissimo vincolo di scopo (come quello di perseguire nella valutazione l’interesse della P.A. o dell’amministrazione della giustizia).

Quella che potremmo definire la “classicità” di tale opposizione concettuale può essere bene esemplificata, una volta ancora, dalle posizioni di Karl Engisch e di Emilio Betti.

¹⁸² In argomento vedi ancora C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 335: «mentre l’equità, in quanto “giustizia del caso singolo”, è la rinuncia a servirsi di una regola generale, sociale o giuridica, che valga anche per i casi futuri, i concetti vaghi socialmente tipici fanno riferimento a regole, sebbene non giuridiche»; nonché U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e diritto*, 2007, p. 459: «la clausola generale [...] è fraintesa ogni qual volta la si collochi nella sfera di una decisione integralmente tratta dalla provocazione del fatto singolare. Quel che la clausola generale presuppone è una diversa configurazione, e non una negazione, della positività del diritto».

¹⁸³ *Ex multis*, vedi ad esempio A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 540: «inesatto sarebbe identificare le clausole generali con disposizioni normative che attribuiscono ai giudici poteri di *libero apprezzamento* (“il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso”: art. 2056 c.c., ecc.). Le clausole generali coinvolgono sicuramente poteri di apprezzamento dei giudici ma l’uso di siffatti poteri è ricordato all’osservanza di principi, criteri, *standards*, aventi tendenzialmente natura *oggettiva* o quanto meno *convenzionale* (buona fede, correttezza, lealtà, buon costume, uso del traffico – *Verkehrssitte*) o che tale almeno aspirano ad avere».

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

Il secondo scriveva che «i caratteri che contraddistinguono l'interpretazione anche in funzione integrativa [che caratterizzerebbe le clausole generali, *n.d.a.*] e ne fanno risaltare l'antitesi con la discrezionalità, sono: l'univocità, che conduce a riconoscere esatta, almeno teoricamente, una sola soluzione (in quel dato momento storico e in quella data situazione di fatto); quindi la prevedibilità e la rigorosa controllabilità del risultato, assicurate, almeno in teoria, dal fatto che in essa sono escluse valutazioni di mera opportunità con la possibilità di usare due pesi e due misure (possibilità compatibile, invece, con la discrezionalità)»¹⁸⁵.

La questione della discrezionalità (*Ermessen*), col connesso margine valutativo (*Beurteilungsspielraum*) del soggetto applicatore, costituisce un noto caposaldo della riflessione amministrativistica (e processualistica) e se è vero che «appartiene ai più difficili e complessi della teoria del diritto»¹⁸⁶ qui non potrà certo essere trattato come meriterebbe, tantomeno per esteso¹⁸⁷. Ci si limiterà

¹⁸⁴ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 184 s.

¹⁸⁵ E. BETTI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 67 s. Sulla problematicità delle distinzioni operate in forza di tali paramentri vedi ora R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 205 ss.

¹⁸⁶ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p.177.

¹⁸⁷ Anche qui, così come nel caso delle clausole generali, il pensiero giuridico è fortemente debitore della riflessione effettuata in seno alla dottrine di lingua tedesca. Al suo interno, fondamentale sul tema sono ancor oggi i contributi di O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *JZ*, 1955, p. 97 ss. e di H. EHMKE, „*Ermessen*“ und „*unbestimmter Rechtsbegriff*“ im *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960; ma cfr. anche D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und ver-*

pertanto a qualche rilievo davvero essenziale e solo ai fini d'una comparazione/distinzione di piano con le clausole generali.

A tal proposito l'impostazione tradizionale – che parrebbe sollevare qualche perplessità anche sulla metafora relativa al carattere "personale" della discrezionalità amministrativa e giudiziale –, parrebbe claudicante in particolar modo con riferimento alla "oggettività" che contraddistinguerebbe i parametri richiamati dalla clausola generale.

È ben vero, infatti, come la regola che costituisce il criterio indirettamente richiamato (= selezionato all'interno della pluralità offerta dallo standard di riferimento) dalla clausola generale avrebbe una sua consistenza autonoma, esistendo dunque, come regola (solitamente) sociale, al di là del suo riconoscimento da parte del giudice o di qualunque altro interprete. Tuttavia, a ben vedere, questo rilievo relativo all'"ontologia" della regola (o comunque del criterio di qualificazione del comportamento umano) poco o nulla dice rispetto al dato "epistemologico" del suo intendimento da parte dell'interprete.

Che quest'ultimo risulti vincolato, nel suo giudizio, a un dato in sé oggettivo come il criterio di giudizio richiamato dalla clausola generale è un dato che può ben essere concesso, insomma¹⁸⁸. Non-

fassungsrechtlicher Sicht, in *AöR*, 1957, p. 163 ss. (part. p. 180 ss. sulla funzione di „costruzione del diritto“ derivante dalle concettualizzazioni giuridiche); H.-J. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht. Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung*, Frankfurt am Main, 1979; M. BULLINGER, *Ermessen der öffentlichen Verwaltung*, in *JZ*, 1984, p. 1001 ss.; U. HELD-DAAB, *Das freie Ermessen*, Berlin, 1996; W. KREBS, *Die juristische Methode im Verwaltungsrecht*, in E. SCHMIDT-ARMANN, W. HOFFMANN-RIEM (a cura di), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, p. 209 ss.

¹⁸⁸ Sempre seguendo E. BETTI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 60 s., nel caso delle clausole generali «l'apprezzamento che il giudice deve condurre, va fatto alla stregua di criteri extragiuridici riconosciuti dalla coscienza sociale, o anche alla stregua delle regole proprie di determinate discipline, arti o professioni, cui rinviano per esplicito o per implicito le norme da applicare (es. artt. 132-133 cod. pen. it.), senza che il rinvio importi (almeno di necessità) assunzione in proprio e recezione, così da trasformare il carattere, convertendole in regole e criteri giuridici. Ora esso non ha carattere di apprezzamento discrezionale in senso proprio, ma di apprezzamento che, in linea di principio, è vincolato, ancorché i criteri in questione (aventi sempre una propria oggettività che li sottrae all'arbitrio sogget-

dimeno, nell’ottica della minore o maggiore libertà interpretativa (o integrativa) a contare sarà soprattutto (se non esclusivamente) il dato della concreta *riconoscibilità* di tale criterio o parametro. Ed è proprio a quest’ultimo proposito che la dottrina tradizionale – la quale cerca di distinguere soltanto (o comunque essenzialmente) sulla base del grado di “libertà interpretativa” – tende a “gettare la spugna”, segnalando un ineliminabile dato di “soggettività” insito in quest’attività di accertamento¹⁸⁹. Se infatti la consistenza “oggettiva” del parametro ammetterebbe la possibilità *concettuale* di “scoprirlo”¹⁹⁰, purtroppo *concretamente* essa rimarrebbe una semplice virtualità, peraltro ampiamente smentita dalla pratica giuridica.

Se l’indicatore della libertà ermeneutica si rivela da ultimo poco fecondo per distinguere le due categorie di concetti, parrebbe allora conveniente riflettere sull’esistenza e sulla rintracciabilità d’un

tivo) possano essere di natura elastica e quindi non consentano un’applicazione assolutamente sicura e incontrovertibile».

¹⁸⁹ Cfr. ancora, emblematicamente, E. BETTI, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 63, ove si segnala come nel caso delle clausole generali (a differenza che in quello della delega di discrezionalità), non mancherebbe un parametro oggettivo al quale il giurista potrebbe (e dovrebbe) ancorare le proprie valutazioni, sebbene poi questo non riuscirebbe di per sé a eliminare le difficoltà dell’interprete sul piano della conoscenza, con l’ovvia conseguenza di frequenti oscillazioni nei giudizi concreti: «così il criterio dell’apprezzamento tecnico (specie in sede di giurisdizione ordinaria) come il criterio elastico di un apprezzamento interpretativo [...] hanno una propria oggettività che, essendo sottratta all’arbitrio, permette un controllo dell’applicazione che se ne faccia, e garantisce l’univocità di questa. Il che, peraltro, non esclude che l’apprezzamento concreto, in quanto giudizio assiologico (di valore), abbia per sé stesso carattere controvertibile, per la possibilità non mai evitabile, che il valore venga ravvisato sotto l’uno o l’altro profilo. Il diritto controverso (strittiges Recht) è anche qui un fenomeno inevitabile».

¹⁹⁰ Vedi E. BETTI, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 65: «certamente possono molto variare e divergere le vedute soggettive circa il senso da attribuire a un criterio extragiuridico che vive nella coscienza sociale e al quale la norma in discussione rinvia, ovvero circa la massima di esperienza da ricavare da una situazione di fatto o circa il valore convincente come mezzo di prova [...]. Ma, ad onta delle oscillazioni e dei contrasti della pratica, il giurista teorico riesce a vedere, al di là di oscillazioni e contrasti, una valutazione normativa univoca, che esige attuazione nel caso specifico, quantunque difficile da accertare e a precisare in relazione alle circostanze del caso. Per quanto elastico possa essere il criterio extragiuridico al quale la norma rinvia [...] l’idea della legge è che esista oggettivamente un criterio ben definito, e che il giudice-interprete non abbia se non a scoprirlo, senza poter sostituire a tale ricerca un mero apprezzamento discrezionale».

criterio di diversa natura su cui “ripiegare”. A tal proposito – sebbene la problematica parrebbe ancora tutta da indagare e qui ci si limiterà ad un’indicazione dichiaratamente preliminare e interlocutoria – non sembrerebbe impossibile individuare un criterio ragionevole di matrice prevalentemente formale, che coniughi da un lato (1) la collocazione di clausole generali e concetti di discrezionalità all’interno della struttura della norma e dall’altro lato, soprattutto (2), i soggetti destinatari dei relativi precetti.

Per quel che attiene al primo punto – la collocazione all’interno della struttura della norma (1) – mentre le clausole generali, come si vedeva, sarebbero sempre inserite all’interno della *fattispecie*, i concetti di discrezionalità sarebbero viceversa (quanto meno tendenzialmente) collocati nella *conseguenza* normativa. Il che parrebbe avere un suo specifico senso, se si considera che i concetti di discrezionalità hanno a che fare essenzialmente con la specificazione del *come*, stanti determinate premesse di fatto o di diritto (indicate appunto nella *fattispecie* della norma), l’ordinamento giuridico “reagirebbe” (in termini di “trattamento normativo”, dettato appunto nella *conseguenza* della stessa norma): “Se richiesta di trasferimento del funzionario (*fattispecie*), allora sua valutazione, e susseguente rigetto o accoglimento, *nell’interesse pubblico* (*conseguenza*)”; “Se erogazione della pena (*fattispecie*), allora sua quantificazione *discrezionale* da parte del giudice (*conseguenza*)”.

A tal riguardo è stato tuttavia opposto che talora il concetto di discrezionalità potrebbe comparire anche nella *fattispecie* della norma, la sua collocazione qualificandosi da ultimo come mera questione di tecnica legislativa¹⁹¹: “Per sopravvenuti *motivi di pubblico interesse* (*fattispecie*) il provvedimento amministrativo può essere revocato da parte dell’organo che lo ha emanato (*conseguenza*)”. Il rilievo, come attesta l’esempio ora riportato (*ex art. 21-quinquies l. 241/1990*, per stralci), non manca d’una sua immediata efficacia, eppure non parrebbe risolutivo. La *fattispecie*, infatti, parrebbe for-

¹⁹¹ Cfr. il dibattito fra studiosi di diritto amministrativo riportato in K. ENGEL, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pp. 188-190 e note corrispondenti.

ma logica della *norma*, non della *disposizione*¹⁹², e la formulazione dell’enunciato giuridico non sembrerebbe pertanto decisiva, giacché lo si potrà sempre ricomporre in modo da collocare il concetto discrezionale nella conseguenza: “Se provvedimento amministrativo (fattispecie), allora possibile revoca da parte dell’organo che lo ha emanato per sopravvenuti *motivi di pubblico interesse* (conseguenza)”.

Nondimeno, proprio la difficoltà che parrebbe contraddistinguere il riconoscimento immediato d’un concetto come appartenente alla fattispecie o alla conseguenza normativa suggerisce d’integrare questo criterio con quello (2) relativo ai soggetti destinatari delle norme che tali concetti di discrezionalità contengono.

Proprio qui sembrerebbe toccarsi il cuore del problema. Mentre le clausole generali, infatti, concorrerebbero a definire ciò che dovrebbe esser fatto (o non fatto) *dai consociati*, i concetti di discrezionalità parrebbero avere a che fare soltanto con ciò che dovrebbe essere valutato *dalla pubblica amministrazione* o *dal giudice* in vista dell’adozione di un atto (amministrativo o giudiziale).

In altre parole, mentre le clausole generali sono inserite in norme di cui destinatari sono, tendenzialmente, tutti i consociati e *solo in via indiretta* – in sede di controllo del comportamento dei primi – saranno concretizzate dal giudice, i concetti di discrezionalità implicano viceversa *in via diretta ed esclusiva*, da parte della pubblica amministrazione o del giudice, la concretizzazione di norme di cui essi (amministrazione e giudice) sono gli *unici* destinatari.

Rilievo, questo, che finisce infine per ripercuotersi pure sullo specifico *contenuto* dell’indeterminatezza, e dunque sul “tipo” di rinvio effettuato dai rispettivi concetti, clausole generali e concetti di discrezionalità, con la conseguenza che molto più (se non proprio esclusivamente) le prime dei secondi si richiameranno a standard morali o sociali, i quali con l’interesse pubblico parrebbero avere un legame, a tutto concedere, assai più attenuato.

¹⁹² Dalla quale, certo, è ricavata, ma con la quale non coincide. Sul punto vedi N. IRTI, (voce) *Rilevanza giuridica*, in *Nvss. dig. it.*, 1968, p. 1099 s.

2.4. I "soggetti" delle clausole generali: le clausole generali come norme di delegazione?

Le conclusioni raggiunte alla fine dell'ultimo paragrafo possono al tempo stesso fungere da introduzione per la problematica dei "soggetti" delle clausole generali, che ora si cercherà brevemente di affrontare. Se si è compreso quel che precede, del resto, il punto di partenza per questo genere di discorso parrebbe tutto sommato semplice e per una volta, almeno in prima battuta, facilmente comprensibile.

Tra le norme in cui ricorrano concetti altamente indeterminati e/o valutativi, da una parte vi sarebbero quelle contenenti concetti di discrezionalità, che vedono giudici e pubblica amministrazione come destinatari esclusivi dei relativi precetti; dall'altra quelle contenenti clausole generali, le quali viceversa come principali destinatari sembrerebbero avere – come appunto si diceva – la generalità dei consociati.

Che la prima tipologia di norme (quelle contenenti concetti di discrezionalità) si sia potuta in un certo senso intendere come una forma di "delega" o "mandato" ai relativi organi (amministrativi o giurisdizionali) per adottare delle decisioni sulla base del parametro ivi richiamato, sembrerebbe a suo modo abbastanza plausibile. *Al giudice* si chiede di determinare discrezionalmente, entro certi limiti e secondo alcuni parametri, l'entità della sanzione. *All'organo amministrativo* che ha adottato un atto si chiede di valutare, in un secondo momento rispetto a quello dell'adozione, se la revoca dello stesso corrisponda all'interesse pubblico. Cos'altro sarebbero queste "richieste" se non appunto deleghe o mandati?

Sebbene, ovviamente, anche il cittadino potrà avere interesse a conoscere il procedimento seguito per raggiungere la decisione da prendere tanto nell'uno quanto nell'altro caso (si pensi, ad esempio, al soggetto riconosciuto colpevole del reato ascrittogli o a quello che potrebbe trarre beneficio dalla revoca dell'atto amministrativo), qui non parrebbe dubbio che l'ordinamento affidi il compito di decidere al giudice o al funzionario della P.A. e solo ad essi. La metafora del "mandato" o della "delega", in questo caso, risulta pertanto relativamente innocua, almeno una volta che si sia preci-

sato come anche in questi casi non si tratti mai propriamente di un mandato “in bianco”¹⁹³.

Tutt’altro discorso parrebbe viceversa valere per la seconda tipologia di norme (quelle contenenti clausole generali), che come destinatari principali sembrerebbero viceversa avere, come si vedeva, non già i giudici (o la pubblica amministrazione), bensì la generalità dei consociati.

L’idea d’un “mandato” o d’una “delega” direttamente o addirittura esclusivamente *al giudice* per la concretizzazione della clausola generale secondo le procedure descritte in precedenza (*supra*, § 2.3.2. ss.), infatti, parrebbe in questo secondo caso decisamente più opinabile.

È abbastanza ovvio, infatti, che *anche* il giudice dovrà ripercorrere i passaggi logici dianzi descritti che consentano – a partire dal testo della disposizione, passando per lo standard e arrivando al singolo criterio di giudizio individuato all’interno di quest’ultimo – d’applicare la norma contenente una clausola generale al caso concreto sottoposto alla sua attenzione. Ed è altrettanto ovvio che, vista l’oggettiva difficoltà e considerata la necessità di scegliere fra più opzioni parimenti percorribili talvolta connesse a queste operazioni, talora potranno porsi dei problemi di giustificazione pubblica delle decisioni *lato sensu* interpretative assunte durante questa procedura.

Non parrebbe affatto ovvio, tuttavia, che in questi casi, e magari proprio per queste ragioni, sia ravvisabile un compito, affidato primariamente o addirittura in esclusiva al giudice, di “decidere” sul concreto contenuto delle clausole generali. Non più, se non altro, di quanto non accada per *qualsiasi* norma (che veda come destinatari i consociati) nel suo rapporto con la relativa disposizione.

In altre parole, insomma, non si comprende bene *in che senso* la disposizione che recita ‘sono vietati i comportamenti contrari a

¹⁹³ Affidare al giudice il compito di quantificare *discrezionalmente* la pena entro il minimo e il massimo edittale, infatti, non equivale a conferirgli il potere di decidere *a piacer suo*, così come chiedere all’organo di una P.A. di valutare se la revoca di un atto amministrativo corrisponda *al pubblico interesse* non coincide col conferirgli *sic et simpliciter* il potere di decidere sulla revoca.

buon costume' dovrebbe essere ritenuta espressiva d'una "delega" al giudice a costruire la fattispecie più di quanto non lo sarebbe la disposizione 'è vietato l'ingresso dei veicoli nei parchi pubblici'.

È ben vero che in entrambi i casi il giudice si ritroverà a risolvere delle controversie dovendo sciogliere in via autoritativa, in relazione al caso concreto sottopostogli, tanto l'indeterminatezza ("da rinvio") dell'espressione 'buon costume', quanto quella ("comune") del termine 'veicoli'. È altrettanto vero, tuttavia, che in entrambi i casi il consociato destinatario del precetto parrebbe nelle condizioni di valutare egli stesso *prima e indipendentemente* dell'intervento (peraltro solo eventuale) del giudice se il proprio comportamento sia o non sia contrario a buon costume nelle circostanze date, così come se egli stia o non stia entrando con un veicolo all'interno di un parco pubblico.

Né, dal canto suo, l'esistenza di "casi difficili" tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi parrebbe legittimare la presupposizione di una "delega a decidere" in capo all'organo giurisdicante da parte del legislatore, se non al prezzo di considerare – daccapo – aprioristicamente e, soprattutto, *genericamente* implicito un simile "mandato" per ogni possibile momento d'obiettiva incertezza nell'applicazione del diritto.

Eppure, l'immagine delle clausole generali come fonti di "delega" al giudice di creare più o meno liberamente la regola del caso non solo è frequente in letteratura, ma si può definire un'autentica costante.

A partire dal solito English, che – già lo si è ricordato – considerava le clausole generali come una tecnica legislativa volta a procurare «allentamento del vincolo dei tribunali e degli organi amministrativi alla legge»¹⁹⁴, idonea a «permettere loro quella libertà di decisione necessaria per venire a capo dei problemi presentati dai molteplici e imprevedibili casi della vita»¹⁹⁵, il pensiero d'una delega conferita dal legislatore agli organi dell'applicazione e in particolare al giudice ha preso progressivamente piede nella trattazione

¹⁹⁴ K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 170.

¹⁹⁵ K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 169.

delle clausole generali da parte della dottrina fino a diventarne una sorta di “chiodo fisso”.

Le clausole generali verrebbero così a rappresentare «una tecnica normativa mediante la quale viene *devoluto al giudice il compito di articolare la fattispecie* applicabile al caso concreto, un compito che in genere viene svolto dal Legislatore»¹⁹⁶.

Per altri, 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”*»¹⁹⁷.

Quanto poi al contenuto (e ai limiti) della delega, di solito quest’ultima viene più specificamente intesa come un mandato, rivolto al giudice, a ricercare fuori dall’ordinamento giuridico quei valori che gli consentirebbero di *completare* la fattispecie¹⁹⁸, di modo che la corrispettiva rinuncia a decidere direttamente da parte del legislatore viene intesa come soltanto *relativa*¹⁹⁹. Ma neppure manca

¹⁹⁶ L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, cit., p. 375 (corsivo mio).

¹⁹⁷ G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali*, cit., p. 438 (secondo e terzo corsivo mio); ma cfr. anche ID., *Clausole generali e ragionevolezza*, cit., p. 439, dove si precisa come, perché ricorra il fenomeno delle clausole generali, «non basta, invero, che gli elementi della fattispecie siano descritti con un più o meno notevole grado di indeterminatezza (linguistica). “Essenziale” è piuttosto che la norma presenti una “struttura aperta”, nel senso che non operi essa stessa la qualificazione giuridica del fatto, ma “deleghi” questo compito all’interprete».

¹⁹⁸ Vedi per quest’impostazione P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 2, dove con riferimento appunto alle clausole generali si parla di una delega «diversa dal mandato, che altre volte il giudice riceve, a ricavare concetti da esperienze poste fuori dal diritto, e tuttavia indispensabili per capire il significato di proposizioni normative. Se il giudice deve ricorrere a nozioni della fisica o della chimica o di altre branche del sapere, evidentemente lo si rinvia a un terreno estraneo all’ambito, strettamente inteso, del compito di tradurre la previsione astratta in un concreto giudizio, mediante (se vogliamo rifarci alla vecchia logica) quell’operazione sillogistica per cui norma e fatto concreto si pongono in termini di premessa e di conseguenza logica, in vista di una determinata conclusione. Nelle “clausole generali” opera diversamente la *delega a ricercare “valori” fuori dai rigidi confini dell’ordinamento positivo*» (corsivo mio).

¹⁹⁹ Cfr., ad esempio, A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzio-*

no posizioni più radicali secondo cui non solo le clausole generali implicherebbero un mandato al giudice, ma addirittura un mandato *incondizionato*: «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*»²⁰⁰.

L'idea della delega dal legislatore al giudice di poteri sostanzialmente "creativi" attraverso lo strumento delle clausole generali si riscontra con particolare evidenza, infine, anche nella riflessione sulle modalità, sui limiti e sui pericoli connessi alle relative operazioni. Che infatti si voglia difendere un margine di manovra ritenuto necessario al corretto svolgimento del compito affidatogli²⁰¹ o che – come più frequentemente accade – ci si preoccupi d'incanalare entro binari razionalmente accettabili il suo "mandato a decidere"²⁰², paventando i possibili rischi qualora il tentativo non avesse buon esito²⁰³, è sempre *il giudice* a essere al centro del proscenio.

nalità delle leggi, in *Pol. dir.*, 1988, p. 662: «il ricorso alle clausole generali nell'attività normativa si risolve in una (parziale) rinuncia a legiferare, e precisamente nella rinuncia a dettare regole minuziose e tassative e nella determinazione, invece, di una tavola di valori ad uso di coloro che dovranno applicare le norme così poste».

²⁰⁰ A. GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., p. 131 (corsivo mio).

²⁰¹ In questo senso cfr., ad esempio, G. ORRÚ, *Richterrecht*, Milano, 1983, p. 47, allorché si osserva come «l'indeterminatezza delle clausole generali è stata intesa dal legislatore quale *strumento che consenta al giudice di preservare l'adattabilità del diritto a sempre nuovi sviluppi*, per cui il tentativo di stabilire esaurientemente il loro contenuto, mediante il ricorso a definizioni e subdefinizioni, è basato su di un'interpretazione molto discutibile delle intenzioni del legislatore e della struttura logica di questi concetti assiologici. Seguendo un simile procedimento si finirebbe per attribuire alle clausole generali un contenuto a loro non proprio» (corsivo mio).

²⁰² Vedi per tutti M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., p. 314 s.: «il fatto che la legge attribuisca al giudice ampi poteri creativi non significa [...] che essi possano essere esercitati in modo arbitrario, e che il giudice sia svincolato dal dovere di giudicare secondo criteri ragionali e controllabili. In altri termini, l'esercizio del potere di integrazione valutativa della norma per mezzo degli *standards* deve essere razionale e giustificato: ciò significa che questo potere è esercitato in modo accettabile solo se il giudice dà una giustificazione razionale dell'impiego che ha fatto degli *standards* nel contesto della decisione».

²⁰³ Vedi, *ex multis*, J.P. DAWSON, *The General Clauses, Viewed from a Di-*

Nonostante la sua ampia diffusione, tuttavia, la «discutibile teoria che vede nella vaghezza socialmente tipica una volontaria delega al giudice da parte del legislatore di produrre discrezionalmente nuove norme»²⁰⁴ parrebbe affondare le proprie radici su un duplice fraintendimento (quanto meno parziale).

Da una parte, invero, essa parrebbe risentire della generale (a tratti quasi ossessiva) centralità di cui appunto il giudice gode nella attuale teoria dell'interpretazione giuridica²⁰⁵; dall'altra, invece, sembrerebbe vittima d'un equivoco in ordine allo statuto e agli effetti della specifica “indeterminatezza intenzionale” che, come abbiamo visto, viene spesso annoverata tra le caratteristiche proprie delle clausole generali.

2.4.1. *Giudici delle clausole generali e teoria dell'interpretazione*

In merito al primo profilo – vale a dire il rapporto “simbiotico” tra teorie dell'interpretazione e ruolo del giudice²⁰⁶ – il discorso sa-

stance, in *Rabels Zeitschrift*, 1977, p. 441 ss., dove si discorre del rischio di «avventurismo giudiziario» connesso alle clausole generali.

È questa la declinazione particolare del più generale problema del possibile «proliferare di norme con contenuti diversi, eterogenei e contraddittori, adeguati solo alle inclinazioni ideologiche del singolo giudice e al ristretto ambiente sociale nel quale egli vive» (così A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., p. 385 s.) su cui nello specifico, causticamente, anche U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., p. 462: «la possibilità che nella pressione ultima del giudizio vinca la tirannia di un valore di parte che il giudice, affrancato da preoccupazioni vincolanti di ruolo, tragga soltanto dalla sua ideologia, pur dissimulandola fra le righe di una motivazione professionale non del tutto sgrammaticata, è a tal punto scontata nella percezione diffusa che ormai rischia di mutarsi in una delle solite e ripetitive celebrazioni di quel che è già ovvio nel pensiero di tutti».

²⁰⁴ Così, testualmente, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 349.

²⁰⁵ Cfr., ad esempio, R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, p. 31: «si discute (da sempre) in letteratura quale sia lo statuto logico dell'interpretazione – o, per meglio dire, degli enunciati interpretativi – con riguardo, si noti bene, alla sola interpretazione giudiziale, ossia all'interpretazione decisoria»; nonché *ibidem*, nota 1, dove si osserva come «tutte le correnti teorie dell'interpretazione, circoscritte come sono alla sola interpretazione giudiziale, mostrano una grave forma di miopia».

²⁰⁶ Per questo rilievo cfr. anche M. TARUFFO, *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 943.

rebbe, nella sua interezza, inevitabilmente assai complesso²⁰⁷, per cui qui ci si limiterà soltanto ad alcuni rilievi essenziali. Che la *teoria dell'interpretazione giuridica* possa o addirittura debba limitarsi a registrare le sole ascrizioni di senso effettuate dai giudici può infatti rimanere in questa sede problema inevaso.

Basterà allora rilevare come, dal punto di vista di colui che s'occupi di clausole generali nella prospettiva del *diritto positivo*, se certamente la prospettiva della concretizzazione (e, se si vuole, della *Fortbildung*) giudiziale del diritto non potrà certamente essere sottovalutata – e non a caso proprio ad essa sarà dedicata una non irrilevante porzione del presente lavoro (*infra*, Cap. IV) –, non si vedono ragioni cogenti per negare che anche nel caso delle clausole generali il comune consociato non solo *possa*, ma prim'ancora *debba* avere la possibilità di comprendere il significato dei precetti di cui è destinatario in un momento cronologicamente e logicamente anteriore rispetto all'intervento (peraltro solo eventuale) degli organi giurisdicenti.

In questa chiave, a meno di non scivolare verso le posizioni "giusrealiste" di chi è portato a individuare in *qualsiasi* norma soltanto una direttiva per il giudice²⁰⁸ e magari proprio per questo di ritenere l'intero ordinamento giuridico *creato* in senso forte dal giudice, anche le norme contenenti clausole generali avranno nei cittadini, ai quali sono rivolte, i loro primi interpreti. E ciò per la banale ragione che saranno costoro a dover assumere primariamente comportamenti conformi alla 'buona fede', al 'buon costume', alla 'utilità sociale', al 'comune sentimento del pudore' e così avanti²⁰⁹.

²⁰⁷ Per riferimenti più puntuali cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 78 ss.

²⁰⁸ È, questa, la nota posizione di A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 33 ss.

²⁰⁹ Sul punto, ora come allora, cfr. V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 672: «l'interpretazione non si compie soltanto, com'è opinione volgare, dagli organi giurisdizionali o da questi e dagli organi amministrativi, ma si compie invece da tutti i *subditi legum*, nell'atto di apprendere la norma giuridica e di uniformare ad essa i propri comportamenti».

Il fatto che anche i comuni consociati non soltanto possano *in astratto* interpretare, ma che *concretamente* interpretino parrebbe la specifica ragione per cui il

Rilievo, questo, di carattere generale che *a maggior ragione* si giustifica se solo si considera che: 1) potrebbero sempre non esserci pronunce giudiziali in materia; 2) le pronunce giudiziali già esistenti potrebbero non essere adatte per risolvere il caso; ma soprattutto 3) quand’anche vi fossero dei precedenti, la soluzione di un caso in un momento storico per forza di cose antecedente al fatto in causa non riuscirebbe comunque (sempre) a garantire, vista la mutevolezza diacronica di contenuto dei parametri evocati dalle clausole generali, un’efficace guida per il comportamento.

La qual cosa, beninteso, pone certamente problemi non piccoli, giacché la presenza di clausole generali parrebbe richiedere al destinatario del precetto giuridico l’espletamento di operazioni nient’affatto semplici e “intuitive” almeno in molti dei casi non paradigmatici. La funzione prescrittiva dell’enunciato giuridico, infatti, che di solito costituisce un fattore fortemente disambiguante o comunque idoneo a circoscrivere le opzioni interpretative astrattamente ipotizzabili²¹⁰, nell’ipotesi delle clausole generali parrebbe offrire vantaggi limitati – e non per caso, ma solo poiché limitate (anche se non assenti) sono le problematiche *propriamente* interpretative (= di interpretazione del *documento* normativo) del procedimento di concretizzazione delle clausole generali.

linguaggio giuridico, invece di essere sviluppato come linguaggio tecnicizzato, “incorpora” in sé larghe parti di quello ordinario: «questa non è una circostanza meramente accidentale: neppure deve essere considerata come un difetto grave o come un’insufficienza rimediabile di quella tecnica di controllo sociale che chiamiamo diritto. L’uso efficace di questa tecnica esige che le regole giuridiche siano comprese dal maggior numero possibile di persone. La funzione sociale del diritto sarebbe seriamente compromessa se tali regole fossero formulate in modo tale da risultare comprensibili solo ad un piccolissimo numero di iniziati. Perciò è legittimo dire che le norme giuridiche non solo si avvalgono del linguaggio naturale, ma anche che, in un certo senso, non possono evitarlo». Così G.R. CARRIÒ, *Sull’interpretazione giuridica*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, cit., p. 127 s.

²¹⁰ Sul punto cfr. ancora A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., p. 251 ss., ma part. p. 256, dove esattamente si osserva come «quali atti con funzione prescrittiva gli enunciati legislativi richiedono la indagine sulla struttura del linguaggio usato, per stabilire se e in qual modo ne venga operata la specificazione, mediante la separazione dalle strutture del linguaggio “comune” o di altri linguaggi usati in funzione assertiva».

Niente di tutto ciò, tuttavia, parrebbe ancora legittimare la concezione delle norme inclusive di clausole generali come deleghe conferite dal legislatore al giudice, il quale ultimo peraltro, dal canto suo, neppure sembrerebbe tanto più "attrezzato" del comune cittadino per risolvere nel modo più corretto i difficili problemi posti dalla qualificazione dei concreti comportamenti alla luce dei parametri evocati dalle clausole generali²¹¹.

2.4.2. *Fraintendimenti "kelseniani"*

Né a diverse conclusioni parrebbe a ben vedere condurre neppure l'altro discorso prima accennato, relativo all'*indeterminatezza intenzionale* delle clausole generali.

Ciò che vorrebbe suggerirsi con questa espressione è da un lato la distinzione fra un'indeterminatezza non rientrante fra i progetti dell'emittente del messaggio legislativo, frutto dunque dell'inevitabile tasso d'imprecisione del linguaggio in rapporto alla molteplicità dei possibili casi della vita, e un'indeterminatezza viceversa oggetto d'una precisa scelta legislativa²¹²; dall'altro lato l'equiparazione fra la scelta (consapevole) d'adoptare un lessico indeterminato e la volontà di delegare le relative decisioni all'organo deputato all'applicazione, vale a dire, daccapo, al giudice.

Nessuno dei due passaggi, ad una più attenta analisi, risulta tuttavia persuasivo.

²¹¹ Come parrebbe indirettamente attestato anche dalla «riluttanza delle corti di legittimità, talvolta rilevabile, ad esercitare il loro potere di controllo», (riluttanza) che «deriva dalla non reperibilità di un chiaro criterio extralegale di giudizio, non ancora espresso dalla coscienza collettiva o da determinate cerchie sociali, e dalla conseguente rinuncia di un organo non politico ma tecnico, come quello giudiziario, ad imporre scelte di valore proprie». Così F. ROSELLI, *Dovere di conoscere la giurisprudenza*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, p. 277.

²¹² Vedi emblematicamente S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 266: «l'indeterminatezza al momento della produzione può essere involontaria, derivare dalla equivocità nella formulazione della norma o dalla inevitabile imprecisione dei concetti normativi dei quali, tuttavia, difficilmente può farsi a meno. Le clausole generali, invece, sono caratterizzate da una "indeterminatezza intenzionale", che le caratterizza e caratterizza il programma del legislatore».

Il primo passaggio non convince perché, pur nell'intento di differenziare dal punto di vista dell'emittente due specie d'indeterminatezza (quella involontaria propria delle norme comuni da quella volontaria propria delle clausole generali), finisce per suggerire che dal punto di vista strutturale non vi siano differenze apprezzabili. Sotto il profilo contenutistico si tratterebbe, infatti, sempre *della medesima forma di indeterminatezza*, mentre a cambiare sarebbe soltanto la “volontà degli effetti” da parte del legislatore.

Disgraziatamente, una simile prospettiva, che riecheggia in modo abbastanza palese vocabolario e archetipi concettuali kelseniani, finisce per livellare forme d'indeterminatezza fra loro assai diverse. È vero insomma che Kelsen distingue fra indeterminatezza non intenzionale²¹³ e indeterminatezza intenzionale, equiparando quest'ultima a una forma di delega²¹⁴, ma per Kelsen a essere inde-

²¹³ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 119: «l'indeterminatezza dell'atto giuridico può essere [...] la conseguenza non intenzionale della natura di quella norma che deve essere eseguita dall'atto in questione. Qui si presenta in prima linea l'ambiguità di una parola o di una serie di parole con cui si esprime la norma. Il senso letterale della norma non è chiaro; colui che deve eseguirla si trova dinanzi a molteplici possibili significati. La stessa situazione si presenta quando colui che eseguisce la norma crede di poter supporre che tra l'espressione letterale della norma e la volontà del legislatore esista una discrepanza per cui rimane in dubbio in qual modo questa volontà debba essere determinata. In ogni caso si deve ammettere la possibilità di ricercarlo in altre fonti oltre che nell'espressione letterale della norma stessa, in quanto si può ammettere che questa non corrisponda alla volontà del legislatore».

²¹⁴ Vedi sempre H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 118 s.: «ogni atto giuridico con cui una norma viene eseguita, sia esso un atto di produzione del diritto o un atto di pura esecuzione, è determinato da questa norma solo in parte e nell'altra parte rimane indeterminato. L'indeterminatezza si può riferire tanto al fatto condizionante, quanto alla conseguenza condizionata, cioè tanto al “come” quanto al “che cosa” dell'atto da realizzarsi. L'indeterminatezza può essere addirittura intenzionale, cioè essere nell'intenzione dell'organo che pone la norma più elevata. Così la posizione di una norma puramente generale, conformemente alla sua esistenza, ha luogo in base al presupposto che la norma individuale che si emana per la sua esecuzione continui il processo di determinazione che costituisce il senso della successione graduale delle norme giuridiche. Analogamente avviene nel caso della delegazione. Una legge sanitaria stabilisce che, nel caso che scoppi un'epidemia, gli abitanti di una città, sotto minaccia di pena, devono prendere certi provvedimenti per impedire l'estendersi della malattia. L'autorità amministrativa è autorizzata a stabilire questi provvedimenti che devono essere diversi secondo le diverse malattie. La legge penale, per il caso di un de-

terminato è sempre e solo l'*ordinamento*, e più esattamente ogni sua singola norma, per l'impossibilità *teorico-giuridica* di qualsiasi norma – all'interno dello *Stufenbau* che dalla Costituzione arriva fino alla sentenza (al contratto o all'atto amministrativo) – di pre-determinare ogni aspetto della norma di grado inferiore.

Nel caso delle clausole generali, tuttavia, s'è avuto modo di evidenziare come la specifica indeterminatezza di cui esse risulterebbero portatrici parrebbe dipendere da precise ragioni *semantiche*, legate dunque a caratteristiche del *significato* dei *termini* che le esprimono, e non a modelli teorico-generalisti come quello kelseniano dove l'indeterminatezza, quale che ne sia la fonte, corrisponderebbe semplicemente alla possibilità d' eseguire *discrezionalmente*, in più modi egualmente leciti, la norma di grado superiore.

Il che ci porta rapidamente anche alla non compiuta persuasività del secondo passaggio sopra ricordato, che prospettava l'equiparazione fra la scelta (consapevole) d'un lessico indeterminato e la presunta "delega" della decisione in merito al giudice.

Ancora una volta nessun problema, qualora l'affermazione s'inserisca "filologicamente" nel sistema di Hans Kelsen, per il quale, a dire il vero, ciascuna sentenza potrebbe essere considerata almeno in parte come l'esercizio d'un potere decisionale "delegato" anche per quel che riguarda il contenuto, poiché per l'autore della *Reine Rechtslehre* nessuna norma generale sarebbe in grado di essere "meramente" eseguita²¹⁵.

terminato delitto, prevede una pena pecuniaria o personale e lascia al giudice la libertà di decidere, nel caso concreto, per l'una o per l'altra e di determinarne la misura».

²¹⁵ Vedi infatti ancora H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1974, p. 148 s.: «la sentenza del tribunale non può mai venir determinata da una preesistente norma generale di diritto sostanziale in tal misura, che questa norma generale che il tribunale applica sia, per così dire, soltanto riprodotta dalla norma individuale della sentenza stessa. Per minuta che si sforzi di essere la norma generale, la norma individuale creata dalla sentenza aggiungerà sempre qualcosa di nuovo. Si supponga una disposizione penale la quale stabilisca: "se qualcuno ruba una cosa di valore superiore a mille, sarà imprigionato per due anni". Un tribunale che applichi tale legge ad un caso concreto avrà da decidere, ad esempio, quando dovrà avere inizio la detenzione e dove essa dovrà avere luogo. L'individualizzazione di una norma generale da parte di una sentenza è sempre

Le difficoltà viceversa cominciano, e parrebbero di fatto insuperabili, quando da questa assunzione generale – e tutto sommato pure innocua²¹⁶ – si vogliano trarre conseguenze assai più specifiche per il caso delle clausole generali, dando a intendere che esse, in quanto fonte d’indeterminatezza intenzionale, vorrebbero significare una delega sostanzialmente “in bianco” al giudice.

La qual cosa non è implicita neppure nel pensiero di Kelsen – il quale infatti parla solo dell’inevitabilità di *un certo grado* d’indeterminatezza insito in ciascuna norma, senza tuttavia specificare il *quantum* (ovviamente variabile a seconda della singola norma)²¹⁷ –, e tantomeno parrebbe giustificarsi con specifico riferimento alle clausole generali. Assumere, infatti, come le disposizioni ‘sono vietati i comportamenti contrari a buon costume’ e ‘sono vietati i comportamenti ritenuti scorretti dal giudice’ esprimano norme (in un certo grado) *indeterminate* parrebbe del tutto ragio-

una determinazione di elementi che non sono ancora determinati dalla norma generale e che non possono essere completamente determinati dalla medesima».

²¹⁶ Invero, assumere – come sembra fare Hans Kelsen nella citazione riportata alla nota precedente – che una norma generale non potrà predeterminare *integralmente* ogni singolo contenuto della sentenza su di essa basata non significa certo pretendere che il condizionamento della norma generale per il giudice sia nullo, e neppure che sia di grado scarso, così come non implica in nessun modo che il giudice debba necessariamente concorrere in modo rilevante alla determinazione della fattispecie: questo è ovviamente possibile, ma nient’affatto implicito nelle premesse e, piuttosto, da valutare caso per caso (*i.e.*, norma per norma).

²¹⁷ Cfr. H. KELSEN, *Sulla teoria dell’interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, cit., p. 109, dove si precisa che la determinazione del contenuto da parte della norma superiore «non è mai completa. La norma di grado superiore non può vincolare sotto tutti gli aspetti l’atto che le darà esecuzione. Resta sempre un margine, maggiore o minore, di libera discrezionalità, cosicché la norma di grado superiore è sempre, rispetto all’atto che ne costituisce applicazione (sia esso un atto produttivo di norme o un atto di mera esecuzione), una sorta di cornice che questo atto deve riempire. Persino un ordine dettagliato deve consentire a chi lo esegue una serie di determinazioni. Se l’organo A ordina all’organo B di arrestare il cittadino C, tocca all’organo B stabilire discrezionalmente quando, dove, e come eseguire l’ordine di arresto: esso deve prendere delle decisioni che dipendono da circostanze esterne, che l’organo ordinante non ha previsto e in gran parte non poteva prevedere. Dunque ogni atto giuridico che applichi una data norma – sia esso un atto produttivo di norme o un atto di mera esecuzione – in parte è determinato da quella stessa norma, e in parte resta indeterminato».

nevole; ritenere che esprimano norme *equivalenti*, in particolare nell'effetto di "delega" al giudice, parrebbe viceversa decisamente controintuitivo²¹⁸.

Per ricorrere una volta ancora, conclusivamente, alle parole di Claudio Luzzati, «l'indeterminatezza-discrezionalità intenzionale di Kelsen, in definitiva, non è la vaghezza socialmente tipica. Da un lato, infatti, l'"indeterminatezza" (intenzionale o meno) di Kelsen non descrive un fenomeno linguistico, ma giuridico. Dall'altro lato, poi, di solito, le nozioni vaghe socialmente tipiche *non* delegano *esplicitamente* il potere di valutare la situazione nel modo più opportuno»²¹⁹.

2.4.3. Le clausole generali in una dimensione "plurisoggettiva"

È a fronte di questi rilievi, dunque, che sembrerebbe di dover concludere come le norme contenenti clausole generali non vedano – o quanto meno non vedano più di qualsiasi altra norma rivolta alla generalità dei consociati – come destinatari privilegiati o addirittura esclusivi i soli giudici, né a questi ultimi rivolgano particolari deleghe o poteri d'autonomo apprezzamento²²⁰. Tali visioni che

²¹⁸ Se non partendo da costruzioni teorico-generalistiche sostanzialmente antitetici a quella kelseniana, come ad esempio quella, a dire il vero non esattamente cristallina, di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983, p. 58, dove s'osserva come «già da tempo stato riconosciuto dalla teoria che ogni caratteristica concettuale solo "di fatto" di una fattispecie normativa, va intesa in senso valutante, cioè appunto "normativo". La differenza tra concetti giuridici normativi genuini e concetti intesi originariamente come descrittivi, non è più dimostrabile dal punto di vista funzionale quando un concetto di quest'ultimo tipo è incorporato, come criterio di rilevanza, in una fattispecie normativa. Partendo da ciò, le particolarità dei concetti giuridici indeterminati [...] e le autorizzazioni del tipo delle clausole generali, rappresentano soltanto una forma-limite del compito generale del giudice di realizzare egli stesso la fattispecie, abbracciando con lo sguardo la regolamentazione, conforme alla norma, con l'aiuto di parametri del comportamento sociale non dogmatizzati e riconosciuti conformi alla realtà». Per una critica serrata dei fondamenti razionali di tale teoria del diritto riconducibile alle c.d. "ermeneutica giuridica" cfr. ora A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 280 ss.

²¹⁹ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 350.

²²⁰ Così invece, apparentemente, S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*,

vedrebbero nelle clausole generali una sorta di conferimento di potere (o di competenza) al giudice da parte del legislatore non parrebbero infatti andare esenti da rilevanti opacità concettuali e tantomeno sembrerebbero suffragate da un’analisi fenomenologica rigorosa.

Questo non significa, si torna a precisare, che il giudice non rivesta istituzionalmente un ruolo di primaria importanza *anche* per la concretizzazione delle norme in cui ricorrano clausole generali. Non è a dire, anzi, come la necessaria *pubblicità* delle sue argomentazioni – a fronte delle decisioni applicative per lo più *implicite* effettuate dai comuni consociati, i quali possono agire in modo conforme (o difforme) al supposto contenuto delle clausole generali, ma senza essere tenuti ad argomentarlo espressamente –, ne facciano *analiticamente* una figura chiave per le ricerche giuridiche sulla relativa problematica²²¹.

Concettualmente, però, sembrerebbe restare fermo che «i destinatari della norma ed il giudice sono vincolati all’osservanza di regole giuridiche composite, ma *precostituite al loro intervento*»²²². I “soggetti” delle clausole generali, in altre parole, non si limiteranno ai giudici, includendo bensì *tutti i consociati interessati al contenuto del relativo precetto*.

Fermo restando ovviamente che a seconda dei casi potrà variare il soggetto cui, dal punto di vista *giuridico* o *istituzionale*, spetterà l’“ultima parola” sulla eventuale vicenda (non sempre e neces-

cit., p. 261 s.: «la fattispecie aperta, invece, ricorre quando si opera un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell’ambiente nel quale la decisione è destinata a produrre effetti. Qui non è tanto l’indeterminatezza del concetto ad assumere rilevanza: è la sospensione del giudizio da parte del legislatore, la sua remissione ad una competenza diversa».

²²¹ Così che sarà scontato, per il giurista che si occupi di clausole generali, guardare anzitutto alla giurisprudenza sviluppatasi sulle norme che tali clausole generali contengano, non foss’altro perché questa giurisprudenza sarà tenuta, a differenza degli altri possibili interessati (comuni consociati e, per le clausole costituzionali, lo stesso legislatore), a manifestare espressamente le proprie ragioni.

²²² Così, puntualmente, A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 412 (corsivo mio).

sariamente giudiziaria, peraltro), quanto meno sotto il profilo *metodologico* il giudice (ordinario, amministrativo o costituzionale), l'amministratore, l'avvocato, il comune consociato e pure, nel caso delle clausole generali costituzionali, lo stesso legislatore sembrerebbero dunque chiamati "alla pari" alla ricostruzione del contenuto delle clausole generali.

Osservazione, questa, che parrebbe riportare una volta di più al centro dell'attenzione l'importanza d'un modello "oggettivo" di procedimento idoneo a definire il concreto significato della singola clausola generale in un dato istante di tempo e la cui validità non parrebbe variare a seconda del (o *a fortiori* dipendere dal) soggetto che di volta in volta effettui le relative operazioni.

2.5. Bilancio e critica

Le clausole generali non soltanto sono state variabilmente *descritte* dalla dottrina nei loro presunti elementi costitutivi e nelle loro caratteristiche funzionali, ma sono state anche oggetto, nel corso del tempo, di *valutazioni* assai differenti circa il ruolo giocato all'interno dell'ordinamento giuridico e della società sulla quale esse incidono.

Se insomma, almeno fra coloro che le studiano, può dirsi generalmente condivisa l'opinione secondo cui «nel mondo moderno non è pensabile venir a capo dei problemi del diritto senza le clausole generali»²²³, non per questo il giudizio sull'operato delle clausole generali è risultato (e risulta) necessariamente univoco²²⁴.

²²³ B. RÜTHERS, *Die Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968, p. 266.

L'affermazione è un autentico *topos* all'interno della letteratura tedesca. Cfr. infatti anche H. HERRMANN, *Eingedämmte Generalklauseln*, in *JZ*, 1955, p. 183 s.; H. PETERS, (voce) *Generalklausel*, in GÖRRES-GESELLSCHAFT (a cura di), *Staatsexikon*, III, Freiburg, 1959, p. 740; H. RÖGSEN, *Die Handhabung gesetzlicher Generalklauseln in der Revisioninstanz*, in *DöV*, 1966, p. 529; F. WERNER, *Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht*, in K.A. BETTERMANN, C.H. ULE (a cura di), *Recht und Gericht in unserer Zeit*, Köln *et al.*, 1971, p. 196; J. BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht*, Berlin, 1971, p. 133, nonché, in tempi a noi più vicini (2008), ancora H. WIBMANN, *Generalklauseln*, cit., p. 1 ss.

La panoramica sulle clausole generali di diritto comune non sarebbe pertanto completa se non si offrisse quanto meno uno “scorcio” sugli atteggiamenti valutativi della dottrina rispetto al fenomeno che qui ci occupa.

La discussione in merito al giudizio da formulare circa lo strumento delle clausole generali ha naturalmente, a sua volta, risentito delle evoluzioni manifestatesi nel corso del tempo in seno alla cultura giuridica, sia in termini di *teoria*, sia in termini di *politica* del diritto, e tuttora è influenzata dalle concorrenti impostazioni riscontrabili tanto nell’uno quanto nell’altro campo.

2.5.1. *Clausole generali e positivismo fra problemi e pseudo-problemi*

Come già s’accennava, dal punto di vista storico le clausole generali furono inizialmente guardate con sospetto, in particolare dalle sponde positivistiche. Tracciare una distinzione fra sostenitori e oppositori delle clausole generali fossilizzandola sulla semplice contrapposizione positivismo giuridico *vs.* antipositivismo, tuttavia, costituirebbe oggi una prospettiva non soltanto assai ristretta, ma pure decisamente superata.

È infatti lo stesso giuspositivismo a essersi aggiornato, abbandonando (o comunque “temperando”)²²⁵ buona parte dei suoi anti-

Nella dottrina italiana vedi, oltre a quanti saranno citati in séguito fra testo e note, soprattutto U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., p. 450, là dove osserva come «non si può più fingere di non vedere che le clausole generali sono al centro sia del diritto internazionale sia del diritto europeo, con palesi ripercussioni, specialmente nel secondo caso, sugli ordinamenti nazionali e sulle interne articolazioni del settore».

²²⁴ Non a caso, l’illustre A. citato per primo alla nota precedente dedica il suo celebre studio ai mutamenti intervenuti sul sistema giuridico tedesco a livello di concezioni interpretative nel tragico periodo dell’esperienza nazionalsocialista. Per un’approfondita analisi dell’applicazione giurisprudenziale delle clausole generali durante il terzo Reich cfr. B. RÜTHERS, *Die Unbegrenzte Auslegung*, cit., pp. 216-270, nonché più recentemente F. BÖRNER, *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1989.

²²⁵ Per la nozione di positivismo “temperato” (e per una prima elencazione delle tesi giuspositivistiche classiche che viceversa si vorrebbero non più attuali)

chi presupposti, a partire dal sin troppo romanzato mito della "fiducia illuministica" «nella possibilità di ottenere mediante una formulazione precisa delle norme, chiarezza e certezza piena per il diritto e soprattutto di garantire l'assoluta univocità di tutte le decisioni e degli atti giudiziari ed amministrativi»²²⁶.

L'antico elemento di "rottura" in ipotesi introdotto dalle clausole generali in un orizzonte teorico e (soprattutto) ideologico "iperformalistico" dove giudici e funzionari avrebbero ancora potuto essere intesi come "automi da sussunzione"²²⁷ era così naturalmente destinato ad attenuarsi in corrispondenza col tramonto per "impossibilità sopravvenuta" dei relativi scenari.

Non solo. All'interno degli stessi ambienti positivisticci parrebbe oggi convenirsi non esclusivamente sull'*inevitabilità*, ma anche sull'*opportunità* d'un certo margine d'indeterminatezza e imprecisione della legge, onde consentirne un più facile adeguamento ai nuovi casi della vita²²⁸. Se come pure è stato detto, allora, «il di-

vedi A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 35 ss., part. p. 38 s., su cui ora M. DOGLIANI, *Il doppio 'temperamento' del giuspositivismo nell'opera di Alessandro Pace*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 723 ss.

²²⁶ K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 168.

Sulla sfumatura "caricaturale" (e per certi versi decisamente mistificatoria) implicita in questa diffusa descrizione del giuspositivismo, nonché sul fraintendimento delle stesse basi teoriche giuspositivistiche in essa contenuto, vedi ora H. DREIER, *Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden*, in C. JABLONER *et al.* (a cura di), *Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Wien, 2011, p. 61 ss., ma part. p. 81 ss.

²²⁷ Ma sulla difficile sostenibilità fin già nell'Ottocento di questa persistente metafora cfr. dal punto di vista storico R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1986; nonché F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, cit., p. 19 ss. per una prospettiva sul versante italiano (con particolare riguardo all'attività della Cassazione, ma con ampi riferimenti giusprocessualistici generali e alla relativa dottrina).

²²⁸ In proposito vedi già la classica riflessione articolata da H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 150 s., che sottolineava come fosse «importante rendersi conto del perché [...] non dobbiamo accarezzare, nemmeno come un ideale, la concezione di una norma particolareggiata in modo tale da garantire in anticipo la risoluzione della questione se essa si applichi o no a un caso particolare, e da non implicare mai, al momento della effettiva applicazione, una nuova scelta fra alternative aperte. Detta in poche parole, è che la necessità di una simile scelta è posta

ritto oggi è adeguato, domani non lo è più»²²⁹, tanto parrebbe consigliare quanto meno un *bilanciamento* fra le esigenze della certezza e quelle della flessibilità²³⁰.

È in tale più ampio e rinnovato contesto, quindi, che viene a inserirsi la riflessione sulle clausole generali quali specifici «indici di apertura del sistema giuridico a un rapporto dialettico col suo ambiente»²³¹.

La domanda a cui si cerca d’offrire una risposta non è più, per esser chiari, se l’ordinamento giuridico debba essere “im-

sulle nostre spalle perché siamo uomini, non dei. È una caratteristica delle difficoltà umane (e così anche delle difficoltà legislative) il fatto che noi ci troviamo sotto l’influenza di due svantaggi tra loro connessi ogni volta che cerchiamo di regolare, in modo non ambiguo e in anticipo, qualche sfera di condotta per mezzo di criteri generali che devono essere usati senza ulteriori direttive ufficiali in occasioni particolari. Il primo svantaggio è la nostra relativa non conoscenza dei fatti: il secondo è la relativa indeterminatezza dei nostri scopi. Se il mondo in cui viviamo fosse caratterizzato solo da un numero finito di elementi, e questi, insieme ai modi in cui si combinano tra loro, ci fossero conosciuti, allora si potrebbero dare disposizioni in anticipo per ogni possibilità. [...]. Questo sarebbe un mondo adatto per la “giurisprudenza meccanica”. È chiaro che questo non è il nostro mondo: i legislatori umani non possono avere una simile conoscenza di tutte le possibili combinazioni di circostanza che può portare il futuro».

Vedi anche K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 168: «non solo si è dimostrata inattuabile l’esigenza di un rigoroso legame del giudice alla legge, poiché non potrà mai riuscire di redigere le leggi in maniera tanto precisa e di fissare la loro interpretazione in commentari ufficiali in modo tanto esatto ed esauriente da escludere ogni possibilità di dubbio nell’applicazione di esse; ma quella stessa esigenza del legame alla legge ha perduto infine il suo carattere di soluzione “ideale”».

²²⁹ Così S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, cit., p. 42.

²³⁰ Cfr. in proposito C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore*, cit., p. 575: «gli esperimenti di formalizzazione e di irreggimentazione linguistica incontrano gravi difficoltà in quanto, anche sul piano della semantica, come su quello della sintassi, occorre tener conto della *dinamicità del diritto*, ossia della circostanza che il diritto va visto, secondo i positivisti, come un sistema in costante trasformazione. In particolare, qui si pone il problema [...] della *misura* in cui la *vaghezza* sia tollerabile o invece debba venire ridotta. [...]. Da un lato, entra in gioco un bisogno di omogeneità di giudizio e di certezza che consiglia una *relativa* precisione delle leggi, dall’altro lato, però, questo bisogno va bilanciato con il bisogno che le norme non siano *troppo* rigide, in modo che esse possano adattarsi rapidamente all’*evoluzione* dei fini sociali [...] e al *mutare* delle fattispecie concrete».

²³¹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 1.

permeabile" alle circostanze e al tempo oppure viceversa "sensibile" a entrambi, ma *quanto* sensibile esso debba essere e se le clausole generali siano lo strumento adatto e *complessivamente più vantaggioso*, in un'analisi costi-benefici, per garantire tale risultato.

2.5.2. Ancora su clausole generali e Richterrecht

È proprio su questo punto che le opinioni maggiormente divergono. Ma quasi sempre divergono, è opportuno segnalare, non per una diversa valutazione dello strumento delle clausole generali in sé considerato, bensì per la differente "dottrina istituzionale" abbracciata dai singoli autori (in particolar modo rispetto al ruolo del giudice), con essa intendendosi l'impostazione *prescrittiva* in ordine al ruolo che determinati organi o istituzioni *debbano* assolvere.

Più in particolare, qualora sussista discordia, essa non parrebbe imputabile ai contrastanti risultati di un'analisi svolta sull'*oggetto* "clausole generali", ma – ancora una volta – alla diversa fiducia riposta nel *soggetto* ritenuto responsabile ("naturale" e sostanzialmente esclusivo) del loro sviluppo, vale a dire il giudice.

Impostata in questo modo, tuttavia, fatalmente la disputa diviene difficile anche solo da *impostare*, prim'ancora che da *risolvere* razionalmente.

Da una parte, infatti, si rinvergono giudizi "ottimistici" come quello secondo il quale «nascono per tempo [...] le denunce contro il "totalitarismo legislativo", su cui torna oggi la dottrina non solo tedesca nell'affidarsi al *Richterrecht*, ma anche anglosassone, sulla dannosità di una "chiarezza speciosa" rispetto ad una "onesta seppur nebulosa indeterminatezza" nelle "circostanze in cui i problemi della normativa statale possono tranquillamente essere delegati a decisioni giudiziali con una ragionevole speranza che emergano *standards* chiari e giusti da una trattazione delle controversie caso per caso, man mano che si presentano". Attraverso la mediazione dei giudici le clausole generali possono allora servire da veicolo del pluralismo normativo, poiché la discrezionalità giudiziale

può esplicitarsi anche nella decisione delle controversie attraverso norme espresse da ordinamenti extrastatali»²⁵².

Dall'altra parte, del resto, è agevole replicare come «il mezzo più efficace per rendere il diritto arma di combattimento e per condurlo sul campo di battaglia è il diminuirne l'impersonalità, la generalità, la rigidità, quei caratteri – particolarmente presenti in quella forma di esso che è la legge – che, forse perché ne attenuano l'aderenza alla vita, attenuano di questa l'elemento di incontrollato arbitrio di individui e di gruppi; e l'accentuarne per contro l'elasticità e la duttilità, caratteri che, forse perché più aderenti alla vita e più realistici, si risolvono nell'indeterminatezza delle norme, nella diversa valutabilità dei singoli casi, nella possibilità dell'arbitrio di chi amministra il diritto: il quale, convinto che la propria ideologia sia la migliore, inevitabilmente giudicherà in base ad essa»²⁵³.

Quid juris? Il problema, a ben vedere, è che *ambidue* le posizioni paradigmatiche censite hanno evidentemente il pregio di segnalare aspetti della realtà giuridica *contrastanti*, se si vuole, ma *non contraddittori*, ed anzi a loro modo *entrambi veri*. Esse finiscono, infatti, per offrire in modo del tutto complementare la dimostrazione di come «le vere difese contro le prevaricazioni legalistiche o giudiziarie non possono essere affidate soltanto alla duttilità o alla rigidità degli enunciati normativi. La storia ormai ci ha insegnato, anche in maniera tragica, che la vera insidia da cui fuggire o a cui resistere sta nella totale strumentalizzazione del diritto da parte di poteri dominanti»²⁵⁴.

Quali siano concretamente i poteri dalla cui possibile “tiranìa” potrebbe essere maggiormente opportuno cautelarsi nell'attuale sistema giuridico-sociale costituisce di fatto forse il principale “dilemma” – tradizionalmente riassunto nella contrapposizione fra potere legislativo e giudiziario – alla base di tutte le principali dot-

²⁵² F. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, cit., p. 671.

²⁵³ G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, II, Milano, 1982, p. 1000.

²⁵⁴ Così U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., p. 444 s.

trine del diritto contemporanee e, va da sé, questa non è certo la sede adatta per argomentare nello specifico a favore di una di esse.

Proprio in ragione di ciò, e considerando anche quel che s'è già detto (*supra*, § 2.4.) circa l'assenza di una connessione concettuale necessaria fra clausole generali e giudici, parrebbe allora pure in questo caso più fecondo abbandonare l'approccio “per soggetti” in tema di clausole generali e concentrarsi invece su una loro considerazione “oggettiva” in relazione alle circostanze (di tempo e di spazio) date.

2.5.3. *Gli atteggiamenti valutativi della dottrina: ieri, oggi, domani*

A tal proposito è stato osservato come della *modernità* giuridica occidentale le clausole generali abbiano finito per incarnare dapprima una necessità storica²³⁵, giungendo poi infine nella *contemporaneità* – scongiurati i tentativi volti alla loro “neutralizzazione”²³⁶ – a sollecitare l'adozione d'un nuovo “paradigma d'osservazione” da parte della scienza del diritto.

²³⁵ Cfr. P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, cit., p. 3: «si può rinunciare alle “clausole generali”, se ripercorriamo la storia delle codificazioni moderne, soltanto con l'adottare – ma i codici da citare come esemplari di questo tipo fallirono in maniera vistosa – una legislazione di tipo casistico, che cerchi di fermare e comprendere, e quindi di chiudere tutta la realtà dell'esperienza che il legislatore coglie e intende disciplinare in un certo momento storico. Sotto tale aspetto il codice civile generale prussiano di fine '700 rappresentò il modello più articolato; ma esso non ebbe fortuna per l'impossibilità [...] di irrigidire l'evoluzione della società, e con essa i fatti che insorgono e che chiedono al giudice, di volta in volta, di essere esaminati»; analogamente anche ID., *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, cit., p. 32; nonché P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in ID. (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, cit., p. 1689 ss.

²³⁶ Rispetto ai quali vedi A. GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., p. 149: «i modi sicuri utilizzati per l'azzeramento delle clausole generali sono due e procedono in senso opposto: uno consiste nel ripetere che la clausola generale è violata sempre solo quando si viola una regola puntuale contenuta nel codice civile; il che equivale a dire che tutto ciò che si dice intorno a quella generale è un doppione di quanto già si dice di altre regole. L'altro metodo per azzerare la clausola generale consiste nel prendere un caso ben regolato da una norma positiva scritta e arrivare a una decisione, applicando la regola scritta, ma dietro il paravento fittizio e sovrabbondante della clausola generale».

Un tempo considerate al più un inevitabile “tributo” da pagare, a malincuore e non senza preoccupazioni²³⁷, per munire l’ordinamento delle sue essenziali “valvole di sicurezza”, oggi viceversa le clausole generali s’affermerebbero nella considerazione dei giuristi non solo come un elemento *strutturale* (pertanto *ineliminabile*) degli attuali ordinamenti, ma anche come uno strumento *vantaggioso* di politica del diritto, alternativo ad una legislazione difficoltosa, ipertrofica e quasi sempre in ritardo rispetto alle esigenze emergenti a livello sociale.

È emblematica in tal senso la nota prolusione maceratese di Stefano Rodotà, in cui si veniva ad affermare come «le clausole generali non debbono essere necessariamente guardate con gli occhi di un tempo in cui ben potevano essere ritenute mali necessari, discendenti da una intima imperfezione del diritto, quella, cioè, che gli impediva di resistere alla usura del tempo. Tali clausole hanno ormai mutato funzione, e non si presentano soltanto come espedienti per evitare l’irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte a una realtà mutata, ma rappresentano gli strumenti più adeguati a regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite. Mutando funzione, esse tendono a trasformarsi da strumenti di ‘disordine’ di un sistema tutto fondato su componenti rigide nei veri modelli ordinatori di una realtà che tende a respingere in blocco gli antichi strumenti di

Per una rassegna ragionata con numerosi esempi concreti di tali “neutralizzazioni” delle clausole generali cfr. U. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, p. 343 ss. (e cfr. in particolare *ivi*, p. 348, ove si lamenta che l’interpretazione meramente letterale, «in certi casi [...] finisce col portare alla pratica disapplicazione di norme, il cui contenuto dovrebbe essere precisato in concreto e proprio tenendo conto dei principi, che rappresentano o dovrebbero rappresentare l’intelaiatura dell’intero sistema. Ciò deve dirsi, ad es., per quelle clausole generali, che lo stesso legislatore del 1942 aveva finito con l’introdurre per dare un’apparenza di modernità alla sua opera»).

²³⁷ Basti qui ricordare che nel sottotitolo della nota (e già ricordata) opera di J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklausel* («Il salto nelle clausole generali») queste ultime venivano definite «un pericolo per il diritto e lo Stato» (*eine Gefahr für Recht und Staat*).

regolazione; e, quindi, nella sola risposta "ragionevole" alle esigenze di un tempo come il nostro»²³⁸.

Non si può negare che la diagnosi di Rodotà – anche a dispetto di alcuni elementi discutibili in essa contenuti²³⁹ – abbia a lungo "fatto scuola", quanto meno nel senso che all'ombra di tale autorevole indirizzo la tradizione di studi sulle clausole generali sembrerebbe essersi sensibilmente rinnovata, inaugurando una stagione in cui l'attenzione s'è decisamente appuntata più sui *pro* che sui *contro* di questo importante strumento di tecnica (e di politica) legislativa.

Anche la suggestione "meta-temporale" delle clausole generali come un «modo per dare senso all'essere del tempo giuridico, dove il presente ingloba già il futuro»²⁴⁰, tuttavia, ha progressivamente finito da un lato per essere quanto meno ridimensionata dal sorgere e dall'affermarsi di contrapposte ed altrettanto evocative visioni del mondo giuridico, come ad esempio quella "nichilistica" di Na-

²³⁸ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 96. In analogo ordine di idee, vent'anni più tardi, cfr. ancora ID., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 255: «il costo dell'innovazione legislativa, tuttavia, rimane elevato, soprattutto in termini di tempo, e conseguentemente, di tempestività dell'intervento. L'introduzione nella legislazione di clausole elastiche, allora, si conferma come una via più economica, che non garantisce soltanto, come da sempre si è detto, una apertura dell'ordinamento giuridico verso la società, ma pure la capacità di far fronte alle discontinuità che possono prodursi in futuro. E c'è un'altra "diseconomia" che può essere eliminata attraverso le clausole generali: è quella che deriva dal ricorso ripetuto alla microlegislazione di settore [...]. Solo chi è cieco di fronte alla realtà può credere che, oggi, il pericolo sia in una fuga verso le clausole generali e non nella concretissima fuga verso la legislazione speciale».

²³⁹ Su cui puntualmente e analiticamente insiste C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 343: «a) in una società nella quale la tavola dei valori subisce bruschi mutamenti, un eccessivo spazio lasciato agli interpreti, lungi dall'essere un'istanza razionalizzatrice, sarebbe un fattore di ulteriore disordine; b) in ogni caso sarebbe opportuno che le più importanti trasformazioni del diritto avvenissero alla luce del sole (cioè per legge); c) il diritto non può fare veramente a meno di categorie, di classificazioni e di tassonomie senza negare se stesso quale elemento ordinatore; d) la diagnosi di Rodotà, infine, è eccessiva: nell'assurda ipotesi in cui la tipizzazione fosse realmente impossibile non entrerebbe in crisi soltanto il diritto di origine legale, ma sarebbe travolto anche il diritto giurisprudenziale».

²⁴⁰ Così sempre S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 257; e cfr. anche *ivi*, p. 254: «non solo il futuro non è prevedibile, ma non è dominabile con tecniche giuridiche che non ne scontino l'intima contraddittorietà, le rotture, la possibilità di costruzione consapevole».

talino Irti secondo il quale «il diritto crea un mondo artificiale, cioè un mondo umano, in cui nessuna norma, né istituto giuridico, né comando e divieto, può sottrarsi al destino della finitezza»²⁴¹.

E dall’altro lato, almeno in determinati frangenti, a partire dall’“apertura di credito” concessa con sempre maggiore liberalità alle clausole generali si sono sviluppate nei confronti di esse aspettative talora non strettamente suffragate da una rigorosa analisi del relativo strumento.

2.5.4. (segue) *Clausole generali e società “pluralista”*

Parrebbe questo segnatamente il caso del rapporto fra clausole generali e società “pluralistiche” – argomentato sulla falsariga della riflessione che soprattutto in ambito costituzionale verte sui principi –, là dove parrebbe talvolta di capire che appunto la categoria che ci occupa potrebbe offrire le soluzioni più consone: «le clausole generali [...] possono esser, e già talvolta sono, lo strumento più adeguato per dar voce ad un pluralismo di valori, atteggiamenti, culture presenti *contemporaneamente* in una organizzazione sociale»²⁴².

Pure qui il tema rischia, fatalmente, di rivelarsi assai scivoloso a partire dallo stesso predicato di ‘pluralistica’ affibbiato alla società occidentale contemporanea²⁴³. Anche *ammesso (e non conces-*

²⁴¹ N. IRTI, *L’uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, p. VII. Ma cfr. più ampiamente ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, p. 7 s.: «poiché la produzione risponde al fabbisogno, le leggi diventano – a seconda dei casi, e, dunque, soltanto *per caso* – provvisorie o durevoli, di congiuntura o di struttura, di emergenza o di normalità. La diagnosi, proposta venti e più anni or sono nel saggio sulla decodificazione, peccava d’ingenua fiducia: che le leggi speciali, esprimendo ed attuando principi della Costituzione, si lasciassero ricondurre, insieme con il codice civile, entro la pluralità di micro-sistemi. Ma la diagnosi di allora non coglieva, o forse taceva, l’essenza nichilistica del fenomeno: quel negare ogni criterio d’unità, quel consegnarsi al volere umano ed alla casualità del divenire, che getta le norme in un indefinito movimento, in un quotidiano nascere e morire. Questa non è la consueta e banale critica al legislatore nazionale o europeo; ma – oserei dire – il destino del diritto del nostro tempo».

²⁴² S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 258.

²⁴³ Sull’ambiguità del termine ‘pluralismo’ vedi almeno N. BOBBIO, *Come intendere il pluralismo*, in G. ROSSINI (a cura di), *Il pluralismo*, Roma, 1977, p. 1

so) che tale qualifica abbia senso, tuttavia, s'è fatto da più fronti notare come sarebbero le stesse caratteristiche strutturali delle clausole generali a non legittimare affatto, in quest'ipotesi, un particolare entusiasmo circa il buon esito dell'operazione²⁴⁴.

È ben vero, infatti, che le clausole generali riuscirebbero mediamente ad assicurare un alto tasso di flessibilità all'ordinamento. È altrettanto vero, però (almeno per quelle clausole generali che rinviano a criteri di giudizio diffusi a livello sociale), che per garantire *efficacemente* all'ordinamento quell'aderenza alla società e ai suoi valori di cui esso (ordinamento) avrebbe così bisogno, le clausole generali parrebbero *presupporre* proprio quella (relativa) *omogeneità sociale* che nelle società pluralistiche *si postula assente*.

In altre parole, «anche ammesso che l'indagine sociologica possa essere opportunamente svolta [...], può essere estremamente difficile trarre dalla "società", o anche solo dalla maggioranza di essa, criteri *univoci* di valutazione; anzi, in società complesse, non omogenee e pluraliste è più probabile che accada esattamente il contrario»²⁴⁵.

Il tutto con gravi ripercussioni su ciascun livello della certezza giuridica²⁴⁶, a partire dal consociato che non saprà quale condotta

ss. e G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1997, p. 477 ss.

Ma più in generale, con per un'analisi a 360 gradi rispetto all'uso (e all'abuso) di questo concetto in ambito giuridico fondamentale è ora A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 626 ss. (e part. 1046 ss. per la negazione di tratti *significativamente* "pluralistici" rispetto alle società contemporanee).

²⁴⁴ Come peraltro già segnalato da tempo dal breve, ma efficace contributo di R. SCHEYHING, *Pluralismus und Generalklausel*, Tübingen, 1976, *passim*, ma part. p. 12 ss.

²⁴⁵ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 138. Analogamente M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., p. 334: «può accadere che il giudice scopra diversi criteri di valutazione, concorrenti e contraddittori, che potrebbero essere applicati allo stesso fatto. Un sistema di valori stabili e coerenti può essere individuato, infatti, nelle società statiche e omogenee, o omogeneizzate da un gruppo dominante. Questa non è però la situazione delle società moderne, dinamiche e conflittuali, in cui valori diversi caratterizzano i diversi gruppi sociali e politici, le classi, i movimenti di opinione, gli strati sociali ed economici, ed anche i singoli individui. In queste condizioni, il rinvio alla morale sociale è pressoché privo di senso».

²⁴⁶ Su cui, sinteticamente, cfr. B. PASTORE, *Certezza, linguaggio legislativo e atteggiamenti interpretativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 514: «certezza è un termine

assumere, per finire col giudice che avrà difficoltà obiettive (e potenzialmente pure insuperabili) a concretizzare la norma da applicare, col non trascurabile rischio – stavolta non *generico*, ma *specifico* per le clausole generali che operino in questa situazione – che in quest'ultimo ambito, al di là delle valutazioni del singolo operatore giuridico²⁴⁷, possano prevalere altre istanze, se possibile ancor meno legittimate sotto il profilo della rappresentanza democratica.

Più in particolare – unita alla già di per sé non trascurabile «difficoltà per il giudice di individuare punti di riferimento costanti e ampiamente condivisi cui agganciare le sue soluzioni interpretative»²⁴⁸ –, s'è infatti recentemente segnalato come «l'idea di governare società complesse ricorrendo, per preservare la pluralità di valori, a clausole generali, [...] sembra essersi rivelata come altamente illusoria. In assenza di quei valori organicamente condivisi che sono propri di società più tradizionali, è inevitabile che il vuoto venga tendenzialmente riempito dalle compatte concezioni tecnocratiche piuttosto che dalle sfrangiate concezioni moralistiche»²⁴⁹.

che esprime una pluralità di significati. Essa può essere intesa come conoscibilità da parte del cittadino delle regole giuridiche che si applicano alle varie fattispecie e del loro esatto significato talché egli possa prevedere quali saranno le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. [...]. Certezza significa anche, con riferimento al comportamento degli organi dell'applicazione del diritto, prevedibilità della decisione giuridica. Un terzo significato è legato alla sicurezza dei rapporti giuridici in virtù della stabilità del *corpus* normativo, della continuità della norma con se stessa e della congruenza tra normative che si susseguono nel tempo, afferenti ad oggetti o materie correlati o contigui».

²⁴⁷ Sulle quali insiste ancora L. CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., p. 211, nota 9: «il richiamo a concetti, a categorie, o meglio a valori meta-giuridici è naturalmente il caso più tipico ed evidente di enunciazione di giudizi di valore da parte dell'interprete; giudizi di valore che in questo caso appaiono come tendenzialmente autonomi, per quanto sempre condizionati da un determinato ambiente etico-culturale. Tale carattere valutativo dell'intervento dell'interprete assume grande rilievo soprattutto in periodi di intensa evoluzione sociale e di profondi contrasti ideologici, nei quali l'apparente regolarità ed univocità dei significati di determinati termini introdotti dal legislatore (per es. ordine pubblico, buon costume ecc.) può denunciare una notevole incrinatura, dando luogo a valutazioni e decisioni anche profondamente diverse a seconda delle convinzioni morali e culturali dell'interprete».

²⁴⁸ N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 493.

²⁴⁹ F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali*, cit., p. 393.

Il più interessante “paradosso” delle clausole generali che oggi si pone all’attenzione della dottrina, curiosamente, parrebbe allora proprio quello del loro potenziale *anacronismo*.

Se invero la principale funzione delle clausole generali è stata tradizionalmente individuata nel loro «adattarsi elasticamente alle particolari circostanze del caso concreto ed anche agli eventuali mutamenti delle visioni del mondo»²⁵⁰, quale ruolo potrebbero esse giocare in un orizzonte dove (per ipotesi) le differenti *Weltanschauungen* non semplicemente si susseguano, ma sempre più si moltiplichino e convivano (più o meno pacificamente)?

In altre parole ancora, se «il tempo delle clausole generali in quanto tipica tecnica di costante adeguamento del diritto al cambiamento della società»²⁵¹ implicherebbe per necessità logica quanto meno una chiara identificabilità del *parametro* – la società, coi suoi attuali valori e criteri di giudizio – a cui l’ordinamento giuridico sarebbe poi chiamato ad adeguarsi, non si dovrebbe forse concludere che, in un contesto sociale (che si vorrebbe) multiforme e tendenzialmente indecifrabile, questo tempo volga ormai al termine?

Com’è evidente, si tratta d’interrogativi che qui possono essere soltanto *formulati* e ai quali non si pretende d’offrire risposta – giacché, peraltro, il relativo *sviluppo* parrebbe richiedere analisi articolate formula per formula e non più ragionamenti “generalizzanti”, prospettandosi dunque anche esiti differenziati –, ma che nondimeno parrebbero ineludibili per ogni futura consapevole politica del diritto in tema di clausole generali^{251bis}.

2.6. *Sinossi: una pluralità di statuti e di problemi*

Provando a tirare le fila del discorso sinora svolto, al termine di questa prima parte dell’indagine si giunge *non con un concetto*

²⁵⁰ K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 204.

²⁵¹ Così U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., p. 455 (il riferimento al “tempo delle clausole generali” richiama naturalmente l’omonimo saggio di S. Rodotà, più volte citato in queste pagine).

^{251bis} Apprezzabile in tal senso è la recente riflessione di C. LUZZATI, *La “normalizzazione” delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, part. p. 187 s.

unitario di 'clausola generale', bensì con una *pluralità* di concetti, che a sua volta ovviamente dischiude la porta a una pluralità di statuti (concettuali) e di problemi (teorici e pratici).

Se quindi la rassegnata constatazione di Hedemann secondo il quale le clausole generali «non sono delimitabili sotto alcun profilo»²⁵² nella sua assolutezza può forse dirsi eccessiva, certo essa coglie nel segno quanto meno nel segnalare le difficoltà sostanzialmente insuperabili in cui puntualmente s'imbatte ogni studioso che, rispetto alla fenomenologia qui in discorso, punti a una *reductio ad unum*.

Alcune delle ragioni di tale ricorrente (e quasi annunciato) fallimento erano già state anticipate nella premessa. Riassumendo: le categorizzazioni sono fatalmente convenzionali (ognuno può definire 'clausole generali' a modo suo: *supra*, §1.2.) e la realtà normativa di riferimento è fortemente variabile (ciascuno, pensando alle clausole generali, può guardare a un insieme di norme differente: *supra*, §§ 1.1. e 2.1.).

Quest'ultima inoltre, oltre a variare da autore ad autore, può (e spesso finisce per) essere pure *al suo interno* sensibilmente eterogenea, di modo che anche le definizioni più attente, proprio per ricomprendere le caratteristiche di *tutti* gli elementi dell'insieme studiato, finiscono per essere, in alternativa, o estremamente generiche, o estremamente complicate.

Un esempio, già incontrato (*supra*, § 2.2.1.1.), di definizione generica parrebbe quello (C.G. n. 1) di clausola generale come norma (o parte di norma) *altamente indeterminata*, la quale (norma), indipendentemente dalla causa, non riesca a raggiungere un apprezzabile tasso d'analiticità nella descrizione degli specifici comportamenti, oggetti e situazioni indicati nella fattispecie.

Il problema di questo genere di definizioni è, ovviamente, che esse, se è vero che consentono d'individuare tutti gli elementi dell'insieme studiato descrivendone correttamente almeno alcune caratteristiche, al tempo stesso fatalmente omettono di considerar-

²⁵² J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, cit., p. 53, («nach keiner Seite hin abgrenzbar»).

ne delle altre, sovente assai rilevanti, rischiando così corrispettivamente di raccogliere "sotto un unico cielo" elementi che tra loro hanno (troppo) poco in comune.

Nulla vieterebbe, per assurdo, di stipulare che 'clausole generali' sia categoria coincidente con quella delle norme *tout court*, ma se certo questo consentirebbe di ricomprendere al massimo livello tutte le fenomenologie normative che nel corso del tempo sono state classificate come 'clausole generali', la definizione ora proposta sarebbe palesemente troppo generica per poter avere una qualsiasi utilità classificatoria.

La definizione (C.G. n. 1) di clausola generale come norma altamente indeterminata – o meglio, come quell'elemento della fattispecie che rende la norma altamente indeterminata – risente appunto (in grado, s'intende, molto minore) di tale genericità e dei relativi problemi. Primo fra tutti di non riuscire a distinguere fra le differenti tipologie d'indeterminatezza.

Decisamente meno generica, e al tempo stesso relativamente semplice, è viceversa la nozione di clausola generale (C.G. n. 2), anch'essa già incontrata (*supra*, § 2.2.1.1.), quale parte di norma riconducibile a un elemento della disposizione che rinvii espressamente a un insieme (sensibilmente) indefinito di casi, individuabile *per relationem* con altre ipotesi specificamente menzionate nella fattispecie.

Detta nozione – che rinvia a espressioni linguistiche come 'qualsiasi altra forma', 'ogni altro mezzo' e via dicendo²⁵³ – ha il pregio della chiarezza e della relativa aproblematicità, ma insieme presenta il "difetto", se così lo vogliamo considerare, di restringere molto il perimetro della categoria 'clausole generali', escludendo dal relativo insieme formule che ne sono comunemente considerate l'archetipo ('buon costume', 'buona fede', 'utilità sociale').

²⁵³ Si ricordino ancora i già citati esempi dell'art. 13, secondo comma, Cost. («non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge») e dell'art. 21, primo comma, Cost. («tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»).

La loro esplicita autorizzazione all'utilizzo dell'argomento analogico da parte dell'interprete ha, in apparenza, evidenti elementi di somiglianza con l'“integrazione valutativa” di solito riconnessa (e talvolta denominata appunto «integrazione analogica»²⁵⁴) alla concretizzazione delle clausole generali. Di fatto, però, con tale “integrazione” si pensa solitamente a tutt'altro – agli standard, ai criteri di giudizio mutuati da valutazioni sociali o valori meta-giuridici e via discorrendo, e non già agli *altri* elementi espressamente menzionati nella fattispecie²⁵⁵ – il che spiega anche perché l'utilizzo di questa definizione di ‘clausola generale’ sembrerebbe potersi dire decisamente recessivo in letteratura.

A conclusioni solo apparentemente simili parrebbe giungersi con riferimento all'altra nozione di ‘clausola generale’ riconducibile alla matrice delle “norme a fattispecie aperta” (vedi sempre *supra*, § 2.2.1.1.).

Questa tipologia di clausola generale (C.G. n. 3), come si ricorderà, verrebbe a essere costituita da quelle parti di norma che, pur riconducibili a uno specifico elemento della disposizione, non sono riconducibili a formule linguistiche che *espressamente* (o comunque *univocamente*) implicino una “apertura” della fattispecie (come invece nel caso delle C.G. n. 2), ma a tale effetto comunque giungono per il tramite dell'interpretazione²⁵⁶.

La nozione di ‘clausola generale’ così intesa rimane sempre meno generica di quella di ‘clausola generale’ come norma altamente indeterminata (C.G. n. 1), ma non è *altrettanto chiaramente*

²⁵⁴ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 175.

²⁵⁵ Elementi che, peraltro, spesso nelle norme ritenute espressive di clausole generali mancano del tutto (come ad esempio nel caso dell'art. 1375 c.c., ai sensi del quale «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede») oppure, se riscontrabili, non vengono certo ritenuti *de plano* la base per l'integrazione analogica della fattispecie (come ad esempio nel caso dell'art. 41, secondo comma, Cost., dove accanto alla ‘utilità sociale’ sono menzionate la ‘libertà’, la ‘sicurezza’ e la ‘dignità’ umane, ma non per questo parrebbe sensato ravvisare nella prima un rinvio di stampo analogico alla *ratio* delle seconde).

²⁵⁶ Si rimanda ancora, a titolo di esempio, alla locuzione ‘diritti inviolabili’ di cui all'art. 2 Cost. e alla possibilità di intenderla come un rinvio, o comunque un richiamo, (anche) a tutti quei diritti non ricompresi nella (*i.e.*, non espressamente menzionati dalla) Costituzione in senso *documentale*.

applicabile come la nozione di 'clausola generale' quale formula di *esplicito* rinvio a casi simili effettuato già a livello della disposizione normativa (C.G. n. 2).

Per esser chiari, mentre le clausole generali del secondo tipo (C.G. n. 2) sembrerebbero facilmente individuabili, o escludibili, già con una lettura *prima facie* delle relative disposizioni, quelle del terzo tipo (C.G. n. 3) richiederebbero viceversa sempre l'esame (e il vaglio di sostenibilità) di percorsi ermeneutici decisamente più complessi – col rischio, in ultima analisi, di far dipendere l'esistenza d'una clausola generale *soltanto* dall'interpretazione.

A tale obiezione sembrerebbe invece sottrarsi l'ultima nozione di clausola generale censita nel percorso di ricerca finora effettuato (vedi *supra*, § 2.2.2.3.) e che poi s'è assunta a paradigma della presente indagine.

Per essa (C.G. n. 4), 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 interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio – di solito, ma non necessariamente, desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

La definizione ora richiamata non parrebbe generica – offrendo nella sua analiticità numerose informazioni che consentano di discernere cosa potrebbe essere considerato clausola generale da ciò che non potrebbe esserlo – e al tempo stesso, pur non escludendo la dimensione interpretativa dalla definizione, ancora quest'ultima *anche* a precise caratteristiche del *testo* (in cui devono riscontrarsi termini o sintagmi valutativi). Inoltre, essa parrebbe avere il pregio d'includere espressamente l'aspetto di "rinvio" (quanto meno potenziale) delle clausole generali alla dimensione meta-giuridica che il più delle volte è considerato uno degli aspetti contenutisticamente caratterizzanti la peculiare indeterminatezza delle clausole generali.

La difficoltà insita in questa definizione è, piuttosto, la sua *complessità* – il suo essere strutturata come una formula dalle molteplici variabili –, la quale rende particolarmente oneroso e defati-

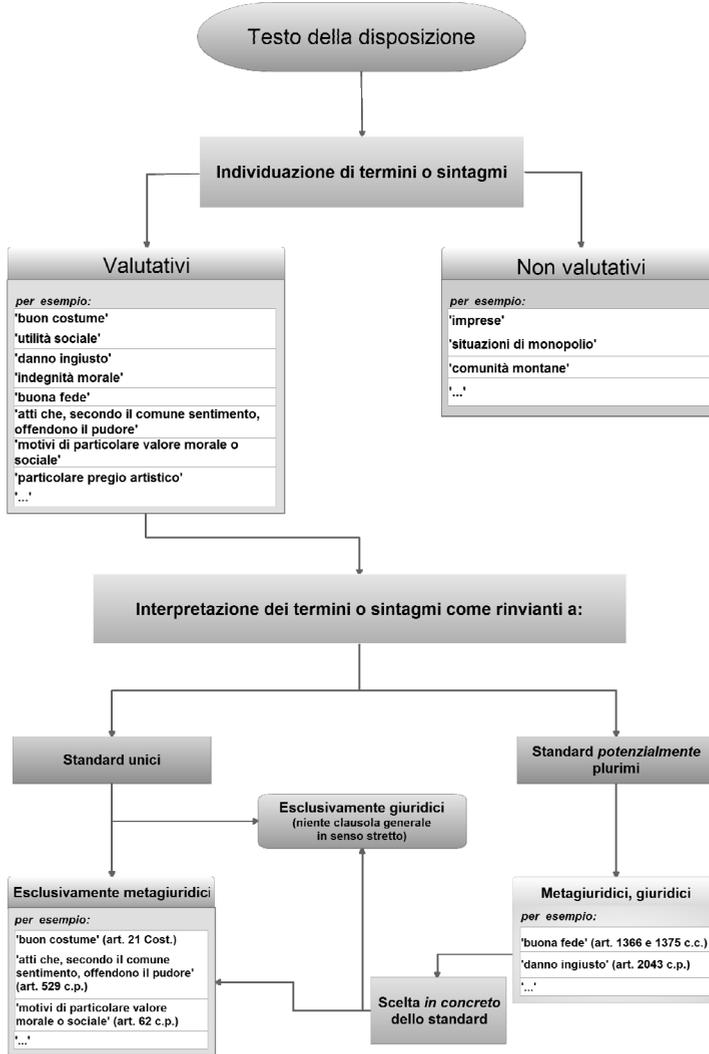
gante, per chi ci si confronti, trarre da essa un'immediata e intuitiva immagine tanto di cosa sarebbero le (parti di) norme individuabili come clausole generali, quanto di cosa tale qualifica implicherebbe in termini di procedimento di concretizzazione.

Nel corso di queste pagine s'è invero cercato di spiegare analiticamente e con la chiarezza di cui si è stati capaci ognuno di questi elementi e ciascuno di questi passaggi. Ed è altrettanto vero, del resto, che nella ricerca a volte ci sono dei limiti oggettivi alla possibilità d'esplicare processi complicati con immagini semplici, limiti oltre i quali la semplificazione si trasforma soltanto in semplicismo e cattiva divulgazione.

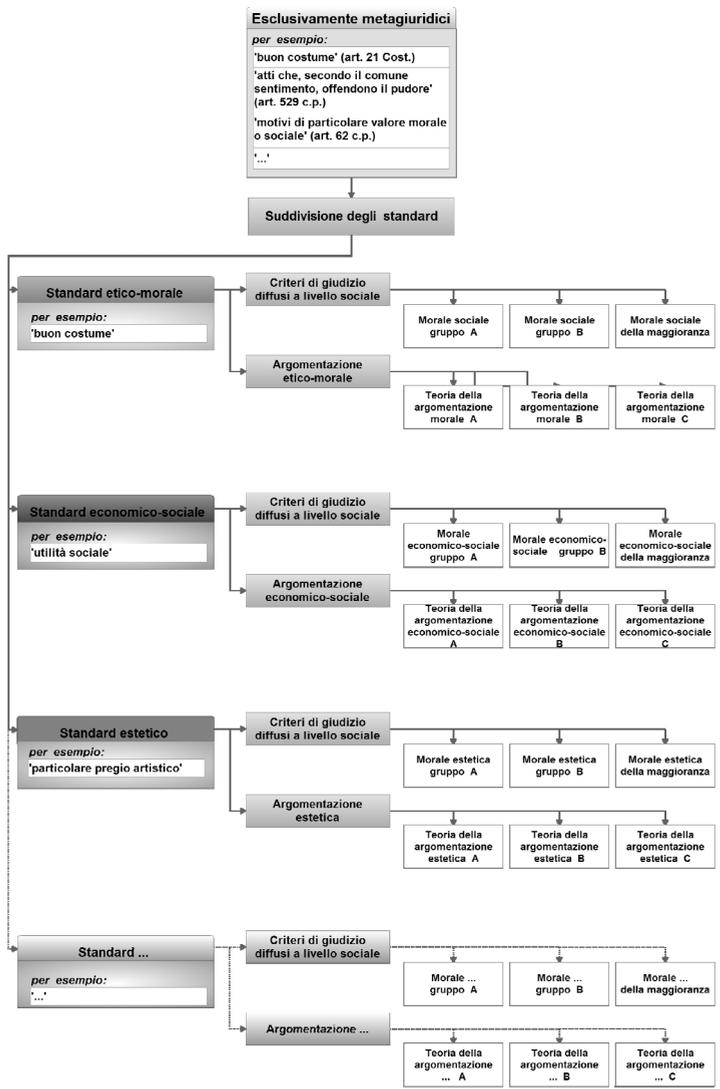
Nondimeno, pur rinviando alla lettura di quanto già s'è scritto (*supra*, § 2.3.2. s.) per un'analisi dettagliata che qui non avrebbe davvero senso duplicare, si ritiene di fare cosa utile al lettore offrendogli, in conclusione, anche un breve “schema grafico” relativo al modello di clausole generali adottato, che ne evidenzi – in relazione alle diverse formule parimenti riconducibili alla definizione – le diverse possibilità di sviluppo, i diversi *step* e le diverse operazioni intellettuali implicate.

Non so prevedere se e quanto potrà essere risolutivo; mi consolo pensando almeno, con Mark Twain, che «il miglioramento continuo è meglio della perfezione in ritardo».

Procedimento di concretizzazione delle clausole generali - 1/2



Procedimento di concretizzazione delle clausole generali - 2/2



CAPITOLO III

“CLAUSOLE GENERALI” E COSTITUZIONE

SOMMARIO: 3.1. La categoria delle ‘clausole generali’ nella scienza del diritto costituzionale: una “latitanza” singolare? – 3.2. Concetti di ‘clausola generale’ e linguaggio della Costituzione. – 3.2.1. Norme altamente indeterminate (C.G. n. 1), norme analogicamente estensive (C.G. n. 2) e norme a fattispecie aperta (C.G. n. 3) nel “contesto linguistico” costituzionale. – 3.2.2. Le clausole generali “in senso proprio” (C.G. n. 4): ancora sulla “valutatività” dei termini o sintagmi. – 3.2.3. (*segue*) La pluralità dei criteri di giudizio. – 3.2.4. Costrutti indeterminati “interpretativi” (*rinvio*). – 3.3. Le clausole generali costituzionali (C.G. n. 4): una tecnica “compromissoria”? – 3.3.1. Il dibattito alla Costituente. – 3.3.2. Compromessi “dilatatori”. – 3.3.2.1. Il compromesso *attraverso* le clausole generali costituzionali. – 3.3.2.2. Il compromesso *sulle* clausole generali costituzionali. – 3.4. I principi/valori come clausole generali del neocostituzionalismo. – 3.4.1. Delimitazione dell’indagine. – 3.4.2. I principi costituzionali come “ponte” fra diritto e cultura. – 3.4.3. Concetti *vs.* concezioni (una parentesi su Ronald Dworkin). – 3.4.4. I principi costituzionali come forme di rinvio alla morale. – 3.4.5. Principi costituzionali come clausole generali? (Prime “prove di traduzione”). – 3.4.6. Clausole generali e interpretazione per valori: i limiti della connessione. – 3.4.7. (*segue*) Principi costituzionali e *gap* argomentativi allo “specchio” delle clausole generali. – 3.5. Clausole generali e norme a fattispecie aperta: una breve panoramica. – 3.5.1. Le clausole generali “aperte” (C.G. n. 3) come forme di promozione dei diritti fondamentali. – 3.5.2. L’art. 2 Cost. come clausola generale in senso proprio (C.G. n. 4): analisi e critica. – 3.5.2.1. Delimitazione della problematica. – 3.5.2.2. ‘Diritti inviolabili’: un sintagma valutativo? – 3.5.2.3. Oltre la Costituzione formale? Un esercizio di interpretazione. – 3.5.2.4. L’integrazione della fattispecie tra problemi e prospettive. – 3.6. Clausole generali (costituzionali) sotto “custodia”? – 3.6.1. Un antecedente storico: Schmitt e Kelsen sullo “spostamento di potere”. – 3.6.2. Le clausole generali costituzionali tra magistratura ordinaria, legislatore e Corte costituzionale. – 3.6.3. L’“elasticità” della Costituzione. – 3.6.4. Appendice: legittimità *vs.* merito. – 3.7. Una breve sintesi.

3.1. *La categoria delle ‘clausole generali’ nella scienza del diritto costituzionale: una “latitanza” singolare?*

Le conclusioni raggiunte nella prima parte del lavoro sulla scorta dell’elaborazione della categoria (o, meglio, delle categorie, al plurale) ‘clausole generali’ da parte della scienza e della teoria del diritto al livello ordinario (nel senso di *sub-costituzionale*) dell’ordinamento giuridico costituiranno ora il “campo base” concettuale per l’esame della problematica sotto il profilo più strettamente costituzionalistico.

Tale piattaforma analitica, altresì, sarà com’è ovvio opportunamente da (ri-)declinare alla luce delle spesso ricordate – ma altrettanto spesso poco limpide e assai controverse quanto a motivazioni e contenuto – “particolarità” del diritto costituzionale rispetto al diritto c.d. comune. Di questa (ipotetica) peculiarità, infatti, occorrerà valutare le possibili ripercussioni sulla *funzione*, quando non addirittura sulla *struttura*, delle clausole generali eventualmente rinvenibili nella Legge fondamentale. E prim’ancora, del resto, ciascuno dei concetti di clausole generali identificati in precedenza (C.G. n. 1, 2, 3 e 4) andrà necessariamente sottoposto a un previo “scrutinio” per valutarne l’effettiva pertinenza e, soprattutto, la reale utilità nella chiave d’un suo utilizzo sul piano costituzionale.

Non si tenterà, viceversa, di ricostruire un concetto costituzionale “autonomo” di ‘clausola generale’ per diverse ragioni, alcune delle quali peraltro già accennate (*supra*, Premessa e Cap. II).

Da una parte, come si vedeva (*supra*, § 2.1.), la letteratura all’interno della quale la categoria ‘clausole generali’ è stata dapprima “inventata” e poi successivamente elaborata *non è* quella giuspubblicistica. In quest’ultima, a dire il vero, ed in particolare in quella costituzionalistica, la riflessione sulle clausole generali è stata, e tuttora tende ad essere, piuttosto episodica e tendenzialmente atecnica.

Delle clausole generali si potrebbe anzi dire che si sente assai più spesso *parlare* di quanto non si veda *scrivere*, e anche quando le parole siano affidate all’inchiostro i riferimenti alla categoria – salvo rare eccezioni – rimangono per lo più decisamente generici, o

strettamente di “ricalco” sulle impostazioni (soprattutto civilistiche e penalistiche) già censite¹.

In altre parole, se il rilievo che la Costituzione stessa possa essere a suo modo ricca di clausole (più o meno) generali potrebbe dirsi per certi versi un *Leit-Motiv* del “gergo” (prevalentemente colloquiale) dei costituzionalisti, raramente questi si sono soffermati *ex professo* sulla relativa categoria, utilizzandola piuttosto in maniera genericamente evocativa e variabilmente analoga all’una o all’altra delle accezioni già riscontrate in precedenza.

Il che, naturalmente, alla lunga non ha giovato a un puntuale inquadramento della problematica, la quale – come si è visto – risultava già parecchio “ingarbugliata” di suo e che ancor più scivolosa è divenuta così sul piano giuridico costituzionale.

A ben vedere, infatti, proprio al livello ordinamentale dove maggiore poteva essere l’opportunità (e l’utilità) di distinguere le clausole generali da problematiche affini, salvo casi molto isolati – benché non siano ovviamente mancati degli studi relativi a *singole norme* inclusive di clausole generali – non è dato di riscontrare riflessioni specificamente dedicate alla *categoria* delle clausole generali nel suo complesso, argomento che in letteratura è spesso finito fatalmente per sfumare in quello della *generale* “apertura” delle espressioni costituzionali e della connessa (“naturale” o susseguente) “elasticità” della Carta.

Tale “latitanza” d’una riflessione specificamente dedicata alle clausole generali sul piano costituzionale potrebbe per certi versi suonare “singolare”, se si pone mente al fatto che le tematiche tradizionalmente connesse con queste ultime – la particolare indeterminatezza, la capacità d’adattamento all’evolversi della società nel corso del tempo, il possibile rinvio al meta-giuridico, le “aperture”

¹ In questo senso vanno anche i rarissimi contributi monografici specificamente dedicati alla categoria che qui ci occupa rinvenibili nella letteratura tedesca di area giuspubblicistica, come quello di M. VON KUNTZMANN-AUERT, *Die Generalklausel im öffentlichen Recht*, Köln, 1960 (nella prospettiva del diritto pubblico generale) o di H. WIBMANN, *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*, cit. (nella prevalente prospettiva del diritto amministrativo).

di vario genere e così via – sembrerebbero (considerate) del pari tipiche anche e soprattutto della dimensione costituzionale.

Nondimeno, per altro verso, proprio la riscontrabilità sul piano costituzionale d'una "struttura normativa" mediamente più simile al modello (o quanto meno a uno dei modelli) delle clausole generali sembrerebbe costituire una prima spiegazione di questa occorrenza.

Spiegazione, daccapo, d'ordine storico (da non confondere, pertanto, con la sua giustificazione razionale). È storicamente, infatti, che nel diritto civile (e a maggior ragione in quello penale) le clausole generali acquisirono importanza e furono autonomamente studiate, quanto meno all'inizio, come un'*eccezione* alla regola della redazione (tendenzialmente) puntuale e tassativa delle relative disposizioni. Ed è sempre storicamente che, viceversa, la prosa del diritto costituzionale s'è andata via via caratterizzando come il "regno" delle espressioni indeterminate, del lessico icastico, dei principi (espressi e inespressi), per alcuni addirittura dei c.d. valori, rendendo *prima facie* assai arduo individuare un efficace criterio di distinzione all'interno di questi costrutti (linguistici e) normativi e *dunque* anche fra essi e le clausole generali.

La questione, del resto, come meglio si cercherà d'evidenziare in séguito non parrebbe neppure strettamente limitata al piano dello specifico periodare del Costituente, finendo bensì fatalmente per involgere profili più strettamente "interpretativi". Non soltanto nel senso, tutto sommato ovvio, che ogni disposizione costituzionale, ivi comprese quelle ipoteticamente espressive di clausole generali, andrà a sua volta interpretata; ma anche e soprattutto poiché le diverse teorie o dottrine dell'interpretazione costituzionale (e le retrostanti concezioni della Costituzione e delle sue funzioni)² hanno talora finito

² Emblematico e oramai "classico" per tale impostazione, all'interno della letteratura costituzionalistica, è il noto passo di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 3, secondo il quale «ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto. Per questo, i grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altre simili espressioni di "diritto positivo", con le quali i giuristi hanno a che fare, né mai li hanno trovato la loro soluzione. I giuristi sanno bene che la radice delle loro comuni credenze e certezze, come anche dei

per rendere assai labili le distinzioni che parrebbero invece potersi argomentare a partire dal testo costituzionale “in sé” considerato³.

Per quel che qui più interessa, ciò implica che, osservando la letteratura giuspubblicistica, da una parte non si debba dare peso eccessivo, quando ricorra, all'utilizzo della locuzione ‘clausola generale’, o quanto meno che non si debba per riflesso condizionato pensare a un uso particolarmente (e, soprattutto, perspicuamente) specificato della stessa. Spesso, infatti, ‘clausola generale’ sarà semplicemente il sinonimo per altre espressioni (magari altrettanto poco specificate nei loro elementi costitutivi) come ‘principio’, ‘valore’, ‘norma indeterminata’ e così avanti, costituendo quindi un rinvio alle relative fenomenologie.

Dall'altra parte, inoltre, questo può porre un ulteriore problema “di rubrica”, poiché parrebbe altresì possibile che la fenomenologia tecnicamente propria delle clausole generali (e più specificamente di C.G. n. 4, che delle stesse abbiamo eletto ad archetipo) venga viceversa esaminata, ma sotto un nome (ancora) diverso (*supra*, § 1.4.).

Questo è potuto accadere, ad esempio, quando in dottrina s'è parlato dei ‘principi (costituzionali) valvola’, i quali, pur nella so-

loro dubbi e dei loro contrasti, è sempre altrove. Per chiarire ciò che davvero li unisce e li divide, occorre scendere più a fondo o, è lo stesso, salire più in alto, in ciò che non è espresso. In ultima istanza, ciò che conta e da cui tutto dipende è l'idea del diritto, della costituzione, del codice, della legge, della sentenza».

In argomento, sullo stretto legame fra concetto (o concezione) della Costituzione e interpretazione della stessa vedi anche, almeno, M. DOGLIANI, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 537; S. BARTOLE, *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in A.I.C. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, p. 14; nonché A. BALDASSARRE, *Relazione*, in A.I.C. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno Annuale A.I.C. Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004, p. 185 s.

³ Gli effetti (quanto meno possibili) dell'impostazione riportata alla nota precedente sono infatti esplicitati con la massima chiarezza dallo stesso G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, p. 30: «la Costituzione, in sé e per sé, non esiste infatti se non come morto pezzo di carta. Essa vive delle sue interpretazioni. Onde, interpretarla in un modo invece che in un altro, mutare un'interpretazione precedente o addirittura rovesciarla, significa per l'appunto disporre sulla Costituzione, pur lasciandola inalterata nel suo aspetto esteriore di testo scritto».

stanziale *identità di contenuti* con la categoria delle clausole generali come sopra definita (C.G. n. 4)⁴, se ne distinguerebbero sul piano delle *modalità di funzionamento*, ed in particolare per l'efficacia *inter privatos*, automatica per le clausole generali e viceversa mai scontata per i principi (costituzionali) valvola⁵.

Segnatamente l'assenza d'una necessaria (o anche solo statisticamente apprezzabile) *Drittwirkung* delle norme costituzionali che pure parrebbero poter includere delle clausole generali sembrerebbe uno dei motivi della scarsa attenzione *specificamente* dedicata dalla dottrina costituzionalistica alla relativa categoria.

Se si considera infatti che, come si è visto (*supra*, § 2.4.), in ambito sub-costituzionale pronunciare la formula «clausole generali» significa evocare pressoché in automatico l'opera risolutiva d'un giudice per la loro concretizzazione, *a contrario* la più difficoltosa prospettazione dell'intervento in tal senso della magistratura (ordinaria o costituzionale: cfr. *infra*, § 3.6.) ha facilitato sul piano costituzionale un certo disinteresse per questo tipo d'approccio classificatorio (per clausole generali, appunto) al relativo fenomeno normativo.

⁴ Cfr. in proposito soprattutto M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., p. 82, secondo il quale «risulterebbe assai difficile distinguere fra principi valvola e clausole generali, delle quali i primi, più ancora che un tipo od esempio particolare, sarebbero la copia conforme, differenziandosene soltanto per il nome, forse più pittoresco e significativo, ma non per questo esprime un'autentica diversità di natura».

⁵ Vedi infatti, puntualmente, sempre M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., p. 82, nota 12: «le somiglianze fra le due categorie non possono però far dimenticare gli elementi di distinzione. In particolare, la qualifica di clausola generale va riservata (se si vuole restare all'uso tradizionale) a quella previsione che sia (per sua natura e/o per la fonte che la prevede) atta all'immediata applicazione nei rapporti interprivati. In questo senso, è inopportuno estendere questa qualifica ai principi costituzionali, la cui immediata applicabilità non è mai scontata, ed opera comunque, anche quando vi sia, in forme diverse da quelle proprie delle clausole generali. Meglio dunque definire come principi valvola le norme costituzionali che presentano le caratteristiche di cui nel testo, quasi a segnarne lo stacco dall'altra più tradizionale categoria. Il che, ovviamente, non comporta adesione alla vecchia tesi secondo cui i principi costituzionali sarebbero mere "disposizioni programmatiche" [...]. Non si tratta infatti di negare la precettività dei principi costituzionali, ma soltanto di affermarne la diversa precettività, dovuta al loro operare ad un livello distinto da quello della norma ordinaria».

Ciò, beninteso, non ha impedito lo sviluppo di prospettive d’analisi e di studio che mettano in rapporto Costituzione e clausole generali, ma come già si segnalava nella *Premessa* tali prospettive di solito tendono a porre in relazione le clausole generali rinvenibili *nel diritto legislativo* con norme e principi *della* Costituzione, vuoi per evidenziare il contenuto di limite di questi ultimi alle virtualità delle clausole generali (*supra*, § 2.3.5.), vuoi per suggerire d’utilizzare proprio le clausole generali quali “veicoli d’immissione” dei valori costituzionali a livello del diritto legislativo (*supra*, § 2.3.2.).

Tuttavia, da una parte non si tratta solitamente di percorsi d’analisi articolati direttamente in seno alla scienza del diritto costituzionale, essendo di nuovo appannaggio prevalente degli studiosi di diritto penale (soprattutto nel primo caso) e del diritto civile (soprattutto per il secondo caso). Dall’altra parte poi – ed è notazione assai più significativa – tali impostazioni, mentre evidenziano un rapporto fra le clausole generali (legislative) e Costituzione, nulla dicono rispetto alle implicazioni derivanti dalla possibile presenza di clausole generali *nella* Costituzione stessa, rinvenibili cioè all’interno del testo della Carta repubblicana⁶.

L’assenza d’una riflessione sul tema al tempo stesso specifica e sufficientemente approfondita non deve tuttavia far supporre né l’assenza della relativa fenomenologia, né l’oggettiva carenza di interesse della corrispondente problematica.

La prima (la fenomenologia normativa), invero, parrebbe agevolmente riconoscibile tanto (*prima facie*) in svariate disposizioni costituzionali, quanto anche (in seconda battuta) nell’interpretazione che di esse è stata offerta nel corso del tempo dalla dottrina e (almeno in parte) nell’operato della giurisprudenza costituzionale. La seconda (la problematica), dal canto suo, parrebbe spesso affio-

⁶ Limitandosi, al più, a *censire* questa eventualità, senza tuttavia metterne in risalto le conseguenze.

Cfr. in proposito, ad esempio, P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, cit., p. 21: «in quanto tecnica legislativa, le clausole generali sono impiegate sia in leggi ordinarie sia in leggi costituzionali. Non mancano clausole generali nella Costituzione: ad esempio ‘utilità sociale’ dell’impresa e ‘dignità umana’ (art. 41² cost.), ‘funzione sociale’ della proprietà (art. 42 cost.)».

rare in svariati "lembi" di discorsi che i costituzionalisti articolano pur parlando, apparentemente, "d'altro" (come nel caso dei principi, dei valori, del nesso necessario fra la Costituzione e la dimensione sociale e culturale e avanti in questo modo).

È sulla scorta di tali considerazioni, allora, che a un primo tentativo di "sistematica" delle possibili clausole generali costituzionali, alle loro possibili forme e alle loro possibili interazioni e/o intersezioni con le altre strutture del diritto costituzionale nonché, infine, al loro concreto utilizzo nella giurisprudenza costituzionale saranno dedicate le pagine a seguire e più in generale la seconda parte del presente studio.

3.2. Concetti di 'clausola generale' e linguaggio della Costituzione

Proponendoci qui di sviluppare il tema delle clausole generali *costituzionali*, il primo problema da affrontare è senz'altro quello relativo allo specifico *contesto*, la Costituzione appunto, all'interno del quale la categoria 'clausole generali' viene così a inserirsi.

Tale contesto, infatti, non soltanto condiziona il modo in cui ciascuno dei diversi concetti di clausole generali precedentemente individuati (e poi riassunti *supra*, § 2.6.) viene a "reagire" sul piano che gli è proprio, ma sembrerebbe anche in grado di suggerirne una prima selezione, se non altro allo scopo di rendere l'analisi meno dispersiva e dunque, almeno potenzialmente, più proficua.

In questo specifico senso, come si segnalava pocanzi, i vari concetti di clausole generali sembrerebbero singolarmente da scrutinare anzitutto con riferimento alle coordinate (strutturali e funzionali) del *linguaggio* costituzionale, onde valutare preliminarmente la loro "tenuta" rispetto ad esso.

3.2.1. Norme altamente indeterminate (C.G. n. 1), norme analogicamente estensive (C.G. n. 2) e norme a fattispecie aperta (C.G. n. 3) nel "contesto linguistico" costituzionale

Ed è qui che, fatalmente, la prima definizione (C.G. n. 1) di clausola generale come norma (o parte di norma) *altamente indeterminata*, inidonea a raggiungere un apprezzabile tasso

d’analiticità nella descrizione degli elementi della fattispecie, mostra la proverbiale “corda”. Essa, lo si è visto, era già da reputarsi uno strumento assai “spuntato” (in quanto eccessivamente generico) a livello del diritto comune, ma per certo si palesa *radicalmente inadatta* in relazione ai tratti distintivi linguistici del piano costituzionale.

Se infatti il lessico della Costituzione già a livello *formale* si paleserebbe cumulativamente come impreciso⁷, «non tecnicizzato, spesso lapidario o incompleto, valutativo in termini vaghi, e quindi dotato di maggior apertura semantica»⁸; se proprio in ragione di quest’ultima caratteristica il testo stesso della Costituzione figurebbe pertanto più come “limite negativo”⁹ che come “vincolo posi-

⁷ Cfr. ora V. ITALIA, *La forma delle leggi*, Milano, 2012, p. 12: «le forme delle leggi costituzionali sono imprecise. Tali leggi riguardano attualmente l’organizzazione statale ed i diritti; esse sono le note “teste di capitoli”, indicano sovente programmi e obiettivi da raggiungere, e rappresentano spesso una maschera politica rispetto ad una realtà sottostante».

⁸ Così testualmente L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars Interpretandi*, 1996, p. 99.

Sul particolare della mancata tecnicizzazione del linguaggio costituzionale (quale caso speciale della generale mancata tecnicizzazione del linguaggio giuridico) vedi G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, cit., p. 247, dove sulla base della teoria dell’agire comunicativo di Habermas si conclude che «non si può quindi considerarlo [il linguaggio della Costituzione, *n.d.a.*] un linguaggio tecnico-giuridico né un linguaggio tecnicizzato, ma un linguaggio che opera un continuo riferimento a convinzioni morali, prassi sociali ed evoluzioni politiche e, in forza della superiorità gerarchica della fonte e della funzione legittimante dei principi in essa contenuti, sottopone tutte le disposizioni normative dell’ordinamento ad uno *stress* ininterrotto».

⁹ Vedi sempre L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 98 s., secondo cui proprio a livello costituzionale «il vincolo del testo normativo, per cui il tenore letterale segna il limite estremo delle possibili varianti di senso ascrivibili alla disposizione, è [...] meno stringente» (*ivi*, p. 99, è poi l’indicazione dell’*ulteriore* possibile causa di ciò nel fatto che «il vincolo della dogmatica giuridica, cui è soggetta anche l’interpretazione costituzionale, non implica l’interazione dell’argomentazione pratica con l’argomentazione sistematica», atteso che «diversamente dalla dogmatica civilistica o penalistica, la dogmatica costituzionale non è legata al concetto di sistema»).

In senso analogo già R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 159: «il testo ha una funzione fondamentale, ma non totalizzante: esso è l’indispensabile punto di partenza per la costruzione della teoria, e ne è il limite, la “base empirica”, con cui la teoria deve essere coerente e a cui possono rifarsi ipotesi falsificanti della teoria.

tivo" per l'interprete¹⁰; se tutto ciò è esatto, allora è evidente che una definizione di 'clausola generale' come quella basata soltanto sulla (elevata) indeterminatezza della relativa fattispecie all'interno dello specifico contesto costituzionale riuscirebbe davvero a distinguere ben poco.

Anche senza ritenere che il criterio dell'indeterminatezza *in sé considerato* risulterebbe inappagante dal punto di vista analitico per denotare utilmente le caratteristiche del linguaggio costituzionale¹¹, una simile linea di demarcazione delle clausole generali all'interno della Costituzione porterebbe inevitabilmente (e soltanto) a defatiganti e per lo più sterili classificazioni delle norme costituzionali secondo il relativo "grado" (più o meno elevato) d'indeterminatezza.

Le quali ultime (classificazioni di grado), s'intende, potranno talora anche essere tutto quel che rimane da dire *al termine* d'un percorso di ricerca che via via abbia escluso ogni altra ipotesi, ma certo non parrebbero poterne costituire un proficuo *presupposto*, se è vero che già Vezio Crisafulli, non senza causticità, osservava in

Le espressioni linguistiche usate nelle disposizioni costituzionali, insomma, ci possono dire solo quel che il testo non può esprimere, ma non ciò che esprime in positivo, non ci guidano nella costruzione della teoria se non negativamente».

¹⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 534, dove si osserva «molti sono gli esiti ricostruttivi di sensi astrattamente consentiti in seno alla cornice segnata dagli enunciati linguistici, tanto più laddove la relativa trama strutturale esibisca una singolarmente ampia apertura, secondo quanto si ritiene – come si sa – esser proprio delle espressioni della Carta».

Secondo R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 37, anzi, sarebbe «proprio l'*open texture* della carta costituzionale a richiedere che si indaghi il modo in cui il sistema applica le disposizioni costituzionali e le fa concretamente operare».

¹¹ Sul punto cfr. M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, p. 18: «per l'argomento dell'indeterminatezza, l'interpretazione costituzionale si distinguerebbe da quella della legge in ragione della particolare vaghezza (indeterminatezza, appunto) delle disposizioni costituzionali in raffronto a quelle legislative. Questa tesi, assai risalente, ma ancor oggi riproposta non ha un saldo fondamento. A parte il fatto che [...] l'indeterminatezza è una caratteristica ontologica degli enunciati giuridici, formulazioni generiche, vaghe o evocative, si trovano nelle leggi non meno che nelle Costituzioni».

proposito come «non è baloccandosi con simili pseudo-distinzioni quantitative, che si può sperare di raggiungere altro risultato se non una poco piacevole confusione di idee, in fin dei conti, peggio che inutile, dannosa nella pratica»¹².

Altre sono invece le ragioni che portano a escludere dal perimetro della presente analisi la nozione di ‘clausola generale’ (C.G. n. 2) intesa come quella parte di norma riconducibile a un elemento della disposizione che – attraverso formule linguistiche come ‘qualsiasi altra forma’, ‘ogni altro mezzo’ e così avanti – rinvii espressamente a un insieme (sensibilmente) indefinito di casi, individuabile *per relationem* con altre ipotesi specificamente menzionate nella fattispecie.

È vero infatti, come già si diceva (*supra*, § 2.6.), che tale concetto di clausola generale risulta sufficientemente chiaro e tutto sommato aproblematico, e che anche nell’articolato costituzionale sono facilmente individuabili esempi del relativo fenomeno.

Oltre ai già menzionati artt. 13, secondo comma («Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge»), e 21, primo comma, Cost. («Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»), si potrebbero così ad esempio indicare ipotesi di siffatte clausole generali anche negli artt. 15, primo comma («La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili»), 21, sesto comma Cost. («Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume»), o anche, per citare un caso al di fuori della disciplina dei diritti, nell’art. 137, secondo comma, Cost. (là dove prescrive la statuizione con legge ordinaria delle «altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte», “altre” rispetto a quelle che il primo comma riserva a una legge costituzionale)¹³.

¹² V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 106.

¹³ L’elenco non è esaustivo.

È altrettanto vero, tuttavia, che un approfondimento (non già sulle *singole norme* testé richiamate, bensì) su questa *categoria* di 'clausole generali' non parrebbe presentare un interesse di ricerca né particolarmente spiccato, né tantomeno autonomo, risolvendosi di fatto integralmente nella generale riflessione sull'argomento analogico (in questo caso espressamente prescritto dal Costituente).

Volendo riportare questo ragionamento alla dimensione del linguaggio, mentre ad escludere l'utilità della nozione di 'clausole generali' come norme altamente indeterminate (C.G. n. 1) era stata una marcata *differenza (media) di contenuti* fra il linguaggio della Costituzione e il linguaggio giuridico ordinario, a escludere l'interesse per la nozione di 'clausola generale' come norma di rinvio *per relationem* (C.G. n. 2) parrebbe all'opposto una certa *identità di struttura* in ordine ai relativi costrutti linguistici, che invero in nulla sembrerebbero differenziarsi allorché ricorrono sul piano del diritto costituzionale o su quello del diritto legislativo.

Un discorso "a parte" merita invece la nozione di clausola generale (C.G. n. 3) come espressione consimile a quella, peraltro anch'essa non sempre molto chiara, di "norma a fattispecie aperta", e pertanto "bisognosa" d'essere integrata da materiali "altri" rispetto a quelli espressamente indicati dalla norma stessa (nella sua fattispecie)¹⁴.

Volendo, vi si potrebbero aggiungere quanto meno anche l'art. 31, primo comma Cost. («La Repubblica agevola con misure economiche e *altre provvidenze* la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose»), l'art. 34, quarto comma Cost. (nella parte in cui prevede come la Repubblica renda effettivo il diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi «con borse di studio, assegni alle famiglie ed *altre provvidenze*, che devono essere attribuite per concorso»), l'art. 111, terzo comma Cost. (nella parte in cui assicura alla persona accusata di reato «la facoltà davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di *ogni altro mezzo di prova* a suo favore») e forse, con un po' di fantasia, anche l'art. 104, primo comma Cost. («La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da *ogni altro potere*»).

¹⁴ Per questa nozione di 'norma a fattispecie aperta', sia pure in un contesto diverso e assai più specifico di quello presente, è tradizionale il riferimento a L. ELIA, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, 1970, p. 634 ss.

Più in particolare, ‘clausola generale’ (C.G. n. 3) verrebbe in questo senso a essere quella parte di norma che, pur riconducibile a uno specifico elemento della disposizione, non si radica in formule linguistiche che *espressamente e univocamente* implicino una “apertura” della fattispecie (come invece nel caso, appena ricordato, delle C.G. n. 2), ma a tale effetto comunque giungono *per il tramite dell’interpretazione*.

Si pensi ancora, a titolo di esempio, alla notissima formula ‘diritti inviolabili’ di cui all’art. 2 Cost. quale elemento della fattispecie normativa ivi espressa e alla possibilità d’interpretare la locuzione in parola come espressiva d’un rinvio non (solo) ai diritti (inviolabili) testualmente previsti nel resto dell’articolato costituzionale (fattispecie “chiusa”)¹⁵, bensì (anche) a tutti quegli *ulteriori* diritti inviolabili, ricavati *ex aliunde*, che nella Carta non avrebbero ancora trovato esplicito riconoscimento (fattispecie “aperta”)¹⁶.

Da un certo punto di vista è persino ovvio che tale nozione di ‘clausola generale’ non possa essere esclusa da questa analisi, se non altro per la banale ragione che la sua matrice è anche, se non soprattutto, costituzionalistica. Anzi, si potrebbe dire che, se esiste un uso della locuzione ‘clausola generale’¹⁷ che ricorre frequentemente nel gergo della dottrina costituzionalistica, per improprio o generico che sia, esso è appunto questo.

E si potrebbe anche essere tentati di concludere, sull’onda di discorsi più o meno *à la page* che in effetti non di rado si sentono scandire, che lo stesso *linguaggio* della Costituzione parrebbe offrire diretta conferma del rilievo di tale concetto di clausola generale per il diritto costituzionale e la sua scienza, palesandosi (sempre il

¹⁵ Così che, espressamente riformulata, la fattispecie suonerebbe: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo *così come specificamente descritti nelle disposizioni seguenti e solo nelle disposizioni seguenti*».

¹⁶ Così che, espressamente riformulata, la fattispecie suonerebbe: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo *specificamente descritti nelle disposizioni seguenti e tutti gli altri diritti inviolabili*».

¹⁷ O comunque dei vari altri sintagmi similari contenenti il vocabolo ‘clausola’ al loro interno: ‘clausola *aperta*’, ‘clausola *elastica*’, ‘clausola *di immissione*’, ‘clausola *di apertura*’ e così avanti.

linguaggio) di per sé assai ricco di formule che integrano le caratteristiche sopra indicate.

In effetti, la nozione di 'clausola generale' come "norma a fattispecie aperta" sembrerebbe esprimere motivi di interesse per gli studi del diritto costituzionale, anche e soprattutto per la riflessione sulle "fonti d'integrazione" della fattispecie (appunto "aperta"), e ad essa (nozione) verrà perciò dedicata un'apposita, seppur breve sezione di questo capitolo (*infra*, § 3.5.).

Tuttavia, parrebbe il caso di precisare fin da subito come i motivi d'interesse per questa specifica ipotesi di 'clausola generale', contrariamente a quanto si potrebbe a prima vista pensare, siano *assai poco* legati al *linguaggio* della Costituzione (e talvolta non lo siano affatto).

Come già in parte s'è segnalato (*supra*, §§ 2.2.1.1. e 2.6), infatti, clausole generali di questo tipo dipendono in misura estremamente ridotta dalla concreta formulazione degli enunciati costituzionali, tanto che spesso risulta pure difficile riconoscerle a partire (solo) da questi.

Ne consegue come, al di là del ragionamento, che si cercherà d'articolare meglio più avanti, sul particolare tipo di percorso (più o meno "eticamente orientato") prolettico dapprima al "riconoscimento" d'una disposizione come espressiva d'una norma a fattispecie aperta, e successivamente alla sua "integrazione" da parte dell'interprete, tutto quel che sembrerebbe potersi dire dal punto di vista degli *enunciati* costituzionali (*i.e.*, del linguaggio della Costituzione in senso stretto) è che alcuni di questi ultimi *si prestano* meglio d'altri a essere intesi come clausole generali nella loro versione di norme a fattispecie aperta (C.G. n. 3).

Anche in questo caso, certo, parrebbe preferibile evitare giudizi eccessivamente generalizzanti, concentrando viceversa la propria attenzione sulle *singole* (e necessariamente specifiche) ipotesi di norme a fattispecie aperta. Nondimeno, se un tratto (ampiamente) comune ha senso indicare pur fra le diverse specificità, esso parrebbe proprio quello della scarsa pregnanza del dato linguistico.

Questa tipologia di clausole generali, infatti, al linguaggio parrebbe richiedere poco più d'una generica "disponibilità al trattamento" da parte degli interpreti e in ultima analisi essa (tipologia)

si presenta, più che altro, come il prodotto di specifici orientamenti di “politica dell’interpretazione” attestatisi presso i giuristi.

3.2.2. *Le clausole generali “in senso proprio” (C.G. n. 4): ancora sulla “valutatività” dei termini o sintagmi*

Le considerazioni che precedono conducono pertanto una volta di più a eleggere come punto di riferimento principale di questo studio, anche per il piano costituzionale, la definizione ormai più volte richiamata (C.G. n. 4) di ‘clausola generale’ come quella parte di norma, e più precisamente quell’elemento costitutivo della fattispecie, espressa da termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretabili come concetti il cui significato sia in concreto necessariamente da determinarsi per il tramite di parametri di giudizio – potenzialmente desumibili e solitamente desunti da un qualche insieme di norme meta-giuridiche (sociali, del costume ecc.) – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

Se è vero che a tale definizione di clausola generale (C.G. n. 4) s’è dedicata tanta parte del capitolo precedente, non parrebbe a questo punto il caso d’esaminarne daccapo i dettagli. Per quel che qui interessa, a differenza della categoria delle “norme a fattispecie aperta” come appena descritte (C.G. n. 3), essa parrebbe consentire un apprezzabile tasso di differenziazione (e dunque d’efficace selezione) già a livello degli enunciati, dunque del linguaggio della Costituzione in senso stretto.

La dimensione interpretativa, come si può facilmente constatare, non è esclusa dalla definizione: perché sussista una clausola generale i termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione dovranno essere (sensatamente) *interpretabili* come espressione d’un rinvio a uno standard (per lo meno anche) meta-giuridico.

Contrariamente all’ipotesi delle norme a fattispecie aperta (C.G. n. 3), tuttavia, questa definizione (C.G. n. 4) di clausola generale non può *neppure per ipotesi* risolversi nel prodotto d’una mera scelta di politica del diritto da parte dell’interprete. La dimensione testuale, infatti, è del pari necessariamente presente: non

ci sarà, infatti, nessuna possibile clausola generale senza la presenza di *termini o sintagmi valutativi* nella relativa disposizione.

A risultar "vincente" anche sul piano del diritto costituzionale parrebbe proprio la *combinazione* di questi due elementi (ugualmente necessari), che *s'aggiungono* al classico profilo del rinvio (quanto meno potenziale) al meta-giuridico, a sua volta opportunamente specificato in termini di *stardard* (= di insieme di *regole*) contenente criteri di giudizio (= specifiche regole di qualificazione del comportamento umano) plurimi e potenzialmente in reciproca competizione.

Da una parte (1), infatti, tale nozione consente di valorizzare il dato, spesso misconosciuto o comunque non compreso fino in fondo, della *virtualità* insita nelle clausole generali, del loro elemento *potenziale* che s'esprime a livello interpretativo.

Esse sono parti di norma che, fin quando non debbano essere applicate, esprimono sempre, tramite il rinvio a uno o più standard, una pluralità di criteri di giudizio fra loro in competizione (e talvolta in contraddizione) che convivono al livello dell'interpretazione "scientifica" o "cognitiva" (e sono da questa simultaneamente registrati)¹⁸.

¹⁸ Sull'interpretazione "scientifica" vedi R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 8, dove pure è messo bene in evidenza il tratto differenziale con il successivo momento della scelta (interpretazione "decisoria"): «taluni concepiscono l'interpretazione come attività non decisoria e volitiva, ma puramente conoscitiva, sicché – per definizione – ogni decisione o scelta fra una molteplicità di significati è non interpretazione, ma altra cosa (ad esempio: applicazione del diritto, o politica del diritto). Insomma, qualora un testo esprima potenzialmente una pluralità di significati, costituisce interpretazione l'attività consistente nel rilevarli tutti, nel censirli "imparzialmente". Mentre non costituisce interpretazione, ma decisione e volizione, la scelta di un significato a preferenza di altri».

Trattasi di quello stesso tipo di interpretazione che altri, ponendo l'accento sulla (presunta) vocazione scientifica del *soggetto* che l'effettua (il giurista come scienziato), ha qualificato come interpretazione "dottrinale". Cfr in proposito L. FERRAJOLI, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, p. 290 s.: «si intende, con 'interpretazione giuridica', l'analisi del linguaggio normativo compiuta dal giurista scienziato, cioè un'attività conoscitiva di natura scientifica denominata, specificamente, *interpretazione dottrinale*. In tal senso l'interpretazione può essere configurata come il metodo della dommatica giuridica, cioè di un tipo di ricerca di carattere empirico-descrittivo che sembra

La contemporanea pluralità di parametri di giudizio scompare soltanto quando, al momento dell'applicazione, un'interpretazione “decisoria” dovrà per forza di cose ridurre la virtualità (o, se si vuole, l'equivocità)¹⁹ a un unico dato concreto, a un'unica regola che permetta l'univoca qualificazione del comportamento umano sul quale la norma (inclusiva d'una clausola generale) è chiamata ad esprimersi.

Come il gatto che nel celebre paradosso di Schrödinger sarebbe simultaneamente sia vivo che morto fin tanto che non intervenga l'esigenza d'“osservare” l'esperimento, le clausole generali manterrebbero del pari la loro “pluralità di stati”, rinviando contemporaneamente a più criteri di giudizio fra loro concorrenti, fin tanto che non intervenga la necessità d'“applicare” la relativa norma. E quale ambito migliore per comprendere e sviluppare al meglio la tematica del passaggio dall'*astratto* (potenzialmente *plurimo*) al *concreto* (necessariamente *singolare*), allora, se non proprio il diritto costituzionale, dove la questione delle disposizioni a “poliseno normativo” è ormai da anni costantemente sotto i riflettori?

Dall'altra parte (2), per converso, il concetto qui accolto (C.G. n. 4) consente al tempo stesso d'escludere *già a livello degli enunciati* che tutta una serie di formule possano esprimere delle clausole generali.

È in particolare il caso di tutte quelle espressioni, di cui il documento costituzionale abbonda, che potrebbero essere confuse con delle clausole generali perché parrebbero a loro volta effettuare (ed in effetti, a modo loro, effettuano) dei rinvii al meta-giuridico, senza tuttavia connotarsi come termini (o sintagmi) *valutativi*.

corrispondere – pur con le ovvie differenze dovute alla natura linguistica del suo oggetto, e che ne fanno appunto una ricerca di natura interpretativa – all'indagine osservativa e sperimentale che è propria delle scienze naturali. Correlativamente, la teoria dell'interpretazione dottrinale (o analisi del linguaggio normativo) si identifica – qualificandola in modo specifico rispetto alla metodologia generale della comune ricerca empirica – con la metodologia della ricerca dommatica».

¹⁹ Cfr. in proposito ancora R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 84: «l'interpretazione in astratto mette in luce (quando è cognitiva) o risolve (quando è decisoria) l'equivocità dei testi normativi».

È quindi certamente condivisibile l'osservazione secondo cui «buona parte del linguaggio del quale si serve la costituzione, sia perché indica concetti peculiari di certe discipline non giuridiche, sia – soprattutto – perché si riferisce in ogni modo a situazioni giuridicamente indefinite (mutando di significato con il ritmo di sviluppo delle situazioni stesse, indipendentemente dall'evolversi dell'ordinamento positivo), non può divenire vitale per mezzo di esegesi strettamente formali, bensì richiede di essere integrato dall'esame delle realtà materiali che esso presuppone»²⁰.

Non per questo, tuttavia, tutte le disposizioni che per essere intese nel loro significato richiedano un esame della relativa "realtà materiale" (meta-giuridica) parrebbero *per ciò solo* implicare il rinvio pure a una *valutazione* nel senso già precisato (*supra*, § 2.2.3.2.)²¹, che abbiamo visto essere una delle condizioni necessarie per la presenza d'una clausola generale in senso proprio.

A questo scopo, si torna a dire, nella disposizione deve anzitutto (necessariamente) ricorrere un termine o sintagma *valutativo* (come nel caso del 'buon costume', della 'utilità sociale', del 'dan-

²⁰ Così L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 326, dove a tal fine si menzionavano cumulativamente (e indistintamente) le nozioni di 'buon costume', 'sicurezza', 'ordine pubblico', 'lavoro', 'sciopero', 'programmi', 'imprese', oltre che di numerosissime "materie" della potestà legislativa regionale; o ancora locuzioni quali 'unità familiare', 'servizi pubblici essenziali', 'fonti di energia', 'situazioni di monopolio', 'indegnità morale', 'buon andamento dell'amministrazione'; fra i «richiami di valori morali, di natura, di ragione, di convenienza economica o politica» si menzionavano inoltre i 'diritti inviolabili', il 'principio di eguaglianza formale', le direttive sulla disciplina delle pene, la 'utilità sociale', l'«interesse generale», i 'fini sociali', gli 'equi rapporti sociali', i 'casi straordinari di necessità e urgenza', i 'principi e i criteri direttivi'.

²¹ In questo senso parrebbe invece andare il rilievo sempre di L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, cit., p. 322, dove ancora si rilevava, sia pure in modo generico, come «quasi dappertutto [...] le previsioni costituzionali esigono – per essere applicate – giudizi di ordine quantitativo, cioè valutazioni sulla congruenza, sulla sufficienza, sull'adeguatezza, sulla consistenza per l'appunto, di momenti sovente essenziali della legislazione dipendente; ed altrettanto spesso accade che la carta richieda all'interprete di usare criteri o fissare concetti extragiuridici, per determinare i frequenti rimandi a valori di ragione o di natura o di giustizia, nonché per definire in maniera non del tutto formalistica i dati materiali della nomenclatura costituzionale».

no *ingiusto*’ e così avanti), che per essere inteso implica la “mediazione” non soltanto d’un qualche elemento *empirico* (d’esperienza), bensì d’un ulteriore insieme di *regole* (quelle appunto che, con riferimento agli esempi ora riportati, definiscono cosa sia il conforme a buon costume, il socialmente utile, l’ingiustizia del danno).

S’è già spiegato (*supra*, § 2.2.2.3.), del resto, come si può riconoscere d’essere al cospetto d’un termine valutativo quando ci si rende conto che chiedersi *cosa significhi* (‘buon costume’ o ‘utilità sociale’ e via seguitando) non porta sostanzialmente da nessuna parte, e che viceversa l’unica domanda sensata da porsi è *quali siano i relativi criteri di applicazione* (per ciò che è ‘conforme a buon costume’, ‘socialmente utile’ e via dicendo).

Alla luce di ciò, dovrebbe sembrerebbe potersi cogliere con immediatezza come accomunare, ad esempio, le locuzioni ‘fonti di energia’ o ‘unità familiare’ a quella del ‘buon costume’, nonostante il comune rinvio al “meta-giuridico”, non renderebbe affatto “giustizia” della fondamentale differenza che intercorre fra esse.

Quello che potremmo chiamare, scherzosamente, il “test della valutatività” dei termini o sintagmi di riferimento, infatti, parla chiaro. Mentre ha perfettamente senso chiedersi cosa sia una ‘fonte di energia’ o una ‘situazione di monopolio’, lo stesso quesito mostrerebbe a stento una qualsiasi utilità con la formula del ‘buon costume’.

Le prime si possono utilmente *definire* (dicendo *cosa sia* la ‘situazione di monopolio’ o la ‘fonte di energia’), la seconda si spiega per davvero solo *esplicitando il suo criterio d’applicazione* (spiegando *quando* o *a che condizioni* – in ottemperanza di quali regole – il dato comportamento si qualifichi come conforme o contrario a buon costume). Ciò appunto perché solo la seconda locuzione, e non invece le prime, per poter essere compresa nella sua concretezza rinvia a un ulteriore insieme di *regole* (qui meta-giuridiche), vale a dire a quello che in precedenza s’è definito uno *standard*.

3.2.3. (segue) *La pluralità dei criteri di giudizio*

Questo indice di tipo linguistico-formale, il quale già consente di restringere sensibilmente il novero dei “candidati” al ruolo di

clausole generali all'interno dell'articolato costituzionale, diviene poi ancora più selettivo se si considera un'altra caratteristica delle clausole generali (C.G. n. 4) *ulteriore e complementare* rispetto al loro rinvio a insiemi di *regole* (per lo meno *anche* meta-giuridiche).

Detta caratteristica, come si ribadiva poche righe più indietro, è da individuarsi nella potenziale *pluralità* – accertata per il tramite dell'interpretazione del termine o sintagma valutativo – di parametri di giudizio in concorrenza fra loro, vale a dire la molteplicità di possibili regole di qualificazione all'interno del medesimo standard richiamato dalle clausole generali.

Per avere un termine valutativo basta che esso non sia comprensibile nella sua concretezza se non attraverso il ricorso a un ulteriore insieme di regole. Ma non basta un termine valutativo per avere una clausola generale (C.G. n. 4).

Si pensi, ad esempio, alla locuzione 'atto *antigiuridico*'. Certamente essa è un sintagma valutativo. Non avrebbe senso domandarsi *cosa significa* 'atto antigiuridico' se con ciò, nel contesto dato, s'arrivasse poi soltanto a dire che 'atto antigiuridico' è un 'atto contrastante col diritto positivo della Repubblica italiana'. Quel che varrebbe davvero la pena di chiedersi in questo caso sarebbe piuttosto *quali sono i criteri* che consentono di qualificare un atto come contrastante col diritto (il che equivale a porsi la domanda relativa all'identificazione delle regole che costituiscono quel dato diritto).

Nondimeno, la locuzione 'atto antigiuridico', non parrebbe costituire una clausola generale in quanto – supponendo (come qui per praticità si presuppone) che i criteri per l'identificazione del diritto positivo della Repubblica italiana siano relativamente univoci – essa non sembrerebbe rinviare a parametri di giudizio plurimi e in concorrenza fra loro.

Questo avviene, più specificamente, quando i termini o sintagmi valutativi rinviano a standard le cui regole si caratterizzerebbero per essere, almeno in parte, il prodotto di *giudizi di valore* (*supra*, § 2.2.3.2.). Si pensi, per citare un esempio da contrapporre al precedente, alla locuzione 'atto *immorale*' o, per restare al dispo-
sto della costituzione, al '*buon costume*'.

Essere il prodotto di giudizi di valore non significa – ed è bene tornare a precisarlo – che tali regole sarebbero *arbitrariamente decise* dal singolo (men che meno dal singolo individuo isolato), ma solo che rispetto ad esse residuerebbe sempre un certo margine d’opinabilità, da cui appunto la sempre riscontrabile *pluralità* di regole *in concorrenza* (e potenzialmente in contrasto) all’interno del medesimo standard.

Così, all’interno dello standard etico vi sarebbero più concezioni etiche (e dunque più regole, dal contenuto potenzialmente differente, a qualificare lo stesso comportamento), all’interno dello standard economico-sociale più concezioni economico-sociali, all’interno dello standard estetico più concezioni estetiche e così via. Più concezioni (fondate su giudizi di valore diversi) *in concorrenza* fra loro, s’intende, non significa necessariamente modelli di etica, di economia, di estetica e via discorrendo fra loro *contrapposti*, ma semplicemente modelli che tra loro, con riferimento al singola regola, *possono* divergere (più o meno intensamente)²².

Congiuntamente al dato della presenza nella disposizione d’un termine o sintagma valutativi, così, anche il rinvio a parametri di giudizio *plurimi* parrebbe aiutare a distinguere in via di concetto la *particolare* indeterminatezza delle clausole generali costituzionali

²² Giova infatti ribadire che nulla di quanto indicato nel testo implica che ciascuno di questi diversi modelli normativi, rinvenibili all’interno degli standard testé evocati, *debba* qualificare in modo diverso *ciascun* comportamento eticamente rilevante.

Rimanendo allo standard etico, sarebbe banalmente assurdo – in quanto, peraltro, palesemente controintuitivo – supporre che la pluralità delle concezioni etiche *implichi* una disparità di qualificazione non soltanto per i casi “paradigmatici” di comportamento morale o immorale, ma anche per una buona parte dei casi “medi”.

Sarà anche vero, insomma, che l’etica del nazionalsocialismo poteva qualificare come eticamente ammissibili comportamenti (come l’uccisione indiscriminata di milioni di persone per ragioni razziali) che quasi tutte le altre etiche avrebbero ritenuto e continuano a ritenere moralmente riprovevoli. Nondimeno, da una parte non parrebbe lecito supporre che i modelli etici oggi in concorrenza si differenzino mediamente tra loro quanto l’etica nazionalsocialistica si differenzia dagli altri modelli etici; dall’altra parte neppure sembrerebbe ragionevole supporre che le differenze di qualificazione dei comportamenti fra etica nazionalsocialistica e altri modelli etici, per quanto rilevanti ed eclatanti (nel loro giudicare diversamente dei casi paradigmatici), si estendano alla maggioranza dei casi eticamente rilevanti.

da quella propria di molte altre norme di cui il linguaggio della Costituzione risulterebbe ricco.

Pure in forza di questo secondo parametro, infatti, non tutti i concetti giuridici indeterminati contenuti nel documento costituzionale sarebbero clausole generali e neppure tutti quei termini (pure in parte indeterminati) contenenti un rinvio a fenomenologie extra-giuridiche (qui nel senso di “non definite dal diritto”), ma solo quelli che rinviino a criteri di qualificazione della condotta tra loro potenzialmente *concorrenti*.

Condizione, questa, che – giova ancora ribadire, chiarendo meglio – non verrebbe realizzata dal *generico* rinvio al meta-giuridico, giacché il termine richiamato potrebbe essere non definito da parte del diritto (almeno costituzionale), ma al tempo stesso risultare (relativamente) univoco o comunque non tale da imporre una qualificazione della relativa fenomenologia secondo parametri fra loro *significativamente* alternativi e dal contenuto diacronicamente mutevole come invece sogliono essere le regole di giudizio, in qualche modo “imparentate” coi giudizi di valore, cui le clausole generali in senso proprio (C.G. n. 4) farebbero rinvio.

Si pensi ancora al caso delle ‘situazioni di monopolio’ (art. 43 Cost.). Prescindiamo per un istante dal fatto che, come abbiamo visto, la relativa locuzione *non* costituisca un termine o sintagma valutativo (il che già di per sé porterebbe a escludere che essa possa essere interpretata come clausola generale). Anche ignorando questo aspetto (altrimenti già risolutivo), comunque, la necessità di ricorrere a nozioni ulteriori rispetto a quelle giuridiche per capire di che cosa si tratti non parrebbe consentire la sua qualificazione in termini di clausola generale.

Le ‘situazioni di monopolio’, infatti, parrebbero sì rinviare a un concetto (parzialmente) indeterminato (ed eventualmente suscettibile di modificare negli anni il proprio significato “estensionale” e “intensionale”) pure nell’ambito delle discipline (non giuridiche) che lo studiano. Tuttavia, lo stesso concetto *non per questo* parrebbe ricostruibile – come invece le clausole generali (C.G. n. 4) – sulla base di modelli *contrapposti*, il cui contenuto sarebbe per di più *strutturalmente* (e spesso velocemente) destinato a modificarsi nel corso del tempo.

Secondo questo schema, pertanto, si potrebbe così avanzare un primo criterio discretivo tra le diverse formule costituzionali, distinguendo tra le disposizioni costituzionali quelle (1) che s’esprimano con termini o sintagmi *valutativi* rinviati (quanto meno *anche*) a standard *meta-giuridici* e quindi espressione di clausole generali come quelle, ad esempio, di cui all’art. 21 (‘buon costume’), all’art. 41 (‘utilità sociale’) o all’art. 42 (‘funzione sociale’) Cost., da quelle (2) invece contenenti termini o sintagmi con elementi di *rinvio al meta-giuridico*, ma *non valutativi*, quali appunto l’art. 43 (‘situazioni di monopolio’) o l’art. 9 (‘paesaggio’) Cost., e ulteriormente da quelle (3) dove parrebbero sì riscontrabili termini *valutativi*, ma rinviati – a seconda di come s’interpretino le relative disposizioni – a standard (esclusivamente) *giuridici*, come ad esempio, in modo esplicito, nel caso dell’art. 10, secondo comma (‘in conformità delle norme e dei trattati internazionali’) o, in modo implicito, nel caso dell’art. 7 (‘indipendenti e sovrani’) Cost.

3.2.4. Costrutti indeterminati “interpretativi” (rinvio)

Maggiori difficoltà, ben più ardue da risolvere sul piano semplicemente linguistico degli enunciati, parrebbero sopraggiungere allorché si provino a distinguere le clausole generali (C.G. n. 4) da altre figure del diritto costituzionale, le quali dalle opzioni degli interpreti parrebbero spesso dipendere “in senso forte”.

Si consideri a tal riguardo, infatti, che la più sicura linea di confine tratteggiabile a partire dal concetto qui accolto di clausole generali si basa sul loro essere sempre oggetto d’una scelta intenzionale ed espressa *del legislatore costituzionale*, venendo esse a configurarsi come il prodotto, ancorché non esclusivo, d’una particolare tecnica di redazione *del documento* costituzionale. Mano a mano che ci si allontana, ragionando di clausole generali, da esplicite opzioni del legislatore costituzionale con un “precipitato” nella Carta repubblicana che le renda chiaramente riconoscibili, e piuttosto ci s’incammina sui sentieri dell’interpretazione, i limiti tra le categorie divengono progressivamente più sfumati.

Non si devono coltivare illusioni di precisione assoluta, è vero, neppure con riferimento alla linea di confine più strettamente an-

corata al linguaggio della Costituzione. Essa, s’osservi, *a sua volta* può talora risultare incerta, in particolare per tutta quella serie di casi in cui le disposizioni costituzionali non forniscono indicazioni risolutive in ordine alla “valutatività” dei loro termini o sintagmi. E l’incertezza è potenzialmente destinata ad accrescersi nel momento in cui si passi a considerare l’effettiva capacità delle rispettive norme d’esprimere un rinvio a standard meta-giuridici contenenti plurimi criteri di giudizio.

Certo è, però, che l’aspetto squisitamente interpretativo legato a questi problemi fatalmente s’inspessisce, divenendo cruciale da periferico che era, quando le clausole generali vengono a confrontarsi e a interagire con quei modelli d’indeterminatezza e “d’apertura” che parrebbero essere il frutto prediletto – *necessario* e in certi casi addirittura *sufficiente* – di particolari “proiezioni” di teorie (o dottrine) della Costituzione *sul documento* costituzionale²⁵.

Di tali “costrutti interpretativi” abbiamo già incontrato un primo possibile esempio esaminando la nozione di clausola generale come norma a fattispecie aperta (C.G. n. 3). S’è evocata al riguardo, come si ricorderà, la locuzione ‘diritti inviolabili’, di cui all’art. 2 Cost.

Si provi ora a esaminarla come una potenziale ipotesi del *diverso* modello di clausola generale qui accolto (C.G. n. 4). Le domande che vengono a porsi sono: ‘diritti inviolabili’ è un sintagma valutativo in senso stretto? E, se sì, rinvia, se non altro potenzialmente, a plurimi parametri di giudizio (quanto meno *anche* meta-giuridici) per la sua concretizzazione?

²⁵ Come sovente accade, oggidi, soprattutto in seno alle correnti c.d. neocostituzionalistiche.

Su di esse e sul loro rapporto con alcuni aspetti della riflessione relativa alle clausole generali si ritornerà con maggiori dettagli *infra*, § 3.4. Cfr. comunque, fin d’ora, almeno R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit.; C. NINO, *Introduzione all’analisi del diritto*, Torino, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

Un’efficace sintesi dei tratti di questo movimento è ora in M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012.

La risposta positiva al secondo quesito parrebbe essere *data per scontata* (o comunque per acquisita) da coloro i quali interpretano l'art. 2 Cost. come una norma a fattispecie aperta²⁴, ma là dove, come in questa sede, si rifletta circa la riconducibilità della formula ‘diritti inviolabili’ al modello di clausole generali qui stipulato (C.G. n. 4) è proprio la percorribilità di tale “valico interpretativo” a venire in questione.

Detto altrimenti: basta che tale disposizione sia stata *di fatto interpretata* in un certo modo (da una parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale²⁵) per supporre l’“oggettiva” *interpretabilità* in tal senso?

Come si vede, la domanda rinvia direttamente a complesse e controverse questioni di teoria dell’interpretazione costituzionale –

²⁴ Si prenda ancora ad esempio la nota impostazione di A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 84, secondo il quale si tratterebbe di capire se la norma in questione debba intendersi esclusivamente come “riassuntiva” dei diritti fondamentali espressamente menzionati nella Costituzione ovvero «come norma di “apertura” ad altre libertà e ad altri valori personali non espressamente tutelati dal testo costituzionale», per poi propendere per questa seconda alternativa. Cfr. A. BARBERA, “*Nuovi diritti*”: *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 19 s.: «l’art. 2 della Costituzione è una “fattispecie a schema aperto”, aperta ai valori emergenti nella società [...], con una funzione sussidiaria rispetto al catalogo dei diritti specificamente nominati dall’art. 13 in poi e non meramente riepilogativa o riassuntiva degli stessi».

È evidente che, *se* si accoglie questa lettura, la locuzione ‘diritti inviolabili’ solo con difficoltà parrebbe poter essere considerata *unicamente* come rinvio ad uno standard giuridico, finendo piuttosto per (poter) essere a sua volta ricostruita *anche* come un rinvio a valutazioni sociali (e pertanto ai relativi valori meta-giuridici) di ciò che sarebbe meritevole di protezione giuridica (ed in tal senso ‘diritto inviolabile’). Attraverso questo percorso argomentativo, pertanto – attesa appunto la *pluralità* di standard (interni ed esterni al diritto positivo) potenzialmente richiamati –, non sembrerebbe impossibile configurare pure la norma di cui all’art. 2 Cost. come inclusiva d’una clausola generale in senso tecnico (C.G. n. 4). Sul punto cfr. più ampiamente *infra*, § 3.5.2.

²⁵ La quale ultima, a dire il vero, se concretamente (dal 1987 in avanti) ha talvolta mostrato di utilizzare il parametro dell’art. 2 Cost. come possibile “tramite” per il riconoscimento di alcuni diritti non espressamente previsti all’interno dell’art. costituzionale, non ha mai espressamente specificato quale fosse la “fonte d’integrazione” di tali “nuove” forme di tutela del singolo, rendendo così difficile capire se in effetti queste ultime si debbano radicare nel meta-giuridico (e in quale meta-giuridico?) o in una ricostruzione sistematico-estensiva dell’ordinamento giuridico stesso (non solo costituzionale).

ivi compresa quella capitale relativa alla presenza (o meno) di criteri utili a distinguere l'interpretazione corretta da quella che viceversa non lo sia²⁶ – le quali ovviamente in questa sede potranno essere soltanto in piccola parte sfiorate.

Rinviando al paragrafo relativo alle clausole generali (C.G. n. 3) come norme a fattispecie aperta (*infra*, § 3.5.) per approfondimenti un poco più specifici, già qui tuttavia risulta evidente quel che sin dalle pagine introduttive (*supra*, § 1.6.) s'era tentato di argomentare: mano a mano che l'interpretazione *tout court* guadagna terreno, discernere le norme inclusive di clausole generali dal *mare magnum* di tutte le altre diviene impresa assai difficoltosa, quanto meno quando si aneli a condurla con l'esattezza che solitamente compete a un discorso scientifico.

Non è neppure a dire come tale problema si manifesti in tutta la sua evidenza anche e soprattutto quando si venga a ragionare del rapporto fra le clausole generali e i c.d. *principi* (più o meno "fondamentali"), sovente intesi – pure qui non tanto in riferimento a oggettive caratteristiche degli *enunciati* costituzionali (talvolta addirittura assenti), quanto piuttosto a "concezioni" della Costituzione e delle sue (presunte) funzioni – come norme contenenti non solo concetti giuridici (ampiamente) indeterminati, ma anche facenti a vario titolo rinvio a parametri (almeno potenzialmente) *meta*-giuridici (o addirittura schiettamente *etici*)²⁷.

Alcune notazioni rispetto ai principi sembrerebbero invero potersi effettuare, in modo relativamente pacifico, anche in questo specifico "luogo" dello studio, dedicato al rapporto fra clausole generali e linguaggio della Costituzione.

Ad esempio, sotto questo profilo, sembrerebbe potersi escludere già a livello di concetto una *completa equiparazione* fra principi e clausole generali anche per il solo fatto che i primi sono solitamente considerati *norme*, mentre le seconde – come già s'è visto –

²⁶ Su cui si sofferma, diffusamente e sin dalle prime pagine, il già più volte ricordato studio di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., al quale si rinvia per la ricostruzione del relativo dibattito.

²⁷ Cfr. ad esempio G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p.147 ss.

figurerebbero come *frammenti di norme* (per di più riconducibili a espresse *disposizioni* costituzionali).

Trattasi tuttavia di considerazioni, per quanto analiticamente esatte, dal valore euristico alquanto blando. Una volta acquisito che i principi sono *norme* e le clausole generali soltanto *frammenti* di norme, infatti, il problema del loro rapporto torna a porsi, solo meglio specificato, fra i termini – questa volta omogenei – costituiti dai principi da una parte e dalle norme inclusive d’una o più clausole generali dall’altra.

Le due entità parrebbero in effetti, per certi versi, mostrare più d’una “somiglianza di famiglia”, al punto che i principi costituzionali sono stati talora indicati addirittura come “archetipi” delle clausole generali²⁸. Sembrerebbe dunque porsi fatalmente il quesito circa i loro *nessi d’implicazione*, se del caso reciproca. I principi costituzionali sarebbero *strutturalmente* caratterizzati dalla presenza al loro interno d’una clausola generale? E, d’appresso, *ogni* norma della Costituzione contenente una clausola generale sarebbe per ciò solo *automaticamente* un principio?

In generale – volendo cioè sviluppare un discorso *universalmente* valido, per *qualsiasi* concezione di principio (costituzionale) – anche questo dilemma parrebbe (analiticamente) destinato a “dissolversi”. Prescindendo dai casi tutto sommato marginali in cui sia lo stesso legislatore (costituzionale) a battezzare una norma come ‘principio’ (o ‘principio fondamentale’)²⁹, sotto questa formula s’intendono infatti in letteratura cose diversissime³⁰ e *non in*

²⁸ Cfr. A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 544: «nei sistemi di diritto codificato, clausole generali possono essere presenti nelle Carte costituzionali oppure nei codici e nelle leggi. Si potrebbe osservare che, i “principi fondamentali” delle moderne Costituzioni rappresentano “archetipi” di clausole generali (ad es. i principi di *eguaglianza* e di *pari trattamento ex art. 3 Cost. it.* o quello della ‘funzione sociale’ della proprietà o della ‘libertà’ dell’iniziativa economica privata o della retribuzione ‘sufficiente’)».

²⁹ Vedi R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 641, dove s’osserva come tra i principi «taluni sono non solo espressamente formulati, ma anche espressamente identificati come tali dalle stesse autorità normative. È il caso, tanto per esemplificare, degli artt. 1-12 della Costituzione, che lo stesso costituente ha voluto qualificare come “Principi fondamentali”».

³⁰ Vedi già N. BOBBIO, (voce) *Principi generali di diritto*, in *Nvss. dig. it.*,

tutte le definizioni il rinvio a una *pluralità* di criteri di giudizio (giuridici o meta-giuridici) fra loro concorrenti figura come elemento necessario e/o sufficiente.

È stato sottolineato ancora recentemente che «il concetto di principio è controverso in letteratura. Forse la sola idea che tutti gli autori paiono condividere è che i principi siano norme indeterminate»³¹, ma – come si è visto – col definire i principi delle norme indeterminate non si “guadagna” poi molto, in particolare sul piano costituzionale. E ancora meno si può sperare d’ottenere se si pone mente al fatto che – sebbene di fatto a essere chiamati ‘principi costituzionali’ siano usualmente norme d’una certa pregnanza³² o con un alto “contenuto assiologico”³³ – «in astratto, qualunque norma, a parte quelle di grado infimo, è potenzialmente configurabile come principio»³⁴.

Alla luce di queste premesse, dunque, risulta persino intuitivo concludere come – giacché la qualifica di una norma come ‘principio’ verrebbe pressoché integralmente a dipendere dall’interpretazione³⁵ –

1966, p. 893 s.: «i principi generali non costituiscono affatto una categoria semplice ed unitaria; anzi con questa espressione si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto. [...] Uno dei maggiori risultati raggiunti dalla rinnovata discussione sui principi è certamente la consapevolezza della varietà di forme in cui si presentano, onde si fa strada la convinzione che molte divergenze sulla loro natura e sulla loro origine e sul loro fondamento dipendano esclusivamente dal fatto che i diversi opinanti intendano, pur usando la stessa espressione, fenomeni diversi».

³¹ R. GUASTINI, *Nuovi studi sull’interpretazione*, cit., p. 119 s.

³² Cfr. A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2006, p. 18, dove s’osserva come le relative disposizioni «da un lato, intendono dar forma, in modo solenne ed impegnativo, alle basi ideali dell’ordinamento che la costituzione aspira a fondare, d’altro lato, fissano le regole fondamentali di tale ordine».

³³ Secondo l’insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990, p. 849, dove si ritrova la fortunata formula dell’«eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)».

Fra le sue ampie riprese nella letteratura successiva vedi almeno, fra i costituzionalisti, F. SORRENTINO, *I principi generali dell’ordinamento giuridico nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, p. 184 e F. MODUGNO, (voce) *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. giur.*, 1991, p. 10.

³⁴ P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, cit., p. 88.

³⁵ Vedi ancora R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit.,

possano esserci anche “semplici” *norme* (norme non qualificate come ‘principi’) *dotate d’una clausola generale* e al tempo stesso *principi* (norme qualificate come ‘principi’) *sprovvisi d’una clausola generale*³⁶.

Altrimenti detto, «non ogni volta che si ha a che fare con una clausola generale si ha a che fare *ipso facto* con un principio, la mera presenza di un termine valutativo non comporta la qualificazione dell’enunciato normativo che lo contiene e del suo significato come principio. Allo stesso modo non ogni principio è una clausola generale, vale a dire che non è un elemento necessario dei principi essere costituiti anche da termini valutativi»³⁷.

L’osservazione, se riferita appunto a un discorso di portata *generale* sui principi (anche costituzionali), parrebbe non soltanto esatta, ma risolutiva. Ciò non toglie, tuttavia, che si possano rinvenire delle intersezioni più feconde e scientificamente stimolanti fra la tematica delle clausole generali e quelle dei principi se dal piano dei discorsi validi per *tutte* le categorie di principi (di tutte le norme rubricate o rubricabili come ‘principio’) si passa a quello delle *single, specifiche concezioni* dei principi costituzionali.

p. 645, per il quale «l’identificazione dei principi involge discrezionalità [...] per il fatto che una medesima disposizione normativa può – sovente, se non sempre – essere interpretata indifferentemente come una regola specifica o come un principio».

³⁶ Così, se bene intendo, anche A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 544: «il rapporto tra *principi costituzionali* e *clausole generali* non è tanto facile a definirsi. Si potrebbe dire che, nell’ambito delle stesse Carte Costituzionali, può riprodursi la distinzione fra principi aventi forma di “clausola generale” (ad es., il principio di *eguaglianza*) e prescrizioni aventi forma di *statuizione normativa* (ad es., la norma sulla espropriazione previo indennizzo)».

³⁷ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 79.

In questo senso anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 329: «i principi, espressi o inespressi, rappresentano sovente norme giuridiche molto vaghe [...] che, in quanto tali, lasciano un ampio margine di discrezionalità agli interpreti e si dimostrano, perciò, particolarmente sensibili alle trasformazioni del costume. Ma (quando non includano una “clausola generale”) i principi sono pur sempre norme il cui contenuto, nella misura in cui è determinabile, resta relativamente indipendente dalle mutevoli regole sociali, non essendo ricavato direttamente, per via di un’eterointegrazione del sistema, dai mutevoli parametri valutativi extragiuridici. In altre parole, i principi generali sono norme giuridiche positive, invece le regole etico-sociali alle quali si richiamano i concetti vaghi socialmente tipici non lo sono».

Approfondirle tutte eccede le ambizioni di questo studio. Dovendo scegliere, nell’economia del lavoro si tenterà allora per lo meno di confrontarsi (*infra*, § 3.4.) con la problematica del rapporto tra le clausole generali e (una piccola parte del)la teoria neocostituzionalistica sui principi – oggi largamente diffusa in qualità di principale competitore alla prospettiva positivistica – che con la tematica delle clausole generali parrebbe mostrare le affinità più significative.

Proprio uno di questi potenziali tratti comuni, costituito dalla “compromissorietà” che, specialmente in ambito neocostituzionalistico, s’è soliti attribuire al diritto (costituzionale) per principi³⁸ e che per certi versi parrebbe poter essere caratteristica imputabile pure alle clausole generali, del resto, suggerisce ora una tappa intermedia dedicata appunto all’ipotesi delle clausole generali come tecnica “compromissoria” di redazione del testo costituzionale.

³⁸ Vedi per tutti A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. XVI, dove s’osserva come «nelle democrazie pluralistiche, infatti, il “popolo sovrano” è strutturalmente destrutturato, nel senso che la costituzione non è il prodotto di un soggetto unitario (come continua a pensarsi nelle mitologie costituzionalistiche), ma è il frutto di combinazioni “compromissorie” mutevoli, dirette a fissare i canoni-limite della convivenza comune fra le molteplici parti politiche e sociali» (corsivo mio).

In senso critico rispetto all’idea della *compromissorietà* della Carta costituzionale, ponendo l’accento sul dato di *conflittualità* in essa implicato, s’esprime viceversa R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, cit., p. 23, secondo cui «la costituzione serve perché è contraddittoria nelle sue affermazioni di principio [...]. Che i principi incorporati dalla costituzione siano incoerenti, anzi antitetici, non è dunque un difetto imputabile alla costituzione, ma una sua caratteristica strutturale ineliminabile. Se i costituenti avessero voluto e potuto conciliare le opposte visioni che li dividevano, la Costituzione italiana sarebbe stata cosa del tutto diversa da quello che è: non avrebbe incorporato il conflitto, ma affermato la sua soluzione; non sarebbe una carta aperta agli sviluppi successivi, all’evoluzione della legislazione come ricerca di equilibri mai definitivi tra i principi enunciati, ma avrebbe posto regole dirette a fissare una volta per tutte determinate precedenze tra interessi o gerarchie tra valori». Posizione a sua volta contestata – tanto dal punto di vista storico, quanto per le implicazioni pratiche (ma con motivazioni, a ben vedere, più che altro legate alla differente impostazione metodologica) – da G. BOGNETTI, *Cos’è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 12 ss.

3.3. *Le clausole generali costituzionali (C.G. n. 4): una tecnica “compromissoria”?*

S’è già più volte sottolineato come le clausole generali costituiscono per lo meno *anche* una tecnica legislativa di costruzione della fattispecie (*supra*, § 2.2.1.) e che, pertanto, la loro introduzione nel tessuto ordinamentale dipenda necessariamente da una specifica opzione in tal senso da parte del legislatore.

A tale necessità, tuttavia, non è sempre corrisposta un’altrettanto chiara consapevolezza del legislatore storico di volta in volta introducendo termini valutativi nei propri documenti giuridici circa il senso *preciso* di tale inserimento e del meccanismo così innescato.

Se anzi limitiamo la nostra indagine alle clausole generali *costituzionali*, l’impressione – invero – è che lo specifico panorama teorico-giuridico e culturale del Costituente al momento della redazione della Carta repubblicana fosse per lo più ben distante dai percorsi e soprattutto dagli approdi cui è successivamente giunta la riflessione della dottrina in tema di clausole generali.

Da qui anche la domanda relativa a quella che, mutuando un lessico privatistico, potremmo chiamare la “volontà degli effetti” che accompagnò l’approvazione degli articoli costituzionali inclusi in quelle oggi denominabili come ‘clausole generali’, e il connesso quesito – già anticipato in chiusura del paragrafo precedente – sulla possibile configurazione di queste ultime (clausole generali) quali specifiche forme di “compromesso costituzionale”.

E in effetti, anticipando, sembrerebbe potersi dire che le clausole costituzionali – concentrandoci qui principalmente su quella della ‘utilità sociale’ per la maggior presenza di dibattito sul punto – furono sì oggetto d’un “compromesso” in ordine alla loro adozione, ma in un senso non esattamente sovrapponibile a quello che talora viene attribuito a questo termine, nonché, soprattutto, sulla base d’una idea di esse assai differente da quella in séguito attestata nella letteratura giuridica.

3.3.1. Il dibattito alla Costituente

La preoccupazione espressa alla Costituente con riferimento a formule, come quelle ritenute tipiche delle clausole generali, quali appunto ‘utilità sociale’, ‘utilità generale’, ‘fini sociali’ e così avanti fu essenzialmente di duplice matrice. Da una parte si segnalava l’irrimediabile vaghezza, o addirittura la totale assenza di significato delle relative espressioni. Dall’altra parte, corrispettivamente, si paventava l’elevata probabilità d’un “approfittamento” arbitrario da parte del soggetto chiamato a farle operare in concreto.

Rimane emblematico al riguardo l’intervento di Luigi Einaudi alla seduta del 9 maggio del 1947 dove, richiamate le insuperabili difficoltà della scienza economica a definire con esattezza l’‘utilità sociale’³⁹, egli osservava: «io credo che sia pericoloso, ed anche un po’ senza contenuto preciso, scrivere nella legislazione una massima della quale nessuno finora, ripeto, in 150 anni di ricerche, sia mai riuscito a trovare il significato preciso. Una norma la quale

³⁹ Einaudi, 9 maggio 1947 (A.C., 3778): «La difficoltà intorno a cui invano si sono finora travagliate generazioni intere di studiosi è costituita da quello che, in linguaggio abbreviato, si dice essere il ponte fra l’utilità di un individuo e quella di ogni altro individuo. Ebbene, questo ponte non si è ancora trovato. Noi possiamo apprezzare quale sia l’utilità che ogni singolo individuo conferisce al fine che vuole conseguire, ad ogni cosa di cui si vuole appropriare, ma nessuno di noi è riuscito a sapere quale sia il significato che una collettività, anche di sole due persone, può dare all’utilità non dei singoli, ma dell’insieme dei due. Non è possibile fare la somma, né aritmetica, né algebrica, né organica, né di qualsiasi altra maniera, delle utilità di due individui realmente diversi. È questa una difficoltà intorno alla quale si sono travagliate generazioni di studiosi, di uomini di prim’ordine. Ma ancora essa persiste. È una delle tante difficoltà che esistono nello studio della scienza dell’economia politica. Tale difficoltà esistendo, io non riesco a comprendere quale possa essere il significato di un piano il quale sia indirizzato a dare il massimo di utilità sociale. Saranno i legislatori i quali diranno a noi quale sia questo piano che dia il massimo di utilità sociale».

Si osservi, incidentalmente, come nel discorso di Einaudi qui riportato il richiamo alla ‘utilità sociale’ veniva automaticamente a essere inteso non tanto come un rinvio a “criteri di giudizio *sociali*” (a ciò che la coscienza collettiva avesse mano a mano *ritenuto* ‘socialmente utile’), quanto piuttosto come un rinvio relativo al concetto discusso – con pretese (frustrate) di esattezza e di definitività – all’interno della *scienza economica*. Ed è evidente che in questo secondo caso (ma solo in questo secondo caso) l’argomento di Einaudi può effettivamente guadagnare in stringenza.

non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ad arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma, essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi di interpretazione saranno conformi a ciò che non esiste. Ma passo oltre a questa difficoltà, la quale potrebbe non sembrare conclusiva a uomini politici. I politici potrebbero dire: affermiamo un principio, anche se questo è senza senso, in quanto penseranno i legislatori del futuro a dare quel senso che ad essi piacerà meglio. Ma ciò dicendo, noi lasciamo questo principio, come dicevo prima, all'arbitrio del legislatore futuro. C'è però un'altra difficoltà alla quale io mi sono trovato di fronte nell'esaminare il principio stabilito nell'emendamento: ed è che esso soffre della medesima interpretazione limitatamente benevola che si deve dare a tutti gli sforzi di coloro che vogliono conciliare l'inconciliabile»⁴⁰.

Giudizio estremamente *tranchant* ribadito puntualmente dall'illustre economista anche al momento dell'approvazione dell'articolo in questione (l'attuale art. 41 Cost.): «vedo che l'Assemblea è propensa ad introdurre nei testi legislativi parole le quali non hanno un significato preciso e su cui i commentatori avranno in avvenire ampio campo a discutere [...]. Avevo già imparato che nelle Costituzioni di oggi si usano indicare principi ed additare indirizzi per l'azione successiva del legislatore. Apprendo ora che, oltre ad indicare principi ed indirizzi per il legislatore futuro, si formulano anche auguri, che in avvenire si riesca a scoprire il significato delle parole che oggi non si conosce»⁴¹.

Le osservazioni ampiamente corrosive che il futuro Presidente della Repubblica esprimeva alla Costituente sul richiamo alla 'utilità sociale' effettuato dall'art. 41 Cost. consentono così d'illustrare nel modo migliore come altro è discorrere sulla struttura e sulla funzione per così dire *oggettiva* delle clausole generali costituzionali, altro riflettere sulla (compiuta) *intenzionalità* della scelta legislativa (qui: costituente), soprattutto con riferimento agli specifici

⁴⁰ Einaudi, 9 maggio 1947 (A.C., 3778).

⁴¹ Einaudi, 13 maggio 1947 (A.C., 3937 s.).

effetti generati dall'immissione di queste clausole generali nel testo costituzionale.

A tal riguardo, quasi mai fu dato d'avvertire una precisa e generalizzata consapevolezza dei Costituenti, tra i quali il più delle volte – soprattutto, ma non solo, per coloro che più rimanevano ancorati a una visione "positivista" del diritto e della sua certezza (anche diacronica) – il significato che abbiamo in precedenza inquadrato come potenzialmente plurimo, strutturalmente non (pre-)determinato e dal contenuto temporalmente mutevole che parrebbe proprio delle clausole generali veniva equiparato all'assenza di significato *tout court* (significato potenzialmente plurimo e/o dal contenuto mutevole = nessun significato).

Si osservi peraltro, a tal riguardo, che anche coloro che (in maggioranza) si risolsero per votare contro gli emendamenti soppressivi che Einaudi sollecitava, non per questo necessariamente dissentivano dalla sua analisi circa il *significato* della formula 'utilità sociale' e delle altre consimili. Piuttosto, a fronte del segnalato pericolo d'arbitrio soggettivo delle future classi politiche prevalenti⁴² che sarebbe derivato dall'inserire in Costituzione «dei limiti e-

⁴² Ribadito anche da Parri, 9 maggio 1947: «Voi parlate di 'utilità sociale', e questo – è stato già detto – introduce un criterio soggettivo di scelta, pericolosamente esposto all'arbitrio di variabili maggioranze politiche» (A.C., 3794).

Su posizioni più moderate, ma sostanzialmente fondate sul medesimo presupposto di fatto (circa la scarsa significatività della formula 'utilità sociale') vedi anche Corbino, 9 maggio 1947: «se tutti ammettiamo che l'attività dello Stato debba essere diretta al fine di ottenere, non dirò il massimo di utilità sociale in senso assoluto – che non esiste – ma quel massimo di utilità sociale che dalla classe dominante è volta per volta riconosciuto corrispondente alla definizione che dovremmo dare nella Costituzione, perché dobbiamo mettere nella Costituzione delle cose che ci potrebbero, in un certo senso, danneggiare e non ci gioverebbero proprio a nulla?» (A.C., 3785).

Si leggano inoltre le gustose chiose di Maffioli, che nella sessione 3 maggio 1947, dopo aver lamentato come «una proprietà privata, che nel contempo ha una funzione che viene considerata eminentemente "sociale", cioè "comune", è in definitiva regolata dal potere centrale, a suo esclusivo piacere anche nel modo di godimento», con riferimento alla formula consimile ('interesse generale') poi confluita nell'attuale art. 42, parlava di «quell'araba fenice che si chiama 'comune interesse' (interesse che, come tutti sanno, è poi sempre quello della cricca dominante)» (A.C., 3521).

lastici, delle riserve vaghe e minacciose d'interventi statali»⁴³, mostravano di riporre una maggior fiducia nelle capacità del legislatore⁴⁴ d'interpretare al meglio, forte della sua legittimazione democratica, l'evolversi della situazione economico-sociale del paese⁴⁵.

Sulla 'utilità generale' vedi infine ancora Einaudi, 13 maggio 1947: «Non ho mai veduto, infatti, che ci sia uno il quale si voglia appropriare della cosa pubblica, che non abbia mai pretestato l'utilità generale e non sia riuscito a far prevalere la tesi che il fine suo privato coincide con l'utilità generale» (A.C., 3961).

Preoccupazioni non dissimili venivano espresse con riferimento ad altri prototipi di clausole generali, come nel caso della 'esistenza libera e dignitosa' di cui all'attuale art. 36, espressione che Della Seta, nella sessione del 7 maggio 1947, riteneva «troppo vaga», domandando poi retoricamente «chi sarà il giudice della libertà e della dignità?» (A.C., 3682).

⁴³ Cortese, 3 maggio 1947 (A.C., 3512).

⁴⁴ È non senza rilievo notare come le valutazioni mutassero almeno parzialmente di segno quando una diversa clausola generale, quella del 'buon costume' (o delle 'pubblicazioni oscene', in una precedente versione), sarebbero state da valutare in prima battuta dalla polizia giudiziaria.

Si consideri a tal proposito il dibattito svoltosi in Commissione il 27 settembre 1946. Qui da una parte alle posizioni di coloro che, come Moro e Mancini, ritenevano come «alla parola 'osceno' non si può dare che il significato etico-giuridico dal codice penale» (A.C., 150), si contrapponevano coloro i quali, invece, come Lombardi Giovanni e Lucifero, rilevavano (rispettivamente) come «dare una definizione della oscenità non è cosa facile» (A.C., 150) o «che il giudizio sulla oscenità o meno di una pubblicazione sia un giudizio di grande delicatezza. Si sono viste considerare oscene delle opere d'arte che ormai sono internazionalmente riconosciute come dei capolavori» (A.C., 149).

Le maggiori perplessità, comunque, non venivano sollevate con riferimento al contenuto oggettivo che la clausola generale avrebbe potuto assumere nel corso del tempo, né sulla opportunità di perseguire gli obiettivi (preventivi e repressivi) a cui la clausola generali in questione era funzionale, bensì solo sui possibili abusi dell'applicatore, e specificamente della polizia giudiziaria.

Così Bacco osservava «che la difficoltà è nel pericolo di abuso, non nell'applicazione della disposizione» (A.C., 149), mentre Mastrojanni riconosceva «la necessità della repressione della stampa oscena», ma «non riconosceva negli agenti di polizia giudiziaria la capacità di giudicare sulla necessità del sequestro preventivo» (A.C., 150) e Cevolotto riteneva che il comma contenente detta clausola generale aprisse «un altro varco agli abusi da parte della pubblica sicurezza che, ravvisando artatamente un carattere osceno in pubblicazioni che non lo hanno potrebbe sopprimerle» (A.C., 149); *adde* anche La Rocca, 25 gennaio 1947, là dove osservava «che l'espressione 'buon costume' può dar luogo ad arbitrio» (A.C., 176).

Un raro esempio della considerazione del 'buon costume' in termini più vicini alle clausole generali è forse riscontrabile in Codacci Pisanelli, 28 gennaio 1947, il quale riteneva che «con tale formula, l'inconveniente da qualche parte

Come che sia, la decisione d'inserire le formule qui identificate come clausole generali *nonostante* le obiezioni espressamente sollevate da parte di alcuni (peraltro autorevoli) costituenti, non si basa certo sull'idea d'introdurre, per il tramite delle clausole generali in discorso, delle "non norme" all'interno del testo costituzionale⁴⁶.

Il "compromesso" che tali clausole generali esprimevano negli intenti dei loro autori storici sembrava piuttosto quello di porre al legislatore futuro – si badi, *non al giudice* (ordinario o costituzionale che fosse)⁴⁷ – un seppur vago vincolo di scopo, rinviando così

lamentato, cioè la possibilità che venga impedita la stampa d'opere ormai ammesse nella nostra letteratura, potrebbe essere evitato *in quanto la formula stessa consentirebbe al funzionario che deve applicare la legge di interpretarla nel senso indicato dalla esperienza*» (A.C., 205, corsivo mio).

⁴⁵ Cfr. Malagugini, 9 maggio 1947: «Ora l'onorevole Einaudi, partendo dal presupposto – dal quale del resto è partito anche l'onorevole Corbino – che determinare il massimo di utilità sociale sia impossibile, è arrivato a questa conclusione: che noi lasciamo – ripeto le sue parole, e se ho annotato inesattamente lo prego di correggermi – "che noi lasciamo all'arbitrio del legislatore futuro di dare un senso alla frase". Ma perché, onorevole Einaudi, dobbiamo parlare di arbitrio del legislatore futuro? Mi scusi, il legislatore futuro chi sarà? Sarà il Parlamento, sarà l'Assemblea nominata dal popolo italiano in libere elezioni. Non sarà quindi un arbitrio il suo, ma bensì l'interpretazione della volontà del popolo italiano in quel determinato momento» (A.C., 3792).

⁴⁶ Tanto più che una simile lettura delle intenzioni soggettive dell'emittente implicherebbe, sul versante oggettivo, una chiara violazione del canone ermeneutico generale (di particolare rilievo anche in campo giuridico), secondo cui gli enunciati (e loro singole componenti) dovrebbero interpretarsi *magis ut valeant*, ovvero nel senso di poter esprimere un significato (possibilmente coerente) piuttosto che nessuno.

⁴⁷ Sul punto cfr. esattamente S. BARTOLE, (voce) *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, p. 303: «è difficile credere che, avendo scelto la via di un irrigidimento costituzionale, questi [i Padri costituenti, *n.d.a.*] abbiamo poi inteso rimettere la concretizzazione del compromesso e i suoi ulteriori sviluppi ad autorità non elettive, istituzionalmente estranee alle parti stipulanti il compromesso medesimo».

Va da sé come questo, storicamente, non ha impedito che, col trascorrere del tempo e al mutare della cultura giuridica, l'originario intento dei Costituenti sia passato in secondo piano. Cfr. in proposito A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 662: «non è senza giustificazione che talora si ricorre a nozioni a contenuto variabile per realizzare compromessi politici che consentono di sbloccare situazioni altrimenti senza uscita; il fatto che questo genere di soluzioni scarichi sul giudice responsabilità per esso inabituali presenta certo degli inconvenienti, ma non è detto che non rappresenti un male

le decisioni concrete a una successiva istanza decisionale dell'organo rappresentativo.

3.3.2. *Compromessi “dilatatori”*

Parrebbe logico, a questo punto, riflettere più nel dettaglio sull'attitudine delle (norme contenenti) clausole generali a costituire una forma d'espressione di quei “compromessi dilatatori”, secondo la celebre definizione di Carl Schmitt, che talora albergherebbero nei documenti costituzionali⁴⁸.

La natura di detti compromessi sarebbe quella di favorire un accordo soltanto sulla *formula*, non già sul *contenuto* (sulla *parola*, non sul *concetto*), rendendo vano ogni ragionamento propriamente interpretativo su di essa.

A tal riguardo Schmitt, con riferimento alla Costituzione di Weimar⁴⁹, parlava specificamente di «compromessi impropri» (*unechten Kompromissen*), asserendo che tali compromessi sarebbero da definire «fittizi, poiché essi non riguardano nessuna decisione oggettiva raggiunta con una concessione reciproca; la loro

minore di fronte ai rischi derivanti dalla paralisi dell'attività degli organi costituzionali».

⁴⁸ Sulle norme costituzionali compromissorie si veda ora l'importante studio di S.-I.G. KOUTNATZIS, *Kompromisshafte Verfassungsnormen. Grundlagen und Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Verfassung*, Baden-Baden, 2010.

Più in generale, sul concetto di compromesso (anche) nelle sue interazioni con la dimensione giuridica, cfr. anche W.A. JÖHR, *Der Kompromiss als Problem der Gesellschafts-, Wirtschafts- und Staatsethik*, Tübingen, 1958; J.R. PENNOCK, J. W. CHAPMAN (a cura di), *Compromise in Ethics, Law and Politics*, New York, 1979; V. BÜCHLER-TSCHUDIN, *Demokratie und Kompromiss*, Basel-Stuttgart, 1980; O.-H. MÜHLEISEN, (voce) *Kompromiss*, in GÖRRES GESELLSCHAFT (a cura di), *Staatslexikon. Recht – Wirtschaft – Gesellschaft*, III, Freiburg, 1987; M. GREIFFENHAGEN, *Kulturen des Kompromisses*, Opladen, 1999; H. SCHULZE-FIELTIZ, (voce) *Kompromiss*, in W. HEUN *et al.* (a cura di), *Evangelisches Staatslexikon. Neuausgabe*, Stuttgart, 2006.

⁴⁹ Sulla quale cfr. sinteticamente anche V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 124, che la definiva come «esempio particolarmente significativo di compromesso insincero tra opposte correnti politiche e di effettiva incapacità quindi a risolvere, od anche semplicemente ad avviare a soluzione, i grossi problemi posti dalla realtà della situazione del paese».

essenza consiste invece proprio nel differire ed aggiornare questa decisione. Il compromesso consiste, cioè, nel trovare una formula che soddisfi tutte le richieste contraddittorie e lasci indecisi in una locuzione ambigua i veri punti della disputa. *Essa contiene perciò solo un enunciato esteriore, linguistico, dal contenuto oggettivamente inconciliabile.* Questi compromessi fittizi sono in un certo senso compromessi effettivi, giacché essi non sarebbero possibili, se fra le parti non vi fosse nessuna intesa. Ma l'intesa non riguarda l'oggetto; si è d'accordo soltanto nell'aggiornare la decisione e nel lasciarsi aperte le interpretazioni e le possibilità più disparate. Il compromesso non riguarda quindi la soluzione oggettiva di una questione per via di reciproche concessioni obiettive, ma l'accordo mira invece ad accontentarsi di una formula dilatoria che tenga conto di tutte le pretese»⁵⁰.

In questi casi non ci sarebbe alcuno spazio per un'analisi semantica fruttuosa, giacché «non è proprio possibile interpretare una volontà che non esiste. *Dove non c'è nessuna volontà, anche il più grande acume giuridico perde la sua ragion d'essere. Ogni trattazione "normativa" finisce qui in una misera pedanteria.* Se la costituzione [...] non contenesse altro che questi compromessi dilatori, il suo valore sarebbe veramente illusorio e si dovrebbe essere preparati a decisioni fondamentali prese fuori dalle procedure e dai metodi costituzionalmente previsti»⁵¹.

Un simile modo di procedere, com'è noto, fu a suo tempo rimproverato come caratteristico anche di numerose parti della Carta costituzionale repubblicana.

Ben note a tal proposito sono per esempio le critiche di Benedetto Croce, il quale in Assemblea Costituente affermava come i tre partiti del Governo, nel redigere il Progetto di Costituzione, «non vi perseguivano un medesimo fine pratico», e questo avrebbe portato ad una «mirabile concordia di parole e discordia di fatti», col risultato di abbondanti «compromessi, sterili, o fecondi solo di

⁵⁰ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 52 (corsivo mio).

⁵¹ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 56 (corsivo mio).

pericoli e concetti vaghi e contraddittori»⁵², là dove pure Palmiro Togliatti – pur sottolineando i molti aspetti positivi del Progetto di Costituzione, anche per le sue premesse “compromissorie”⁵³ – ammetteva che in certi casi si sarebbe tuttavia seguita la (diversa) strada del «compromesso deteriore», ossia del «lavorare non più sulle idee e sui principi, sulle loro deduzioni e conseguenze, nel lavorare esclusivamente sulle parole: nel togliere una parola e metterne un'altra, la quale direbbe approssimativamente lo stesso, ma fa meno paura, oppure può essere interpretata in altro modo; nel sostituire così la confusione alla chiarezza [...]. Tutti gli articoli relativi ai diritti sociali sono stati rielaborati con questo deteriore spirito di compromesso verbale»⁵⁴.

Una situazione sintetizzata con arguzia da Piero Calamandrei, parlando della «parte negativa, quella in cui i partiti non sono riusciti a trovarsi d'accordo con sincerità, nella sostanza: ed è questa la parte che, secondo me, pecca di genericità, di oscurità, di sottintesi. Molte volte si sente che si è cercato di girare le difficoltà, anziché affrontarle, di mascherare il vuoto con frasi messe per figura [...]. È un po' successo, agli articoli di questa Costituzione, quello

⁵² Croce, 11 marzo 1947 (A.C., 2006 s.).

⁵³ Togliatti, 11 marzo 1947: «Che cos'è un compromesso? Gli onorevoli colleghi che si sono serviti di questa espressione, probabilmente l'hanno fatto dando ad essa un senso deteriore. Questa parola non ha però in sé un senso deteriore, ma se voi attribuite ad essa questo senso, ebbene scartiamola pure. In realtà, noi non abbiamo cercato un compromesso con mezzi deteriori [...]. Meglio sarebbe dire che abbiamo cercato di arrivare ad una unità, cioè d'individuare quale poteva essere il terreno comune sul quale potevano confluire correnti ideologiche e politiche diverse, ma un terreno comune che fosse abbastanza solido perché si potesse costruire sopra di esso una costruzione, cioè un regime nuovo, uno Stato nuovo e abbastanza ampio per andare al di là anche di quelli che possono essere gli accordi politici contingenti dei singoli partiti che costituiscono, o possono costituire, una maggioranza parlamentare. Ritengo questo sia il metodo che doveva e deve essere seguito se si vuol fare opera seria» (A.C., 1995). Lo stesso Togliatti così concludeva: «se questa confluenza di due diverse concezioni su un terreno ad esse comune volete qualificarla come 'compromesso' fatelo pure. Per me si tratta, invece, di qualcosa di molto più nobile ed elevato, della ricerca di quella unità che è necessaria per poter fare la costituzione non dell'uno o dell'altro partito, non dell'una o dell'altra ideologia, ma la costituzione di tutti i lavoratori italiani, di tutta la nazione» (A.C., 1996)

⁵⁴ Togliatti, 11 marzo 1947 (A.C., 1996).

che si dice avvenisse a quel libertino di mezza età, che aveva i capelli grigi e due amanti, una giovane e una vecchia: la giovane gli strappava i capelli bianchi e la vecchia gli strappava i capelli neri; e lui rimase calvo. Nella Costituzione ci sono purtroppo alcuni articoli che sono rimasti calvi»⁵⁵.

Resta tuttavia ora da chiedersi se la descrizione riservata da Schmitt ai compromessi dilatori, e riecheggiante in alcune critiche rivolte a certe parti del nostro testo costituzionale dai suoi stessi autori, possa adattarsi in modo credibile anche a quegli specifici compromessi raggiunti con l'immissione delle clausole generali nel testo della nostra Costituzione.

Il quesito, in realtà, nasconde un'insidia già a causa della sua formulazione unitaria, giacché, viceversa, la risposta parrebbe suscettibile d'essere sviluppata in due direzioni, l'una corrispondente al possibile compromesso raggiunto *attraverso la* clausola generale, l'altra al compromesso raggiunto *sulla* clausola generale.

Trattasi, evidentemente, di cose assai diverse e che qui converrà tener distinte.

3.3.2.1. *Il compromesso attraverso le clausole generali costituzionali*

La prima tipologia di compromesso, infatti, consiste (nel caso di specie) nella decisione, al momento stesso in cui si proclama solennemente una libertà o un diritto costituzionale, di "gravare" contestualmente questi ultimi con formule limitative assai vaghe come quelle delle clausole generali, col (paventato) rischio che le seconde di fatto annullino la portata garantistica del primo.

A ben vedere, la natura "autentica" dei compromessi dilatori di Schmitt starebbe proprio in questa insanabile contraddizione fra contenuti diversi *all'interno della medesima norma*: i «compromessi

⁵⁵ Calamandrei, 4 marzo 1947 (A.C., 1745).

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

formali dilatori sono [...] della più grande importanza giuridica, perché dimostrano come qualche disposizione costituzionale non contenga assolutamente nessuna decisione, neppure una decisione di compromesso. Come si è accennato, può essere politicamente intelligente e ragionevole aggiornare in questo modo la decisione. Tuttavia, la peculiarità del compromesso formale dilatorio deve continuare a essere consapevole, poiché altrimenti l'interpretazione giuridica di queste disposizioni costituzionali cadrebbe in una confusione irrimediabile. *Se deve essere stabilita la “volontà della legge” ed in realtà non esiste nessuna altra volontà che quella di non avere per il momento in quella circostanza nessuna volontà, ma di aggiornarla, allora tutti i pezzi di bravura linguistica, tutti i rovistamenti della storia delle origini, tutte le enunciazioni private dei deputati partecipi possono condurre sempre soltanto al risultato che è posta in evidenza e fatta valere una parola del testo della legge contro l'altra, una frase contro l'altra senza che sia possibile un'argomentazione convincente, finché si procede in modo intellettualmente onesto»⁵⁶.*

Non v'è dubbio che una tecnica compromissoria di questo genere si presti a essere praticata (non solo, ma) *anche* attraverso l'utilizzo delle clausole generali, e che soprattutto all'interno della c.d. costituzione economica proprio l'utilizzo di clausole generali in chiave limitativa dei diritti ivi sanciti abbia in principio evocato preoccupanti scenari d'incertezza⁵⁷, dai tratti che col senno di poi (ma *solo* col senno di poi) si potrebbero considerare quasi apocalittici⁵⁸.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 55 (corsivo mio).

⁵⁷ Cfr. ancora Calamandrei, 4 marzo 1947, il quale a proposito dell'attuale art. 41 si immaginava: «un dialogo fra un conservatore e un progressista: l'uno e l'altro vi troverà argomenti per sostenere che la Costituzione dà ragione a lui. Il conservatore dirà: “Vedi, la proprietà privata è riconosciuta e garantita”. Il progressista risponderà: “Sì, ma i beni possono appartenere allo Stato o ad enti pubblici”. Il conservatore, o liberale che sia, dirà: “L'iniziativa economica privata è libera”. Il progressista risponderà: “Sì, ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”» (A.C., 1747).

⁵⁸ Si pensi, ad esempio, ai timori assai polemicamente espressi sull'intera configurazione della costituzione economica da Maffioli, 3 maggio 1947: «già col l'articolo 37 precedente, ci si era dati cura di precisare previamente che “la legge

Tuttavia, se è ben vero che una norma contenente una clausola generale possa costituire il prodotto d'un compromesso dilatorio – e pertanto riconducibile a una disposizione sostanzialmente indecifrabile o a-significante dal punto di vista del suo concreto contenuto prescrittivo – anche *grazie* alla clausola generale in essa contenuta, ciò non dipende in alcun modo dall'ipotetica "natura compromissoria" della clausola generale stessa.

Il compromesso "deteriore" in discorso, infatti, come già si vedeva, è dovuto alla contemporanea presenza di *più* scelte fra loro *inconciliabili* che albergano all'interno della medesima norma e rispetto a ciò la presenza o meno d'una clausola generale parrebbe un mero *accidente*.

determina" le norme e i controlli – cioè gli ulteriori limiti – perché le attività economiche private possano essere "armonizzate ai fini sociali", fini sociali che costituiscono una vera idea fissa che domina l'intero titolo III. Quasi non bastasse ancora, nell'articolo 39 si ribadisce poi nuovamente che l'esercizio dell'iniziativa privata non può rivolgersi in contrasto con l'utilità sociale. (Quale poi?). Nell'ultimo comma di tale articolo, si sanziona il diritto dello Stato d'espropriare – sia pure salvo indennizzo – la proprietà privata per il solito motivo di quell'araba fenice che si chiama "comune interesse" (interesse che, come tutti sanno, è poi sempre quello della cricca dominante). Né basta. Nell'articolo 40 si riconferma per l'ennesima volta il diritto dello Stato di espropriare ciò che meglio creda in fatto di imprese singole o addirittura di categorie di imprese. [...] Si potrebbe chiedere, dopo tanto scempio, che cosa resti più dell'affermato e, notisi, garantito istituto della proprietà e dell'iniziativa privata, e se il riconoscimento della loro legittimità non sia fatto per burla. Con tante riserve esplicite ed implicite, dirette e indirette, formali e sostanziali, con gli ultimi emendamenti perentori che dispongono la limitazione quantitativa della proprietà terriera, nonché la limitazione delle successioni, nonché il diritto dello Stato di scacciare l'erede autentico, per carpirgli l'eredità, e infine il diritto delle cosiddette masse di subentrare nella amministrazione delle aziende che non sono di loro proprietà [...], come si potrà più parlare seriamente di proprietà privata, di libero esercizio dei diritti inerenti a tale proprietà, in codesto Stato-piovra, che si riserva di controllare e di sfruttare, secondo il capriccio della cricca imperante, persino le secrezioni sebacee di singoli cittadini? È innegabile che il titolo III del progetto in esame ha posto nel più esplicito dei modi tutti i presupposti etico-giuridici per l'attuazione di un ordinamento totalitario, affermando teoricamente che c'è la proprietà privata, ma in pratica sopprimendo pur anche le tracce della proprietà privata e dell'iniziativa economica privata, e sanzionando la più sfacciata sopraffazione dello Stato in ogni campo della vita pubblica e privata, sì da creare il presupposto statutario di uno schiavismo statale che lo stesso fascismo non aveva osato e saputo concepire» (A.C., 3521).

È ovvio, s'intende, che alcune di esse (scelte), o al limite anche tutte, potrebbero certo essere formulate *attraverso* clausole generali, ma è altrettanto evidente che la reciproca inconciliabilità delle scelte non dipenderebbe dalla loro modalità di formulazione (per il tramite d'una clausola generale o d'altre tecniche legislative), bensì dal relativo *contenuto* (ciò che peraltro ulteriormente confermerebbe la capacità delle clausole generali d'esprimerne uno, seppur indeterminato)⁵⁹.

⁵⁹ Significativa in tal senso, ad esempio, è la posizione espressa da E. CHELLI, *Libertà e iniziativa privata nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 304, in merito all'art. 41 Cost.: «la norma si presenta pertanto *indeterminata* nel suo nucleo politico centrale, *anfibia*, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte e *sottoposta*, in fatto, a *particolare tensione* da parte delle forze politiche operanti nell'ordinamento che mirano ad attribuirle un significato corrispondente ai fini da esse perseguiti. Dinanzi a norme di questa natura l'interpretazione giuridica incontra limiti insuperabili».

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

Più in generale, sulla “compromissoria” dei diritti economici, vedi F. PERGOLESÌ, *Rigidità ed elasticità della costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 56: «se si prendono in considerazione i diritti e i doveri dei cittadini, il massimo della elasticità si riscontra nella disciplina della materia economico-sociale, disciplina che è una delle più criticate dell'intera carta, oltre e non meno che per i suoi presupposti politici, per la sua formulazione. La critica più radicale tende ad escludere ogni normazione, in quanto esclude ogni possibile coesistenza tra libertà e socializzazione, trattandosi di concezioni tra loro inconciliabili», dove pure si osserva come «esclusi, in sede di scelta politica, gli estremi del liberalismo puro e del collettivismo integrale, rimangono delle possibilità di soluzioni intermedie fra i due estremi, in una gamma indefinita di combinazioni le più varie e complesse, a seconda dei servizi e dei settori della produzione e degli scambi. A questo punto l'imbarazzo è nella scelta tra molteplici correnti, differenziate anche in uno sconcertante florilegio di terminologie. Il nostro costituente ha evitato una scelta formale, sinteticamente nominalistica; ha preferito, come del resto era suo compito, indicare vari sistemi di intervento statale in un'economia di plurime combinazioni miste, anche se con disposizioni talora sovrabbondanti o non ben fuse tra loro».

Sui presupposti metodologici (legati *anche*, ma *non solo* al dato linguistico oggetto dell'indagine) che rendevano possibili tali conclusioni vedi ora le puntuali considerazioni di G. DI PLINIO, *Costituzione e scienza economica*, in *Il Politico*, 3/2009, p. 168 ss.

3.3.2.2. *Il compromesso sulle clausole generali costituzionali*

Tutt'altro ragionamento vale per la seconda tipologia di compromesso, che insiste non già sul contenuto complessivo *della norma* all'interno della quale s'inserisca la clausola generale, bensì sul contenuto *della stessa clausola generale*.

Anche qui sembrerebbe di poter dire che l'indeterminatezza di contenuto delle clausole generali abbia almeno in parte favorito il raggiungimento d'un accordo in ordine alla loro approvazione, costituendo – se così si vuol dire – l'oggetto del compromesso che consentiva di non entrare immediatamente nella specifica disciplina di dettagli sui quali non sarebbe stato facile intendersi⁶⁰, posticipando così il momento della decisione in concreto⁶¹.

Nondimeno, né l'indeterminatezza delle clausole generali, né la loro "dilatatorietà" d'una decisione in concreto dovrebbero essere confuse con l'assenza d'un proprio significato (quanto meno relativamente) coerente e con la mancanza assoluta d'un criterio decisionale, come invece succederebbe nel caso dei compromessi dilatori in senso stretto.

Se si pensa alla più volte ricordata caratteristica delle clausole generali di rinviare ad una *pluralità* di parametri di giudizio fra loro *concorrenti*, l'affinità delle due tematiche (clausole generali e compromessi dilatori) parrebbe in un certo senso ravvisabile, ma contemporaneamente (e necessariamente) da precisare.

⁶⁰ Vedi esattamente S. BARTOLE, (voce) *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, cit., p. 301, là dove osserva come «l'indeterminatezza o latitudine degli enunciati soddisfa alla necessità di trovare formulazioni normative non impegnative, capaci di riscuotere un largo arco di consensi in quanto espressive delle necessità di tutela di certi interessi, ma al tempo stesso inadatte a formalizzare di per sé una compiuta e definitiva soluzione del sottostante conflitto economico e sociale».

⁶¹ Su questo aspetto cfr. D. FARIAS, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, p. 153: «il disaccordo che il compromesso concilia solo in parte è un dissenso in cui anche chi avversa una certa decisione, non lo dichiara manifestamente, ma si limita a richiedere che essa venga rimandata al futuro, confidando che il differimento sia, come si suol dire, *a tempo indeterminato*».

Anche nel caso delle clausole generali, infatti, sarebbero individuabili fin da subito dei possibili contenuti (oggetto d'una scelta volontaria del Costituente), ancorché – appunto – potenzialmente *plurimi*, ed ulteriormente *non* (del tutto) *predeterminati, né statici*. Di conseguenza, sebbene la qualificazione giuridica delle future situazioni rientranti nell'ambito applicativo della norma non risulterebbe sempre (del tutto) prevedibile *a priori*, la delimitazione dei criteri per giungere alla soluzione sarebbe *già* stata effettuata.

Né, dal canto suo, il rinvio a criteri di giudizio concorrenti effettuato dalle clausole generali parrebbe equiparabile *in toto* a una “non scelta”, giacché lo standard richiamato parrebbe comunque vincolare l'interprete a individuare il criterio di giudizio fra una pluralità *limitata e materialmente tematizzata*.

Sarà anche possibile, insomma, citando ad esempio l'“utilità sociale” *ex art. 41 Cost.*, che esista una *molteplicità* di criteri di giudizio tra loro in concorrenza per stabilire cosa sia ‘socialmente utile’, ma tali criteri da una parte (1) *non* saranno *infiniti* e dall'altra (2) dovranno necessariamente riguardare, appunto, un *utile* che inerisca alla *società*, ad esclusione di tutti gli altri parametri valutativi immaginabili.

In questa chiave, da ultimo, anche la compromissoria e la dilatoria introdotte con le clausole generali sarebbero più che altro da ricondurre a *questioni di grado*, la cui entità verrebbe a dipendere dal numero (più o meno elevato) e soprattutto dalla *distanza* (più o meno notevole) fra i concorrenti parametri di giudizio evocati dalla *specifica* clausola generale. Sempre riprendendo l'esempio della utilità sociale: *quanti modelli* di utilità sociale? E *quanto distanti* fra loro?

3.4. I principi/valori come clausole generali del neocostituzionalismo

3.4.1. Delimitazione dell'indagine

Esaurita la riflessione sulle clausole generali come possibili forme di compromesso costituzionale, è ora il momento di riprendere il discorso lasciato in sospenso qualche pagina addietro (*supra*, § 3.2.4.), relativo al rapporto fra le clausole generali costituzionali

e quella che verosimilmente è divenuta negli ultimi anni la figura principe delle riflessioni costituzionalistiche, vale e a dire il concetto di *principio*.

Di ‘principi’ così come di ‘principi costituzionali’ – s’è già avuto modo di dire – si può parlare (e concretamente si parla all’interno della letteratura giuridica) in moltissime diverse accezioni, ma ora è il caso di concentrarsi su una soltanto di queste, in ragione sia dell’oggettiva importanza da essa acquisita nel dibattito costituzionalistico contemporaneo, sia della sua apparentemente più spiccata connessione tematica con le clausole generali.

Ci si focalizzerà dunque in questa sede specificamente sulla concezione *neocostituzionalistica*⁶² dei principi e del relativo diritto “per principi” (o, secondo altra terminologia, del “diritto per valori”)⁶³.

⁶² Sul neocostituzionalismo vedi almeno S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; EAD., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2008, p. 405 ss.; P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, p. 71 ss.; A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2003, n. 3, p. 37 ss.; M. BARBERIS, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto*, 2011, p. 11 ss.; ID., *Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo dei valori*, in *Teoria politica*, 2012, n. 2, p. 189 ss.; ID., *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, p. 153 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2009; ID., *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir.*, Annali, 2011; nonché i contributi raccolti in AA.VV., *Neo-costituzionalismo: un’altra rinascita del diritto naturale?*, in *Teoria politica*, numero speciale, Annali I, 2011.

⁶³ Non si vuol con ciò suggerire che non sia utile distinguere concettualmente fra *principi* e *valori*, ma solo che nella letteratura costituzionalistica, ed in particolare in quella neocostituzionalistica, i due vocaboli o risultano spesso equivalenti nell’uso, oppure sono definiti in modo diverso e molto personale dai singoli autori. Tale contesto, com’era inevitabile, ha originato non poca confusione, spesso trasformando la discussione *sui concetti* in una mera disputa *sulle parole*, con la conseguenza che «è sempre dietro l’angolo lo scambio terminologico e la difficoltà di distinguere nettamente tra le due categorie». Così esattamente A. MORRONE, (voce) *Bilanciamento*, cit., p. 199, nota 86.

Se il quadro ora tratteggiato impone *in generale* la massima cautela – giacché, senza adeguate stipulazioni, distinguere fra le due nozioni è impossibile, ed equipararle sempre pericoloso –, ai ristretti e specifici fini di questa indagine un trattamento congiunto delle due categorie non parrebbe tuttavia un “peccato mortale”. Infatti, come si vedrà a breve, della concezione neocostituzionalistica dei

Tanto premesso, l'indagine parrebbe subito da delimitare più esattamente nel suo perimetro. Infatti, fortunatamente, non si tratterà d'approfondire la prospettiva neocostituzionalistica e la relativa dottrina dei principi nella sua interezza e in tutte le relative sfaccettature⁶⁴.

Più in particolare, interessa qui solo in piccola parte la riflessione sui fondamenti filosofici generali di questa corrente di pen-

principi interessa qui soprattutto la componente interpretativa – e più specificamente il rapporto fra testo, norma, ed eventuale tramite meta-giuridico – e quanto meno *in tal senso* le espressioni “diritto per principi” e “diritto per valori” parrebbero in larga parte equivalenti.

Cfr. infatti A. VIGNUDELLI, *Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea*, in *Lo Stato*, 2013, *passim*, ma part. p. 86 s., nota 65: «in fondo, non sembrerebbe una differenziazione capitale, una volta che la Costituzione potesse essere concepita *anche in senso tecnico-giuridico* come una “tavola di valori”, intendendosi con ciò qualcosa di (qualitativamente) distinto dalle norme espresse dalle disposizioni, se questa ‘tavola dei valori’ si facesse piuttosto coincidere con l'insieme dei principi (più o meno supremi) insieme ai loro simbiotici (valori), o se invece essa (Costituzione) fosse invece pensata principalmente come insieme di norme (e soprattutto di principi) il cui contenuto normativo sarebbe da determinarsi – attraverso una sorta di *Wertkonforme Interpretation* – in coerenza ad una ‘tavola di valori’ solo metaforicamente “parte” della costituzione giuridica, ma perennemente e stabilmente in grado di influenzarla», là dove in testo si specifica come all'interno della prospettiva culturale neocostituzionalistica «(presa d'atto dell') *esistenza* di valori, nonché *rilevanza* ed *influenza* di questi sul diritto (soprattutto costituzionale) costituirebbero elementi *sempre* imprescindibili per la comprensione dei moderni sistemi giuridici “per principi”».

Per un'attenta panoramica storica, teorica e comparatistica sui concetti di ‘principio’ e di ‘valore’ (oltre che su quello di ‘regola’) cfr. ora per tutti L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in ID. (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, p. 1 ss.

⁶⁴ Ben illustrate, con efficace sintesi, da A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 375 s.: «il “neocostituzionalismo” trova il suo alimento nel ridimensionamento della sovranità dello stato; nella sfiducia verso ogni tentativo di autosufficienza degli ordinamenti; nella diffusione di testi costituzionali basati su “clausole generali” e su norme elastiche, spesso con riferimento a valori della persona comuni ad una dimensione etica; nella perdita di sicurezza dei tentativi di mantenere l'analisi del diritto entro le tradizionali categorie logico-formali della scienza giuridica. Proprio perché presuppone una maggiore discrezionalità dell'interprete nella lettura delle norme che incorporano tali “principi”, il “neocostituzionalismo” tende a spostare il baricentro sulla funzione giurisdizionale, sia sui singoli giudici e sia soprattutto sul raccordo fra Corte costituzionale e giudici remittenti».

siero⁶⁵ o sul tramonto dell’antica sovranità dello Stato da essa presupposto⁶⁶, così come pure il dibattito sulle specifiche modalità d’applicazione dei principi *nella loro reciproca interazione* – quel che schiuderebbe le porte ai discorsi sul bilanciamento⁶⁷ –, o sull’effetto di “costituzionalizzazione dell’ordinamento”⁶⁸ che ne

⁶⁵ Per i quali si rimanda ancora una volta, oltre che alla letteratura citata alle note precedente, a A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., che di fatto dedica pressoché tutto il poderoso capitolo terzo (pp. 477-1167) dell’opera ad una critica al neocostituzionalismo e ai suoi vari retroterra culturali (là dove allo specifico presupposto della concezione “ermeneutica” del diritto, e alla relativa critica, era già stato rivolto il non breve capitolo secondo: pp. 263-475).

⁶⁶ In proposito cfr. con diverse impostazioni, ma di comune impronta neocostituzionalistica part. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 6 s.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, part. p. 54 ss.; nonché A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in A.A.Vv., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale*, Napoli, 2007, part. p. 368 ss.

Più in generale sulla c.d. “crisi della sovranità” vedi almeno S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 62 ss.; M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, part. p. 125 ss.; nonché A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, cit., p. 829 ss.

⁶⁷ Sulla nozione di ‘bilanciamento’ – la quale, beninteso, acquista importanza anche e soprattutto, ma non esclusivamente all’interno del neocostituzionalismo – gli approfondimenti in letteratura sono ormai ampi tanto in estensione, quanto in profondità.

Vedi almeno M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Soc. dir.*, 1983, p. 7 ss., part. 24 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 65 ss., part. 78 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., *passim*; ID., *Diritto per: Valori, Principi o Regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, p. 865 ss., part. 880 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., *passim*; R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 131 ss.; ID., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, p. 97 ss.; G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un’intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 335 ss.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 219 ss. Cfr. ora per tutti A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit.

⁶⁸ L’espressione è normalmente attribuita a R. GUASTINI, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, cit., dove così (*ivi*, p. 147) si descrive il fenomeno: «si parla oggidi di costituzionalizzazione per intendere un processo di trasformazione di un ordinamento giuridico, al termine del quale l’ordinamento in questione risulta totalmente “impregnato” dalle norme costitu-

deriverebbe per il tramite privilegiato d'una giurisprudenza costituzionale direttamente legittimata ad applicare il diritto nella sua dimensione “materiale”⁶⁹.

L'interesse scientifico che, in uno studio tecnico sulle clausole generali, è rivestito dalla concezione neocostituzionalistica dei principi verte infatti principalmente, se non proprio esclusivamente, sul rapporto “interpretativo” – in termini di “ponte” o di “rinvio” – di questi ultimi con la dimensione (meta-giuridica) sociale o culturale. Aspetto, questo, che ricorre spessissimo nella letteratura neocostituzionalistica sui principi, e che peraltro non manca di riscuotere un suo *appeal* anche al di fuori della stessa, ma non altrettanto spesso parrebbe puntualmente ed esaustivamente chiarito nei suoi elementi costitutivi.

zionali. Un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante». Ma cfr. già G. TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in *Pol. dir.*, 1977, p. 522, che parlava di «una operazione culturale consistente nella costituzionalizzazione di tutti i settori della disciplina giuridica».

⁶⁹ Riassume felicemente in tutti i suoi elementi questa breve “parabola del neocostituzionalismo” un passaggio di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 380 s.: «il dualismo giuridico, il diritto a due lati, formale e materiale, distinti ma interdipendenti, apre a un diverso modo di vedere. Tale concezione duale del diritto [...] afferma che la nostra epoca vede la rinascita dell'antica e mai spenta tensione tra *ius* e *lex* e che lo *ius* si manifesta, per l'appunto, attraverso le norme costituzionali indeterminate, alle quali non si addice la struttura del “se... allora”, che è quella in base alla quale si può parlare di “applicazione” come “sussunzione”, né si addice il vincolo esclusivo a una volontà legislatrice, rispetto alla quale potrebbe giustificatamente parlarsi di spostamento di potere. Se oltre la legge vi è altro diritto, la convinzione positivista, secondo la quale dove non c'è legge (o dove la legge è vaga, imprecisa, indeterminata) c'è solo politica, cade necessariamente. Dove manca la legge ci può essere politica, la politica che, fisiologicamente, è destinata a elaborarsi in legge, ma ci può essere anche diritto non legislativo, cioè diritto materiale. Questo diritto materiale trova oggi espressione nella Costituzione la quale, a sua volta, è un insieme di principi che operano rinvii e ricezioni a un diritto materiale pre-positivo. A questo ci porta il dualismo del diritto, il suo doppio lato. Se si conviene sul fatto che il legislatore padroneggia solo il lato legislativo e non quello non legislativo, la difficoltà denunciata col l'espressione *spostamento di potere* perde di consistenza. Le norme costituzionali indeterminate non aprono necessariamente e impropriamente alla politica, all'ispirazione soggettiva, all'arbitrio dell'interprete, ma chiedono al giudice di confrontarsi con il diritto, non amputato della sua dimensione materiale».

Sullo “spostamento di potere” cfr. più ampiamente *infra*, § 3.6.1.

3.4.2. I principi costituzionali come "ponte" fra diritto e cultura

È dato così, assai evocativamente, di leggere come «i principî costitutivi dell'ordinamento giuridico dipendono, nei loro contenuti, dal *contesto culturale* di cui sono parti. Essi esprimono grandi concetti dotati di grande valore come l'uguaglianza, la libertà, la giustizia, la solidarietà, la persona e la dignità umana, ecc., ma il contenuto di questi concetti, cioè la loro "concezione", è oggetto di inesauste discussioni. Ogni applicazione dei principî non può che esserne influenzata, poiché le dichiarazioni costituzionali in proposito non sono che accenni le cui precisazioni concrete si muovono nel senso della *storia delle idee*»⁷⁰.

E, con vocabolario non meno icastico, s'osserva che «per via dei valori, il sistema deve riconoscere che tanto i contenuti etici universali e i paradigmi culturali cosmopoliti di questa società, quanto la storia, il costume e la tradizione che ne conformano l'attuazione secondo particolarità nazionali e locali, sono parte di esso e dei processi diretti a concretizzare e realizzare quei valori»⁷¹, così che l'interesse del giurista si dovrebbe necessariamente rivolgere «alla conoscenza del grado di coesione del gruppo sociale, degli elementi di identità che uniscono una comunità o anche del processo pluralistico di produzione di senso che danno un contenuto concreto ai valori che governano una determinata comunità»⁷².

Se tuttavia è abbastanza ovvio *intuire* cosa possa a grandi linee significare che la dottrina del diritto costituzionale per principî (o

⁷⁰ Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 169 (corsivo mio).

⁷¹ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 656.

Cfr. anche A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in A.I.C. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., p. 66, secondo il quale «il moto, nel rapporto Costituzione-società non è mai a senso unico ma appunto [...] bidirezionale, di reciproca riconformazione, ove si convenga sulla naturale attitudine della Costituzione ad aprirsi al mondo degli interessi e, qualificandoli, farsi ad un tempo da questi connotare, specie nei suoi enunciati dotati di più larga struttura nomologica, nei principî».

⁷² A. BALDASSARRE, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in A.I.C. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., p. 93.

per valori) costituisca «un tentativo di stabilire un ponte tra diritto e cultura»⁷³ – e qui per certi aspetti parrebbe evidente l’assonanza con le problematiche tipiche delle clausole generali, prima fra tutte appunto quella del “rinvio” a standard (per lo meno *anche*) meta-giuridici – *spiegare* con la dovuta *esattezza* cosa sarebbe questa “cultura” parrebbe impresa assai più complicata.

Non si capisce anzitutto se con ‘cultura’ – concetto ambiguo come altri mai⁷⁴ – ci si riferisca qui a un complesso di *regole* (meta-giuridiche)⁷⁵, come abbiamo visto essere per gli standard richiamati dalle clausole generali, o a elementi d’altra natura (non normativa). Problema che, del resto, non mostra neppure d’essere percepito

⁷³ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: Valori, Principi o Regole?*, cit., p. 878.

Cfr. anche P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, a cura di J. Luther, Roma, 2001, p. 77: «l’impostazione metodologica che si richiama a Hermann Heller e alle scienze della cultura mira a rielaborare le radici culturali del diritto, dimostrandone la fecondità per la teoria della costituzione e per il diritto costituzionale. [...] Si deve [...] guardare al diritto (anche) con gli occhi della cultura (e viceversa alla cultura talora anche con gli occhi del diritto)».

⁷⁴ Ne offre ampi esempi la trattazione di P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, cit., *passim*; ma cfr. anche ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2005.

In argomento, ma con un’osservazione di valore più generale, cfr. J. LUTHER, *La scienza häberliana delle costituzioni*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2002, p. 112: «tutti parlano di cultura, pochi la definiscono e molti la utilizzano come figura retorica. Chiunque cerchi di navigare nel mare delle definizioni finora proposte rischia di disperare per la vaghezza, il carattere inclusivo, anzi olistico, la confusione di elementi descrittivi e assiologici, le connotazioni valutative ed ideologiche del termine».

Più ampiamente sulle problematiche giuridiche sollevate dall’uso del concetto di cultura e dall’iscrizione della scienza del diritto nelle *Kulturwissenschaften* (scienze culturali) vedi A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 557 ss.

⁷⁵ Regole da intendere quali qui come generici criteri di qualificazione del comportamento umano.

Com’è ovvio, detta nozione di ‘regola’ non ha nulla a che vedere con la contrapposizione fra *regola* e *principio* che tanto è cara alla riflessione neocostituzionalistica. Del resto, che le due nozioni di ‘regola’ non possano essere confuse parrebbe attestato già dal piano in cui esse si collocano: la prima (regola meta-giuridica) servirebbe infatti per determinare il significato del principio, mentre la seconda (regola giuridica) a questo si contrapporrebbe, dal punto di vista della struttura, sul piano delle norme dell’ordinamento giuridico.

to come tale (e dunque appare irrisolvibile) all'interno d'una corrente di pensiero abbastanza incline al sincretismo fra *Sein* e *Sollen*⁷⁶, se è vero che ancora si legge come «la forza normativa dei principi che sorreggono le norme positive è tratta in effetti da elementi direttivi di natura culturale, nei quali essere e dover essere si fondono inestricabilmente»⁷⁷.

⁷⁶ Fin dai suoi fondamenti filosofici nella c.d. "ermeneutica" (per la qualificazione dell'attuale come «tempo dell'ermeneutica» vedi G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in A.I.C. [a cura di], *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 96).

Cfr. infatti F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2004, p. 454, dove si propone (tra l'altro, per necessaria) una prospettiva di approccio al fenomeno giuridico in cui «non si possono separare descrizione e prescrizione, conoscenza e decisione, essere e dover essere, perché altrimenti si frantumerebbe l'unità dell'azione comune rappresentata dalla situazione discorsiva».

⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: Valori, Principi o Regole?*, cit., p. 886 (corsivo mio), dove poi si conclude come questa «si potrebbe definire la "costituzione materiale" presupposta alla Costituzione formale positiva» (sui possibili "usi interpretativi" della nozione di 'costituzione materiale' vedi specificamente, S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 605 ss.).

Una prospettiva per certi versi assimilabile, quanto alla componente "sincretistica" di essere e dover-essere, nonché per l'apertura al meta-giuridico, con la sostituzione però del concetto di 'cultura' con quelli di 'comunità' e di 'opinione pubblica' si rinviene in A. BALDASSARRE, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, cit., p. 95, dove si parla del diritto come di «un fenomeno complesso, riducibile, nel campo del diritto costituzionale, a tre distinti ambiti: quello delle disposizioni normative, quello dell'autorità e del processo decisionale, quello della comunità di persone e delle sue dinamiche. Ognuno di questi ambiti va visto come un insieme di materiali sottoponibili all'interpretazione del giurista e, quindi, come oggetti da comprendere e da ordinare sulla base degli usi sociali che si richiedono a un determinato operatore giuridico» (corsivo mio); e cfr. ancora *ivi*, p. 137 (*Replica*), dove si osserva come «oltre alle norme, nel diritto pubblico, ci sono le istituzioni, il processo decisionale, la produzione di senso collegata all'opinione pubblica. Ognuno di questi ambiti produce autonomamente significati giuridici, cioè significati rilevanti per la comprensione del fenomeno giuridico» (corsivo mio); nonché *ivi*, p. 143: «l'opinione pubblica non è più una sfera che il diritto costituzionale non riesce a spiegare, ma entra nella problematica di questo diritto, contribuendo a dargli una significativa curvatura relativistica».

Un'interessante analisi del rapporto fra diritto (giurisprudenziale) e opinione pubblica, specificamente in chiave di possibile adeguamento del primo per il tramite della seconda, è al centro delle riflessioni di M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del Convegno di Otranto - Lecce, 3-4 giugno 2004, Torino, 2005, part. p. 138 ss.

3.4.3. *Concetti vs. concezioni (una parentesi su Ronald Dworkin)*

A dispetto dell'apparente incapacità di distinguere *Is* e *Ought* all'interno della citata prospettiva “culturale”, le cose parrebbero per una volta diventare un po' più chiare proprio grazie alla ripetuta “chiamata in causa” di Ronald Dworkin e della sua distinzione (di chiara ascendenza rawlsiana) fra *concetti* e *concezioni*⁷⁸, la quale (distinzione) pure – almeno a prima vista – parrebbe marcare analogie non banali con le tematiche proprie delle clausole generali.

Fermo restando che non è mai operazione piana districarsi nel pensiero del celebre Filosofo dei Diritti⁷⁹, e che dunque ogni affer-

⁷⁸ Vedi ancora G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 225 s.: «i principi, pur essendo contenuti in norme positive, per loro natura si alimentano di concezioni “pre-positive”. Poiché quanto vi è di più schiettamente costituzionale nelle costituzioni è rappresentato da norme di principio, attraverso di queste la Costituzione rappresenta un ponte che apre il diritto a visioni della vita sociale direttamente vigenti nella concezione che la società ha di se stessa. Di fatto, tutte le norme di principio si esprimono attraverso “concetti aperti”, che rinviano a presupposte “concezioni” dei concetti medesimi. Questa distinzione tra *concetti* e *concezioni dei concetti* è fondamentale per la comprensione della natura dei principi. Si prendano i concetti di ‘dignità umana’, di ‘vita’, di ‘libertà’, di ‘giustizia sociale’ ecc.; non si può pretendere che il diritto positivo si definisca interamente da se stesso, attraverso gli strumenti con i quali si esprime. Ogni definizione utilizza espressioni che a loro volta dovrebbero essere definite e questo *regressus ad infinitum* si arresta nel punto in cui compaiano espressioni indefinite, insuscettibili di ulteriore definizione. Queste espressioni indefinite rinviano a una sfera di significati diversa e più ampia di quella suscettibile di determinazioni positive, una sfera di significati nella quale il diritto si trova immerso e da cui dipende. Tale contesto più vasto è quello dei fatti e delle dinamiche culturali che fanno da sfondo, nei quali inevitabilmente, a onta di tutti i tentativi di separazione, il diritto trova il suo alimento e dai quali esso, in ultima istanza, dipende».

Cfr. anche ID., *Diritto per: Valori, Principi o Regole?*, cit., p. 883: «la soluzione ai problemi non sta dunque nella norma che esprime un principio e non può essere ricercata attraverso una “interpretazione”, nel senso in cui questa espressione è utilizzata in relazione alle regole. Il principio può svolgere una funzione pratica solo attingendo a elementi che sono fuori da sé», dove pure si specifica come l’“altro da sé” sarebbero proprio le “concezioni dei concetti che si accolgono” nel senso attribuito a questa espressione da Dworkin (il quale a sua volta evidentemente lo mutua da J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2010, p. 25 ss.).

⁷⁹ Traggo conforto dal fatto che la difficoltà, quanto meno, non è solo mia. Cfr. infatti già L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della costituzione*, cit., p. 83, per la qualifica di Dworkin come «autore assai poco rigoroso», giacché «talora, nelle sue pagine, dopo che è stata posta una distinzione, si legge che essa non è

mazione troppo netta in proposito rischierebbe di poter essere poi facilmente smentita, in argomento parrebbero invero potersi identificare almeno alcuni punti fermi.

Dworkin nello specifico parrebbe ritenere questa distinzione (fra concetti e concezioni) rilevante per quei *principles* o quelle *policies* che, in contrapposizione alle *rules*⁸⁰, assumerebbero la forma di standard "vaghi", veicolati da espressioni come «*due process*» o «*equal protection of the laws*»⁸¹, o dal precetto secondo cui «nessuno può trarre un vantaggio dal proprio illecito».

Tali standard sarebbero riconoscibili (se non solo, quantomeno anche e soprattutto) dal ricorrere in essi di «concetti interpretativi»⁸² nelle relative formulazioni: «parole come ragionevole, negligente, ingiusto e significativo svolgono proprio questa funzione. Ognuno di questi termini fa sì che l'applicazione della regola che li contiene dipenda in qualche misura da principi e da *policies* che stanno al di là della regola, rendendo quest'ultima più simile a un principio»⁸³.

poi così importante, o che il primo termine della distinzione può pure essere inteso come se significasse quanto si è appena detto di intendere con il secondo, e viceversa».

⁸⁰ Fermo restando che «non sempre è chiaro dalla forma di uno standard se si tratti di una regola o di un principio». Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 55.

⁸¹ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 199, là dove in merito ai limiti costituzionali, si sostiene che «alcuni di questi [...] hanno l'aspetto di regole di giustizia molto precise, come quella che richiede una giuria nei procedimenti per reati federali o, forse, la regola che impedisce al Congresso nazionale di limitare la libertà di parola. Ma altre limitazioni prendono la forma di quelli che vengono spesso chiamati standard "vaghi": come, per esempio, la disposizione secondo la quale lo Stato non deve negare agli individui un *due process* o una *equal protection of the laws*».

⁸² Sulla nozione di 'concetto interpretativo' vedi R. DWORKIN, *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».

⁸³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 56.

Poiché la funzione dei *concetti* interpretativi sarebbe appunto quella di rinviare a (e d’essere applicabile secondo) diverse *concezioni* dei medesimi concetti, la conseguenza sarebbe che gli standard “vaghi” verrebbero contraddistinti dal fatto di «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»⁸⁴.

Tali formule – “vaghe”, peraltro, solo in senso improprio⁸⁵ – sarebbero state *consapevolmente* scelte dai loro autori e costituirebbero delle esplicite forme di rinvio alla morale sociale⁸⁶ effettuate dal legislatore: «questi standard “vaghi” sono stati deliberatamente scelti da coloro che li avevano proposti e adottati al posto di regole più specifiche e precise che avrebbero potuto emanare. Ma la loro decisione di usare quel determinato linguaggio ha causato un numero notevole di controversie giuridiche e politiche, poiché anche persone ragionevoli e di buona volontà hanno opinioni diverse quando cercano, ad esempio, di ricostruire i diritti morali che la clausola del *due process* o quella della *equal protection* collocano all’interno del diritto. Essi possono essere in disaccordo anche quando cercano di applicare questi diritti, comunque siano definiti, a questioni complesse di pubblica amministrazione»⁸⁷.

⁸⁴ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 53 (corsivo mio).

⁸⁵ Vedi infatti R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 204: «si può [...] osservare come l’abitudine di considerare “vaghe” queste disposizioni [...] comporti di fatto un errore. Queste disposizioni sono vaghe solo se le consideriamo come tentativi parziali o incompleti o schematici di stabilire concezioni particolari. Se le consideriamo come riferimenti ai concetti morali, non potrebbero essere più precise neanche se venissero formulate in modo più dettagliato».

⁸⁶ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 479: «lo stesso Hart aveva notato che alcune leggi e alcune norme costituzionali, come certi articoli della Costituzione americana, “incorporano la morale attraverso il meccanismo del rinvio».

Il rilievo, tuttavia, sarebbe controverso in letteratura e in giurisprudenza. Cfr. R. DWORKIN, *La giustizia in toga*, cit., p. 9: «un influente gruppo di studiosi e giudici costituzionali americani nega [...] che le clausole astratte della Costituzione americana siano intese al meglio interpretandole in modo da far dipendere la validità delle leggi da questioni morali, o che la morale abbia qualcosa a che vedere con il modo di interpretare codificazioni imprecise».

⁸⁷ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 200.

Come si sarà notato, la sovrapposizione fra questi standard "vaghi" e il modello delle clausole generali (*supra*, § 2.2.2.3. ss.) parrebbe da subito, se non proprio totale, comunque rimarchevole.

Sorvolando sulla specifica *terminologia* – dove peraltro è sempre possibile avere delle oscillazioni –, i 'concetti *interpretativi*' di Dworkin parrebbero infatti presentarsi come l'esatto omologo dei termini (o concetti) *valutativi* che s'è già avuto modo di indicare come elementi costitutivi delle disposizioni esprimenti (o norme contenenti) clausole generali. Analoga fin quasi alle virgole è poi la descrizione della loro principale caratteristica, consistente nel non consentire la determinazione delle condizioni per la propria applicazione se non ricorrendo a criteri di giudizio: 1) non direttamente esplicitati nella disposizione espressiva delle clausole generali; 2) in potenziale concorrenza fra loro; 3) desumibili dalla dimensione normativa meta-giuridica ed in particolare dalla *morale*.

3.4.4. I principi costituzionali come forme di rinvio alla morale

Segnatamente quest'ultimo aspetto parrebbe essere di particolare rilievo ai fini che qui più interessano, giacché esso riuscirebbe a sciogliere quella "cappa d'indeterminatezza" che abbiamo visto avvolgere il concetto di 'cultura' precedentemente evocato.

Se per 'cultura', infatti, deve intendersi essenzialmente (quella parte della dimensione culturale che coincide con la) morale – o meglio, con le diverse concezioni morali presenti nella società –, allora, quanto meno per quel che riguarda la presente indagine, le cose potrebbero semplificarsi. Sembrerebbe invero potersi dire così integrato dai principi costituzionali (neocostituzionalisticamente intesi) anche il requisito tipico delle clausole generali di rinviare a uno standard costituito da criteri di giudizio meta-giuridici *normativi* (= regole).

Circa il fatto che là dove si vede scritto 'cultura' dovrebbe più esattamente leggersi 'morale', del resto, non mancano esempi emi-

nenti nella prospettiva neocostituzionalistica, che proprio per questo è stata indicata come latrice di un «imperialismo della morale»⁸⁸ e all'interno della quale i principi/valori *giuridico-costituzionali* non a caso verrebbero talora accostati ai principi/valori *morali* dell'antico diritto naturale.

Così, se secondo Robert Alexy «i principi sono sempre (principi) di una qualche morale»⁸⁹, per Gustavo Zagrebelsky, «negli Stati costituzionali moderni, i principi morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo. Le modalità argomentative del diritto costituzionale divengono così “aperte” nei confronti di discorsi metagiuridici, tanto più in quanto si dia valore ai principi della Costituzione»⁹⁰.

Per esprimere gli stessi concetti con le diverse parole di Luigi Mengoni, «la Costituzione rifiuta la riduzione positivista della legittimità (ossia della giustizia) alla legalità, ma converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico, e quindi in materia di giudizio di un organo giurisdizionale, mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pregiuridico, in opzioni interne al diritto positivo espresse nella forma di enunciati normativi di principio strutturati o come clausole generali (per esempio i principi complementari di giustizia e di solidarietà) o come diritti soggettivi (diritti fondamentali)»⁹¹.

⁸⁸ L'espressione è di M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 2000, p. 147 ss.

Il dato, del resto, parrebbe ormai acquisito in letteratura. Vedi infatti G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., p. 25, là dove si osserva come «una serie di contributi teorici ha posto in evidenza come il processo di incorporazione dei principi comporti la diversità di struttura delle norme giuridiche nei sistemi costituzionali e, contemporaneamente, l'apertura del diritto a esigenze di carattere morale. Essi pongono cioè in evidenza la distinzione di carattere strutturale tra regole e principi e la necessità di valutazioni morali che questi ultimi comportano».

⁸⁹ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 79.

⁹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157; e cfr. anche *ivi*, p. 162, dove s'osserva come «in presenza dei principi, la realtà esprime valori e il diritto vale come se vigesse un diritto naturale. Ancora, e questa volta per un motivo attinente all'ugual modo di operare e non agli uguali contenuti, il diritto per principi incontra il diritto naturale».

⁹¹ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 96; e

Le costituzioni, pertanto, dovrebbero segnatamente al costante contatto con la morale, garantito dai principi, la loro "necessaria"⁹² apertura «a quello strato costituzionale più profondo [...] dal quale

cfr. anche *ivi*, p. 97: «la positivizzazione non spoglia questi principi del loro statuto ontologico e logico originario, ma li riveste di un nuovo tipo di vigenza costituita dalla validità formale propria del diritto positivo: essi hanno una duplice qualità, l'appartenenza necessaria insieme al diritto e alla morale».

⁹² "Necessaria", s'intende, stanti certe premesse.

Cfr. ancora L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 97: «la positivizzazione dei principi della morale non è una decisione arbitraria del potere costituente, ma una decisione imposta da una duplice esigenza, di ordine politico e di ordine sistematico. Da un lato, una società frammentata come l'attuale società pluralistica, per conservare un minimo di unità ha bisogno di una politica e di un ordinamento giuridico fondati su un'idea di uomo sostanziata da valori etici generalmente accettati; dall'altro non è più sostenibile il postulato che riteneva inclusi nel sistema del diritto positivo, come propri costrutti teoretici, tutti i possibili casi giuridicamente rilevanti: in un numero crescente di casi (a misura dell'evoluzione accelerata delle strutture e dei rapporti socio-economici determinata dal progresso tecnologico) il giudice deve trovare da sé la regola di decisione ponderando gli interessi in gioco alla stregua di parametri extrasistemici, tra i quali – data la pretesa dell'ordinamento a una decisione "giusta" – i principi morali (fondati secondo una teoria cognitivistica moderata, corrispondente a una concezione ermeneutica, ossia argomentativa, della verità, che riconosce la storicità come modo di essere della conoscenza dei valori)».

Ma vedi sul punto, a partire da differenti presupposti, le considerazioni contrarie di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 23: «nessuna norma è *necessaria*; di nessuna può dirsi che senza di essa il diritto non sarebbe, e l'ordine giuridico non si costituirebbe. Tutte le norme sono *possibili*, cioè suscettive di posizione e di de-posizione. L'incondizionata volontà come le crea e istituisce, così è in grado di modificarle e abrogarle. Codesta indefinita possibilità determina duplice conseguenza. Da un lato, il carattere di precarietà, l'assenza di durata, propria del diritto moderno e contemporaneo. Nessuna norma (né costituzionale né ordinaria, né generale né speciale) è garantita contro la possibilità di modificazione o abrogazione. Su tutte incombe il rischio di essere ricacciate nel nulla. La vicenda del nascere e morire, del non essere ancora e del non essere più, appare come il destino del diritto».

In argomento vedi anche L.P. SANCHÍS, *Costituzionalismo e positivismo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1996, p. 207 ss. e part. p. 217 per l'osservazione secondo cui nelle posizioni neocostituzionalistiche, «la connessione tra diritto e morale non si presenta nei termini tradizionali del giusnaturalismo, cioè in relazione a singole norme di condotta. Al contrario, solitamente, la connessione si dice sussista al livello o del sistema giuridico nel suo insieme o delle sue norme secondarie che stabiliscono i requisiti di appartenenza (di legittimità costituzionale, si può dire) delle altre norme al sistema stesso».

sono illuminate di senso e traggono linfa e nel quale si afferma»⁹³, con la conseguenza, al livello della semantica delle relative disposizioni, che «espressioni come ‘diritti inviolabili dell’uomo’ non hanno alcun significato sul piano del linguaggio-oggetto, ma si caratterizzano come “indicatori metalinguistici”, che presuppongono un corpo di teorie etico-politiche senza le quali risulterebbero incomprensibili e vuote»⁹⁴.

3.4.5. *Principi costituzionali come clausole generali? (Prime “prove di traduzione”)*

Se tale rappresentazione corrisponde al vero (quanto meno, al vero “neocostituzionalistico”), allora la modellistica delle clausole generali sembrerebbe effettivamente mostrare una sua utilità per inquadrare *almeno in parte* meglio anche la riflessione – spesso non impostata in maniera esattamente cristallina – sulle disposizioni costituzionali di principio quali “valori” o che comunque richiederebbero un’interpretazione “per valori”.

Con l’espressione ‘valori’ si vorrebbe esprimere il concetto, comune appunto alla letteratura in merito di clausole generali, che le disposizioni costituzionali (di principio) sarebbero fraseggiate con l’ausilio di termini *valutativi* (contenenti riferimenti al ‘giusto’, all’‘utile’, al ‘degnò’ e così avanti).

Tali termini – o, con Dworkin, i “concetti interpretativi” da essi espressi – costituirebbero a loro volta una forma di rinvio al relativo standard etico-morale, che si potrebbe chiamare il corrispettivo “valore” etico-morale di riferimento: la ‘esistenza libera e dignitosa’ (art. 36 Cost.) rinvierebbe dunque ai valori etico-morali della libertà e della dignità, la ‘libertà personale’ (art. 13 Cost.) al valore etico-morale della libertà umana, la formula ‘eguali davanti alla legge’ (art. 3 Cost.) al valore etico-morale dell’eguaglianza e via dicendo⁹⁵.

⁹³ G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, cit., p. 69 s.

⁹⁴ G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico*, cit., p. 248.

⁹⁵ Si tratterebbe, insomma, di una particolare forma di relazione tra diritto e

In tutti questi casi, la disposizione costituzionale non si limiterebbe a *presupporre* un valore (o una scelta di valore), bensì *enuncerebbe direttamente* un valore⁹⁶, per il tramite appunto del termine valutativo che al relativo valore etico-morale farebbe rinvio. Il che è come dire, riportando il discorso alle categorie delle clausole generali, che i principi costituzionali si caratterizzerebbero per la presenza in essi di particolari termini o sintagmi (appunto, termini o sintagmi *valutativi*) nelle relative disposizioni.

Ciascuno di questi valori etico-morali richiamati dai principi costituzionali, dal canto suo, sarebbe idoneo a specificarsi secondo diverse *concezioni*: ci sarebbero infatti più concezioni etico-morali della 'libertà', della 'dignità', della 'eguaglianza' e avanti in questo modo. Ciò che, nel lessico delle clausole generali, equivarrebbe ad affermare come, nello standard meta-giuridico etico-morale richiamato, sarebbero rinvenibili diversi criteri di giudizio (una pluralità di parametri in reciproca concorrenza) per qualificare la data situazione o il dato comportamento umano come 'liberi', 'degni', 'uguali' e così avanti.

La scelta tra questi differenti parametri di giudizio, altrimenti detto fra le differenti concezioni dei valori enunciati dalle disposizioni costituzionali di principio, richiederebbe pertanto, assiomaticamente,

morale, sulle quali è tornato recentemente G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 965 ss., e part. pp. 988-991. *Ivi*, p. 991, si censiscono appunto le «relazioni di rinvio tra diritto e morale: a volte accade che il diritto richieda (ai cittadini, o più spesso agli organi dell'applicazione) di compiere valutazioni morali; questo può accadere quando una norma giuridica sia formulata includendo standard morali (buona fede, correttezza, ecc.), e così positivizzati principi morali».

In tal senso anche B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005, p. 53 ss.

⁹⁶ Vedi, ad esempio, A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3271, dove si sottolinea la «grande differenza che passa, sul piano ermeneutico e attuativo, tra una norma dettagliata che impone un certo comportamento ("certo" in quanto presuppone che sia stata già compiuta una scelta di valore) e una norma che si limita a enunciare un valore o un principio (e dunque richiede a chi la interpreta/applica un giudizio di valore!)».

camente, dei ragionamenti “intorno ai valori”⁹⁷. I quali ragionamenti, vertendo su valori etico-morali, si qualificherebbero a loro volta come ragionamenti o argomentazioni “moralì”. Daccapo, seguendo il vocabolario delle clausole generali, questi ragionamenti o argomentazioni “intorno ai valori” sarebbero nient’altro che le riflessioni “intorno allo standard” (richiamato dai termini valutativi), e più specificamente intorno ad uno “standard *morale*”, in quanto nel caso di specie costituito da regole appartenenti appunto alla dimensione della morale sociale

L’insieme di questi passaggi parrebbe bene illustrato da Giorgio Pino quando osserva che «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. E da questa espressa formulazione di principi morali discendono alcune conseguenze affatto rilevanti sul piano dell’interpretazione delle relative disposizioni costituzionali. La conseguenza principale è che è inevitabile che per interpretare una clausola costituzionale formulata in termini smaccatamente morali si debba fare ricorso anche a qualche tipo di argomentazione morale. Certo, è ovvio che una volta che i principi morali siano entrati a far parte del diritto la loro applicazione risenta di tecniche, di argomenti, di ragioni specificamente giuridiche (ad esempio, il rispetto dei precedenti, il ricorso ad analogie consolidate, o la presenza di limiti ed eccezioni espresse, testualmente formulate, al campo di applicazione di quel principio morale). Ma ciò non toglie che la comprensione del contenuto di quel principio, e la sua applicazione, sarà sempre mediata da forme di ragionamento morale, per quanto inquinate anche da considerazioni giuridiche»⁹⁸.

⁹⁷ Cfr. sul punto E. DICIOTTI, *Come interpretare la Costituzione?*, in *Ragion pratica*, 1995, p. 221: «per applicare un principio non è sufficiente l’interpretazione letterale; è infatti necessario compiere un *ragionamento avente ad oggetto valori*».

⁹⁸ G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale*. cit., p. 995 (e cfr. anche *ibidem*, nota 96, dove si argomenta come «un mercato regolamentato, una sostanza chimica, una formula matematica non cessano di essere quello che sono, diventando “giuridici”, perché sono stati contemplati da una

Quanto appena esposto consentirebbe tra l'altro d'afferrare in modo un poco più perspicuo anche il senso della nota discussione sul rapporto fra principi e fattispecie normativa, per cui secondo alcuni i principi ne sarebbero sprovvisti⁹⁹, mentre secondo altri sarebbe pur sempre riscontrabile una fattispecie, sebbene strutturalmente incompleta¹⁰⁰.

Una fattispecie inclusiva d'un concetto valutativo, infatti, proprio come nel caso delle clausole generali, giacché implicherebbe il rinvio ad uno standard (il valore etico-morale di riferimento) suscettibile d'essere in concreto declinato secondo una pluralità di parametri di giudizio in concorrenza fra loro (le diverse concezioni del medesimo valore), *per definizione* non avrebbe un contenuto astrattamente *pre-determinabile* in ogni suo elemento.

Ergo, andrebbe sempre "integrata" con degli elementi per forza di cose reperiti dall'interprete al di fuori del documento costituzionale¹⁰¹, ed è a tal proposito lampante che, là dove un testo non vi

norma giuridica. Per capire quel fenomeno come mercato, come sostanza chimica, come formula matematica, si dovrà fare ricorso a criteri che provengono rispettivamente dall'economia, dalla chimica, dalla matematica»).

⁹⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 150, per il quale «i principi costituzionali non hanno fattispecie». Per una posizione più sfumata vedi però ID., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994, p. 185: «le regole sono quelle norme che prescrivono, in presenza di una determinata fattispecie, una determinata conseguenza. Per principio, invece, dobbiamo intendere tutte le norme che non hanno fattispecie o, meglio, che non hanno fattispecie predeterminata».

¹⁰⁰ Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 129: «non [...] si può dire in assoluto che gli enunciati di principio non hanno fattispecie. Questa caratterizzazione è accettabile solo come formula ellittica, nel senso (relativo) che i principi non hanno una fattispecie dotata di valore deduttivo».

¹⁰¹ Vedi già G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 907: «nei casi di problemi di costituzionalità in cui sono implicate disposizioni costituzionali di principio, proprio per la necessità che si pone di dedurre da esse norme più specifiche, oppure, ciò che più frequentemente accade, di individuare nelle leggi ordinarie i principi informativi, per raffrontarli con quelli costituzionali, si fa chiarissimamente strada un tipo di ragionamento i cui risultati dipendono da elementi estranei al contenu-

sia proprio, un’interpretazione “letterale” non sarebbe neppure concepibile¹⁰². Qui, infatti, non si tratterebbe più d’interpretare enunciati, bensì di prendere in esame (“interpretare” in questo senso) quegli specifici elementi normativi meta-giuridici (il relativo valore etico-morale = lo standard) a cui il diritto farebbe rinvio.

Così parrebbe spiegarsi in modo relativamente più lineare anche l’insistenza sull’impossibilità per l’interprete di confrontarsi con la “dimensione materiale” del diritto muniti dei soli mezzi logico-formali tipici del giuspositivismo¹⁰³. Essendo infatti tali mezzi (a torto o a ragione) identificati *esclusivamente* con strumenti d’analisi *linguistica*, essi servirebbero a poco se fatti “reagire” con termini o sintagmi valutativi, quanto meno se rispetto a questi ultimi finissero soltanto per porre la domanda (poco produttiva: *supra*, §§

to delle disposizioni normative, elementi che, non essendo forniti dalle norme, sono condizionati dalle opzioni di valore dei singoli interpreti».

¹⁰² Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 131 s., dove si fa notare che, nel caso di disposizioni che semplicemente *presuppongano* un valore, ma siano formulate in modo preciso, la relativa norma meglio si presta a essere intesa in modo categorico (tramite interpretazione letterale), mentre «tutto ciò, evidentemente, non può accadere se una disposizione proclama espressamente il valore che intende tutelare, e nel far questo utilizza, come è inevitabile, termini valutativi, generici, indeterminati. In casi simili, l’interprete è posto nella condizione di individuare il significato di una disposizione, la cui formulazione testuale rimanda a valori morali e opzioni valutative prive di un significato univoco e determinato. La presenza di disposizioni che codificano o proclamano valori è pertanto una delle principali ragioni addotte dai sostenitori della radicale specificità dell’interpretazione costituzionale rispetto ad altre forme di interpretazione giuridica: queste disposizioni sembrano infatti mettere fuori gioco il principale strumento dell’interpretazione giuridica “ordinaria”, cioè il ricorso al significato letterale, chiamando invece in causa direttamente opzioni valutative e forme di ragionamento morale».

¹⁰³ Vedi G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 381: «che, poi, il modo di trattare il diritto materiale sia diverso da quello di trattare il diritto legislativo; che il primo sia formalizzabile in procedimenti logici (la “tecnica giuridica” sviluppata dal positivismo) e il secondo si debba avvalere di strumenti culturali non formalizzabili; che il diritto legislativo possa essere oggetto di una “scienza” mentre il diritto non legislativo richieda piuttosto “prudenza”, come consapevolezza del senso del proprio compito che si riflette nell’interpretazione: tutto ciò è semplicemente la conseguenza della doppia natura del diritto, il diritto come forma della forza (*lex*) e il diritto come sostanza (*ius*), tenuti insieme da un rapporto di ragionevole compatibilità».

2.2.2.3. e 3.2.2.) del loro *significato* (e non invece quella concernente i relativi *criteri di applicazione*).

In questo senso parrebbe da intendere anche la nota osservazione che Gustavo Zagreblesky riferisce alle disposizioni di principio, per cui «il loro significato lessicale è per lo più autoevidente e non c'è nulla che abbia da essere estratto fuori ragionando sulle parole. Le "formule di principio" sono spesso espressioni alquanto banali [...] che richiamano tradizioni storiche, contesti di significato, ecc., che, più che "interpretate" attraverso l'analisi del linguaggio, devono essere intese nel loro *ethos*»¹⁰⁴.

Affermazione che, se si vuole intendere *magis ut valeat quam pereat*, non va certo letta nel senso che i principi sarebbero privi di qualsivoglia significato proprio¹⁰⁵. Spogliata del suo possibile plu-

¹⁰⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 148 s. Cfr. anche ID., *Storia e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, p. 80: «le norme costituzionali di principio non solo altro che la formulazione sintetica, *priva quasi di significato dal punto di vista della mera analisi del linguaggio*, delle matrici storico-ideali dell'ordinamento».

Forti similitudini, seppur a partire da una differente terminologia, in A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 225, dove si parla di «trasvalutazione dei valori» come aspetto (particolarmente delicato e difficilmente definibile) di determinazione del parametro, descrivendo così (*ivi*, p. 227) il relativo procedimento (significativamente esemplificato, per quel che qui interessa, con la formula del 'buon costume'): «il valore trascende sempre il sistema normativo, ed il contenuto del valore è sempre dato dalla vita spirituale e culturale della comunità (e da questo punto di vista, appunto può parlarsi di una trasvalutazione); colgo quindi in questa definizione l'elemento che trascende il sistema normativo. Non si può, infatti, dedurre il contenuto dei valori semplicemente da una analisi del sistema normativo mettendo il concetto di buon costume in relazione alle norme di diritto privato, di diritto amministrativo, ecc.; la categoria di buon costume, come di tutti gli altri valori comunitari, si definisce, dunque, guardando all'evoluzione storica della comunità, come risultato di una attività assolutamente intuitiva, e non razionale del giudice. In pratica, il giudice cerca di intuire qual è il contenuto di questo valore».

¹⁰⁵ Altrimenti non si potrebbe che concordare con la critica rivolta proprio a Zagrebelsky e a Mengoni da A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 381 s.: «va subito detto che presupporre una essenziale indeterminazione o una insuperabile insignificanza dei principi costituzionali in sé considerati significa, in ragione del fatto che la maggioranza delle norme di una costituzione è formata da norme-principio, negare la normatività della costituzione. [...] Certo, può accadere che una costituzione contenga princi-

rivalore simbolico, essa significherebbe piuttosto che, siccome rispetto ai termini o sintagmi valutativi l'unica domanda sensata da porsi è appunto *quali sono i relativi criteri d'applicazione* (per ciò che è da considerare 'libero', 'degnò', 'socialmente utile' e via dicendo), questi ultimi non potrebbero essere ricostruibili se non appunto indagando il relativo standard (etico-morale) nelle sue molteplici possibili concezioni *etiche*. La quale cosa, va da sé, non costituisce esercizio d'analisi del linguaggio.

Pure il notissimo rilievo secondo cui «alle regole si obbedisce, ai principi si aderisce»¹⁰⁶, da ultimo, potrebbe acquistare così un significato meno misterioso (e, soprattutto, meno ideologicamente connotato).

Esso indicherebbe più semplicemente la diversa e diversamente complessa serie d'operazioni che competerebbe all'interprete, qui nelle vesti di destinatario del precetto, di fronte a una norma sprovvista d'un concetto valutativo rispetto alle operazioni che a quello stesso interprete toccherebbe di svolgere se fosse posto davanti ad una norma che ne includesse uno. Anche qui il parallelo con le clausole generali parrebbe pertinente, giacché la situazione parrebbe coincidere con quella di colui che si trovi davanti, rispettivamente, a norme prive o dotate di clausole generali.

Per osservare un precetto espresso tramite una regola (norma senza concetto valutativo = norma senza clausola generale) al de-

pi talmente vaghi da rivelarsi inidonei a indicare qualsivoglia direzione. L'imperfezione e l'errore possono, infatti, avvenire sempre e ovunque. Ma ipotizzare che qualsiasi costituzione o qualsiasi norma costituzionale sia, in quanto tale, inidonea a produrre un qualche senso e che quest'ultimo può esserle attribuito soltanto dall'attività (illimitatamente) creativa dell' "interprete" (il quale, in realtà, a questo punto non sarebbe più interprete, ma legislatore o costituente), è sinceramente un pre-giudizio che non ha, né può avere, alcun riscontro nella realtà giuridica».

¹⁰⁶ Per tale impostazione vedi sempre G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 147 ss. Cfr. anche, testualmente, ID., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, cit., p. 185 e ID., *Diritto per: Valori, Principi o Regole?*, cit., p. 876, dove si ribadisce che «le formule che esprimono i principi giuridici [...] più che essere interpretate attraverso l'analisi del linguaggio contenuto in un testo, come è per le regole, devono essere intese nel loro *ethos*. Tante volte è stato ormai notato che il diritto per principi ne comporta inevitabilmente una "eticizzazione". Perciò, si può dire in breve che, mentre alle regole si ubbidisce, ai principi si aderisce».

stinatario basterebbe prendere atto del suo contenuto, accertabile tramite l’interpretazione del relativo enunciato e il riferimento della norma al dato di esperienza. Per osservare un precetto espresso tramite un principio (norma con concetto valutativo = norma con clausola generale) il destinatario, viceversa, dovrebbe per forza di cose “ragionare” sul relativo valore, tentare dunque di “porsi in aderenza” al possibile significato (concreto) di esso rapportandosi ai possibili criteri di giudizio espressi (in concorrenza fra loro) dal relativo standard¹⁰⁷.

3.4.6. *Clausole generali e interpretazione per valori: i limiti della connessione*

Fin qui il modello delle clausole generali parrebbe dunque riuscire a spiegare con relativa chiarezza – e forse anche con un lessico maggiormente specificato dal punto di vista tecnico – alcune delle caratteristiche che, in ambito neocostituzionalistico, sono ritenute tipiche dei principi e della loro particolare forma di “interpretazione”.

Fin qui si potrebbe anzi pensare che i principi costituzionali potrebbero essere come il neocostituzionalismo li descrive proprio *poiché* essi conterrebbero delle clausole generali e che, altresì, pure la connessa “interpretazione per valori” altro non sarebbe se non una formula evocativa per riferirsi a quel procedimento in cui consiste la concretizzazione d’una clausola generale.

¹⁰⁷ Ovviamente, la *adesione* di cui si parla non ha niente a che vedere, *dal punto di vista logico*, con l’*approvazione* del contenuto del valore che concretamente l’interprete ricostruirà: tanto si può obbedire (o disobbedire) a una regola senza dividerla, altrettanto si potrà fare con un principio (fermo restando, è ovvio, che nella misura in cui sia possibile “declinare” il principio secondo differenti concezioni l’interprete potrebbe essere tentato di sceglierne una più vicina alle proprie convinzioni).

Il che non toglie – s’intende – che, *dal punto di vista delle intenzioni dell’autore*, si possa dare *anche* una lettura “prescrittiva” ed “eticizzante” delle affermazioni sopra riportate di Zagrebelsky (in questo senso mi parrebbe ad esempio andare il rilievo di L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 102, nota 26).

Disgraziatamente però, *da questo punto in avanti*, le cose parrebbero complicarsi.

Anzitutto, infatti, nella prospettiva e nel lessico (neocostituzionalistici) del diritto “per principi” e/o dell’interpretazione “per valori”, non sempre quando ci si riferisce a un valore si mostra di pensare a un’entità cui il testo costituzionale stesso, attraverso l’uso di termini o sintagmi valutativi, farebbe *diretto* ed *espreso* rinvio.

Alcuni “valori” che connoterebbero i principi non starebbero infatti soltanto “dietro” i principi stessi come fonte dei loro significati concreti, ma anche dietro... quei valori espressamente enunciati dal testo costituzionale. Per questa via, ad esempio, alle spalle del valore (espreso) della ‘utilità *sociale*’ si potrebbe riconoscere quello più generale (inespresso) della ‘utilità’, alle spalle di quello (espreso) della ‘libertà personale’ quello più generale (inespresso) della ‘libertà *morale*’, da quello (espreso) della ‘eguaglianza *davanti alla legge*’ a quello più generale (inespresso) della ‘eguaglianza *tout court*’, della ‘ragionevolezza’ o magari della ‘giustizia’, e così via¹⁰⁸.

Qui non interessa approfondire questo genere di percorsi ermeneutici – di chiara matrice induttiva e pertanto fatalmente discrezionali nella ricostruzione del contenuto del principio/valore così individuato¹⁰⁹ –, né la loro sostenibilità epistemica o giuridica¹¹⁰, ma solo evidenziarne l’estraneità alla logica delle clausole generali.

¹⁰⁸ Trattasi, come è stato efficacemente descritto (con riferimento specifico all’art. 3 Cost.), di «un processo di universalizzazione entro il quale è difficile distinguere norme implicite ed esplicite, interpretazione e integrazione, legittimità e merito, diritto e politica». Così M. BARBERIS, *Dei difetti della giurisprudenza costituzionale*, in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, “Nuovi” dialoghi sull’interpretazione, cit., p. 28.

¹⁰⁹ Cfr., ad esempio, A. BALDASSARRE, *L’interpretazione della Costituzione*, cit., p. 225, dove si osserva come «la topografia costituzionale consiste proprio nell’individuare i valori che sono in relazione. Ma questa operazione è un’operazione dove l’aspetto costruttivo è pressoché totale, perché *nella grande maggioranza delle norme costituzionali i valori non sono espressi, ma vanno desunti dal sistema*; sarà quindi l’interprete, il giudice, ad individuare il valore da mettere in relazione» (corsivo mio).

Rispetto alla componente “valutativa” nell’individuazione del principio vedi anche F. MODUGNO, (voce) *Principi generali dell’ordinamento*, cit., pp. 4 e 9.

Un conto, infatti, è prendere atto dell'espressa enunciazione di certi “valori” – se così si vogliono chiamare gli standard a cui i termini o sintagmi valutativi fanno rinvio – all'interno della Carta costituzionale: in questo caso si tratterà “soltanto” di specificare l'astratta pluralità di criteri espressi dallo standard, scegliendo così

¹¹⁰ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, cit., p. 251: «gli enunciati contenuti nelle disposizioni costituzionali, fraseggianti in termini estremamente ampi e connotati in senso valutativo si prestano (e comunque sono abitualmente sottoposti) a interpretazioni decisamente estensive; questa caratteristica viene inoltre accentuata in un clima culturale (come quello che caratterizza molte culture giuridiche contemporanee e anche quella italiana attuale) incline alla iperinterpretazione della costituzione: in tal modo, numerosi interessi possono facilmente salire, in via interpretativa, ai piani alti della gerarchia delle fonti».

Segnatamente questa possibilità, tramite il descritto procedimento “interpretativo”, di sovvertire le gerarchie tra i beni espressamente definite (quando lo siano) nel testo costituzionale parrebbe la ragione principale delle note critiche alla “concezione per valori” dell'ordinamento sollevate da E. FORSTHOFF, *La trasformazione della legge fondamentale*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, 1973, p. 224, per il quale «il metodo scientifico spirituale, cioè della gerarchia dei valori, rende insicuro il diritto costituzionale, dissolvendo [...] la legge costituzionale nella casistica»; analogamente B. RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, p. 130, secondo cui «l'interpretazione “oggettiva” rende le giurisdizioni superiori, come ben formulato da Karl Doehring, “sovralegislatori” (“*Obergesetzgeber*”). Essa è un bocchettone per l'immissione dello Zeitgeist nelle leggi esistenti, anche contro il loro fine normativo. Essa fa politica del diritto sotto la falsa etichetta di un'apparente interpretazione scientifica».

In argomento cfr. anche S.F. REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra “valori” e “principi” in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini, 1997, p. 124, dove con riferimento al modello della *objektive Werteordnung* (ordinamento oggettivo di valori) adottato dal Tribunale costituzionale federale tedesco si osserva come «le critiche principali insistono [...] su due fondamentali punti: l'indeterminatezza e il soggettivismo che, negli ultimi tempi, hanno condotto alla grave accusa [...] secondo la quale il *Bundesverfassungsgericht* dimentica le differenze fra la funzione legislativa e quella giurisdizionale. Effettivamente, per mezzo della giurisprudenza dei valori si opera un tipo o un modo di argomentazione che porta il *Bundesverfassungsgericht* al risultato anzidetto, funzione in realtà non propria di un tribunale, bensì esclusiva del legislatore parlamentare. Tale tipo di argomentazione consiste nel collegare interessi molto concreti con concetti talmente astratti (la dignità dell'uomo, per esempio, che la Corte tedesca considera al vertice della gerarchia dei valori) che in tal modo si autoaffermano rispetto ad altri interessi che nel caso concreto potrebbero essere più rilevanti ma che al livello di astrazione nel quale si muovono i valori non superano, per così dire, l'altro valore nel quale si è “incarnato” l'interesse contrapposto. In una parola, di tratta del c.d. *Inversionsmethode*, al quale faceva riferimento Heck quando analizzava la giurisprudenza dei concetti».

– con riferimento a una situazione concreta – una delle concezioni in cui il concetto di valore può essere declinato.

Un altro conto, tuttavia, è di ricavare “interpretativamente” a partire dall’enunciazione di un certo valore, un valore ugualmente (o addirittura ancor più) astratto, ma diverso: il che, peraltro, lascia ancora irrisolto il problema della sua applicazione in concreto, solo spostandolo sul “nuovo” valore.

Aspetto, questo, ben espresso anche da Gaetano Silvestri: «l'impossibilità di fornire contenuti determinati a disposizioni costituzionali (e legislative) generiche ha dato luogo, come è noto, alla complessa e variegata disputa sui c.d. concetti indeterminati. Secondo un orientamento più legato alla tradizione, l'esistenza di dichiarazioni costituzionali generiche sarebbe causa di indebolimento della giuridicità della Costituzione; da un altro punto di vista, la ricorrenza di “concetti di valore” renderebbe esplicita la dinamicità dell'ordinamento. Vien da chiedersi però se mantiene ancora validità il richiamo, più o meno sfumato, alla filosofia dei valori. Riferirsi ai valori come “*ideale Gegenstände*” può portare, nell'ipotesi – assai frequente nel testo costituzionale – di espressioni indeterminate, alla formulazione di mere tautologie prive di efficacia comunicativa. La determinazione del valore non è opera più agevole della precisazione del concetto. Se dal principio si rimanda al concetto e da questo al valore, il problema del significato delle espressioni resta immutato»¹¹¹.

Inoltre, parrebbe potersi notare come spesso, anche all'interno di prospettive neocostituzionalistiche, per ‘principi’ non vengano intese sempre e *soltanto* quelle norme espresse da disposizioni che abbiano al loro interno termini o sintagmi *valutativi*. Tralasciando qui la tematica dei principi costituzionali inespressi, e pertanto per

¹¹¹ G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico*, cit., p. 241 s.

In senso analogo vedi già L. BAGOLINI, *La scelta del metodo nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1059: «una situazione storica è caratterizzata principalmente dai valori, dalle ideologie, dalle idee forza, che più la contraddistinguono rispetto ad altre situazioni. Si può parlare di valori, e forse, in maniera ancora più significativa, di miti. Infatti i valori che caratterizzano la situazione non sono puramente razionali nel senso che siano del tutto esprimibili attraverso proposizioni verificabili analiticamente».

definizione non riconducibili a *nessuna* disposizione del testo costituzionale (o, quanto meno, a nessuna disposizione *in particolare*), talvolta a essere qualificate come 'principi' o 'valori' sono infatti anche (parti di) disposizioni che semplicemente rinviano a un qualche contesto meta-giuridico (ma non normativo). E in questi casi, come si è già avuto modo di spiegare (*supra*, § 3.2.2.), il parallelo con le clausole generali è ovviamente impraticabile.

Quando ad esempio, anche sulla scorta di un'affermazione in tal senso della Corte costituzionale¹¹², si sente talora qualificare come valore l'ambiente' (di cui all'art. 117, secondo comma, lett. s, Cost., dove si parla di «tutela dell'ambiente» come materia di competenza esclusiva statale), è evidente che su tale operazione, e soprattutto sugli effetti che se ne possono trarre in termini di accresciuta indeterminatezza del termine (e dunque, nel caso di specie, d'estensione della materia), il modello delle clausole generali parrebbe aver ben poco da dire.

In estrema sintesi, l'interpretazione "per valori" parrebbe spesso qualcosa di più ampio rispetto all'applicazione del modello di concretizzazione dello standard proprio delle clausole generali, per confluire il più delle volte anche (e forse soprattutto) in una tecnica d'interpretazione "estensiva" potenzialmente applicabile a *tutte* le disposizioni costituzionali, ivi comprese quelle che di termini o sintagmi valutativi siano sprovviste.

Il che, naturalmente, può suscitare (e ha suscitato) delle ragionevoli perplessità, sintetizzabili nei noti rilievi di Alessandro Pace, secondo cui «l'approccio interpretativo delle svariate teorie dei valori è "normativo-sostanziale" ed è quindi "free-form": pretende cioè soltanto la "razionalità" rispetto al "valore" sotteso all'enunciato costituzionale, ma non anche la conformità del risultato interpretativo all'enunciato in sé e per sé considerato. E in ciò si annida, per l'appunto, il rischio di soluzioni arbitrarie»¹¹³.

¹¹² Vedi *Corte cost.*, 26 luglio 2002, sent. n. 407, dove si parla della «configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale"».

¹¹³ A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 897 s.

Perplessità che, tuttavia, alle clausole generali non parrebbero poter essere in alcun modo riferite in automatico. Su tutte queste operazioni – che nel loro complesso parrebbero delineare una ben precisa politica dell’interpretazione (giurisdizionale) – il parallelo con le clausole generali manca pressoché del tutto. Pertanto, così come non si potrà invocare la “copertura razionale” ipoteticamente offerta dal relativo modello per queste forme d’interpretazione “intensiva” delle disposizioni costituzionali, altrettanto ingiustificata sarebbe una “chiamata in correità” delle clausole generali come possibile fonte dei problemi così sollevati.

3.4.7. (segue) *Principi costituzionali e gap argomentativi allo “specchio” delle clausole generali*

Il parallelo fra clausole generali e principi neocostituzionalisticamente intesi, tuttavia, a ben vedere non parrebbe completo, quanto meno per un importante aspetto, neppure nel caso “tipico” in cui le disposizioni di principio enunciassero espressamente il valore di riferimento attraverso l’uso di termini o sintagmi valutativi.

Infatti, al contrario che nel modello “classico” delle clausole generali dove il rinvio allo standard è tradizionalmente stato inteso soprattutto come un rinvio alle regole sociali (ai criteri di giudizio diffusi nella comunità di riferimento), nella prospettiva neocostituzionalistica questo “specchio” di problematica parrebbe sistematicamente rimosso a favore di un’attività d’intuizione (nel contesto della “scoperta”) e d’argomentazione (nel contesto della “giustificazione”) morali da parte del giudice.

Una strada che, abbiamo visto (*supra*, § 2.3.2.), si può concepire semmai come *possibile*, ma non certo come “scontata” (e tantomeno “obbligata”) nel caso in cui nelle disposizioni giuridiche ricorrano termini valutativi variabilmente rinviati alla dimensione morale.

Per critica complessiva assai bene argomentata al modello dell’interpretazione per valori, con ampie indicazioni dei suoi presupposti e delle sue implicazioni, vedi anche F. PIZZETTI, *L’ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995, p. 66 ss., *passim*, ma part. pp. 89 s. e 93 s.

Sarà anche vero, insomma, che posto di fronte alla formula del 'buon costume' l'interprete dovrà scegliere se rifarsi ad una delle concezioni del 'buon costume' effettivamente diffuse a livello sociale oppure svolgere lui stesso, prescindendo da indagini o constatazioni empiriche, un ragionamento (= un'argomentazione) di tipo "morale".

Così in un caso come nell'altro, tuttavia, si tratterà appunto d'una *scelta*, la quale, soprattutto nel caso si tratti d'un interprete "istituzionale" (come ad esempio il giudice), sarà sempre adeguatamente *da motivare*.

La modellistica sulle clausole generali e sulle relative modalità di concretizzazione, come ampiamente si vedeva, parrebbe ben lungi dall'offrire sul punto quelle certezze che pure forse sarebbero auspicabili, ma quanto meno ha il pregio d'indicare all'interprete tutti i momenti in cui gli si para davanti un'opzione fra possibilità *plurime*, invitandolo a prenderne consapevolezza.

Viceversa, fors'anche grazie al fatto che nelle "narrazioni" del neocostituzionalismo il problema dell'individuazione in concreto del contenuto del *singolo* principio quasi sempre sfuma e sostanzialmente si fonde nella successiva fase (logicamente solo eventuale, ma di fatto assai frequente) del bilanciamento fra *più* principi – così che l'attenzione s'impennerebbe poi soprattutto su quest'ultimo e sulla sua peculiare logica –, una compiuta (e conclusiva) riflessione sulla procedura di concretizzazione dei valori (moral) cui i principi farebbero rinvio parrebbe tuttora mancare.

Più in particolare, parrebbe pressoché del tutto assente la percezione delle possibili *alternative* a un'attività di mera (e spesso generica) "argomentazione morale" del giudice la quale inoltre, sebbene non per questo *necessariamente* si configurerebbe come arbitraria¹¹⁴, correrebbe sempre il rischio di diventare tale in assenza di precise regole metodologiche a guidarla, rivelandosi in ultima ana-

¹¹⁴ Infatti, per dirla con R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 12, «dal fatto che la giurisprudenza non può prescindere da valutazioni sarebbe errato dedurre che, nella misura in cui tali valutazioni siano necessarie, ci sia uno spazio libero per le convinzioni morali soggettive di chi applica il diritto».

lisi una semplice copertura per scelte di valore magari apprezzabili nei contenuti, ma certamente poco democratiche nei metodi¹¹⁵.

Da un lato, insomma, il problema non parrebbe soltanto quello d'effettuare una “buona” argomentazione morale, ma anche d'argomentare *perché*, in presenza d'un concetto valutativo, s'è deciso di praticare un'argomentazione morale piuttosto, ad esempio, che ricorrere ad analisi di tipo empirico per accertare i criteri di giudizio effettivamente diffusi a livello sociale in ordine alla specifica questione etico-morale cui il principio si riferirebbe nel caso concreto.

Dall'altro lato, poi, le teorie dell'argomentazione morale sembrano concentrarsi molto di più sulle modalità per conferire razio-

¹¹⁵ Tale rischio mi sembra ben riassunto in F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p. 67 s.: «ritengo un po' ottimista la fiducia in un'unica e coesa società aperta degli interpreti: in definitiva chi sceglie fra le varie interpretazioni possibili? E soprattutto secondo quali canoni? La comunità degli interpreti è unica e solidale? La Corte decide ascoltando questa comunità? Ne fa parte? E il mondo politico? Il Parlamento? Ma se Corte, Parlamento, dottrina, società civile, fossero un'unica comunità legittimante non dovrebbero esserci contrasti? Una buona argomentazione si giudica in base alla quantità di consenso? [...] In realtà, se devo pensare ad una società aperta di interpreti, mi pare più realistico immaginarla in continua lotta per le interpretazioni possibili, divisa da presupposti assiologici diversi, piuttosto che coesa intorno ad un'unica visione legittimante. Per questo ritengo che il canone dell'intersoggettività sia un canone indispensabile, essenziale ma non esaustivo. Ritengo che in ogni bilanciamento si confrontino diverse visioni assiologiche possibili; tuttavia tra di esse è solo la Corte a scegliere, e per questo, a mio avviso, si qualifica indiscutibilmente come organo di chiusura del sistema; certo essa sceglie (o dovrebbe farlo) in base all'indicazione della Costituzione, ma nell'atto di scegliere essa seleziona tra i vari significati possibili, tra le varie assiologie in campo, contribuendo a definire, ogni volta, l'universo di significati che sta dietro alla costituzione: “Constitution is what Court says it is”. In tal senso è proprio la posizione privilegiata della Corte a rendere asimmetrica e perciò meno aperta la presunta “società aperta degli interpreti della costituzione”».

In argomento, ma con una diversa impostazione (meno incentrata sulla Corte costituzionale) vedi anche M. DOGLIANI, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in A.I.C. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 208, dove si menziona una «pluralità degli attori che conformano e manipolano le visioni del mondo dominante e dunque il contesto simbolico entro il quale la costituzione viene letta», precisando che si tratterebbe di «una organizzazione-convergenza-equilibrio di élites politiche che opera per ridurre il campo di significati accettabili e praticabili cui si può fare riferimento nel leggere il modello di società che la costituzione tratteggia».

nalità al *bilanciamento* che non a quelle per concretizzare correttamente i valori (etico-morali) cui i principi costituzionali farebbero rinvio. Su quest'ultimo aspetto, il più delle volte cala il silenzio o le assunzioni al riguardo rimangono irrimediabilmente vaghe.

Anzi, il pericolo a questo proposito è segnatamente quello che la componente "intuitiva" propria del contesto della scoperta, invece di essere *rigorosamente* argomentata in quello della giustificazione, venga piuttosto *camuffata* da una pseudo-argomentazione che *dia per presupposto* come tale intuizione sia "evidente(mente esatta)" proprio *perché* si riferisce "con evidenza" a criteri di giudizio collettivi diffusi a livello sociale, senza tuttavia averlo in alcun modo provato.

Di per sé, si può anche condividere l'affermazione per cui «le potenzialità generative di espressioni come 'diritti inviolabili dell'uomo', 'pari dignità sociale', 'sacro dovere del cittadino', 'dovere di essere fedeli alla Repubblica', come di tutte le espressioni "forti", che garantiscono le libertà negative e positive, sono legate in buona parte alla loro componente emozionale. Sarebbe errato però identificare questa componente emozionale con qualcosa di natura irrazionale. La razionalità dei contenuti che via via si potranno ascrivere alle disposizioni di principio della Costituzione dipenderà dal modo in cui le parole e le frasi in essa contenute saranno sentite dalla coscienza collettiva»¹¹⁶.

Il problema, tuttavia, è che questo ancora non dice nulla del *come* tale coscienza collettiva potrebbe e dovrebbe essere accertata. Lo snodo interessa, evidentemente, tutte le categorie d'interpreti, e non soltanto il giudice, ordinario o costituzionale che sia (sul quale ultimo, peraltro, la letteratura neocostituzionalistica parrebbe concentrarsi in modo se possibile ancor più esclusivo che quella giuridica generale). Tuttavia è chiaro che per il giudice assume un rilievo particolare, se non altro perché appunto egli dovrà argomentare pubblicamente le proprie decisioni.

¹¹⁶ G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico*, cit., p. 248 s.

Ed è proprio a tal proposito che dovrebbe risultare lampante come, dalla semplice premessa (prescrittiva) che il giudice *debba* leggere il valore alla luce della coscienza collettiva, non si potrà certo logicamente trarre la conclusione (descrittiva) che il giudice concretamente *lo faccia* (e neppure che abbia i mezzi adeguati per farlo).

Qui in effetti parrebbe essere evocato una sorta di parallelo con le clausole generali e col relativo procedimento di concretizzazione, ma si tratta di semplici assonanze giacché riferirsi soltanto ai suoi (auspicati) esiti non coincide certamente con l'adozione delle relative procedure. L'ipotetico richiamo alle clausole generali, dunque, parrebbe in questo caso essere *meramente nominale* e proprio in questo richiamo soltanto “apparente” alle procedure d'accertamento (se del caso anche empirico-sociologico) proposte dal modello delle clausole generali si potrebbe annidare un pericolo aggiuntivo: quello appunto (già ricordato) di dare per risolto ciò che viceversa si dovrebbe ancora dimostrare.

In assenza d'una metodologia sufficientemente precisa e razionalmente accertabile (o falsificabile) rispetto ai risultati offerti, infatti, il *generico* riferimento a oggetti come la “coscienza collettiva”, ma anche alla “cultura” o ai “valori sociali” non solo non parrebbe argomentativamente utile, ma – proprio in quanto di mera “facciata” – rischia di essere addirittura dannoso.

Per concludere sul punto con le parole di Guido Fassò, infatti, «la *Gewinnung* di un diritto allo stato fluido come quello espresso dalla coscienza del popolo, o dalla volontà o dall'interesse di esso, o da consimili entità imprecisate, rischia di essere affidata all'intuizione mistica di “sacerdoti” di tali entità, di persone che si erigono a loro interpreti: persone privilegiate in grado di cogliere i veri valori della convivenza sociale, della conoscenza dei quali esse peraltro non hanno modo di rendere partecipi gli altri membri della società mediante un procedimento razionale, e la cui osservanza perciò debbono imporre loro autoritariamente»¹¹⁷.

¹¹⁷ G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit., p. 1015 s., dove la citazione così si chiude: «si tratta spesso, infatti, delle stesse persone che ritengono lecito per sé e per i loro compagni di fede – perché di fede si tratta – l'uso della forza, al servizio appunto dei valori di cui esse son porta-

3.5. Clausole generali e norme a fattispecie aperta: una breve panoramica*

3.5.1. Le clausole generali "aperte" (C.G. n. 3) come forme di promozione dei diritti fondamentali

L'analisi strutturale delle clausole generali sul piano costituzionale non potrebbe dirsi completa in assenza se non altro di qualche rapido, ulteriore cenno sulle c.d. norme a fattispecie aperta le quali, come abbiamo visto (*supra*, §§ 2.2.1.1., 2.6., 3.2.1. e 3.2.4.), in una delle loro accezioni trovano il proprio corrispettivo anche in un autonomo concetto di clausola generale (C.G. n. 3).

trici. Una volta usavano il rogo, poi hanno usato le camere a gas, oggi si servirebbero forse di altri mezzi; ma l'atteggiamento sarebbe sempre il medesimo, quello che si appella a valori misticamente intuiti e che prescinde dalla ragione».

In senso analogo, recentemente, B. RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo?*, cit., p. 127 s.: «la Repubblica federale ha [...] circa 21.000 giudici. Essi hanno, corrispondentemente alla prassi dello Stato costituzionale liberale e democratico, le più diverse convinzioni sul mondo e religiose. I sostenitori di una giurisprudenza secondo diritto sovrapositivo non dicono dove questo possa essere trovato con affidabilità. Se ogni giudice può applicare liberamente il suo diritto sovrapositivo secondo le sue convinzioni, è prevedibile una caotica frammentazione dell'ordinamento giuridico da parte di questa nuova fonte del diritto. [...] Dove viene affermato "diritto sovrapositivo", esso non serve al ritrovamento del diritto, ma all'arbitraria posizione del diritto da parte di chi lo afferma. L'espressione "diritto sovrapositivo" utilizzata in decisioni di istanze ultime è un'etichetta sbagliata per una nascosta posizione giudiziaria di una norma. L'ordinamento legislativo viene in tal modo rimosso. Esso viene sostituito da formule vuote, dietro le quali le istanze ultime si possono erigere a signori dell'ordinamento giuridico. Il positivismo legalista, dichiarato superato, viene sostituito da un crudo, perlomeno altrettanto discutibile positivismo giudiziario. Un diritto naturale siffatto vi può essere solo in comunità di fede, ma non in uno Stato costituzionale liberale neutrale quanto alla visione del mondo. Ogni gruppo avente una sua visione del mondo sviluppa infatti il suo proprio "diritto naturale"».

* Dedico queste pagine al mio Maestro, Augusto Barbera, "reo" d'avermi ormai più di dieci anni or sono introdotto a questo difficile argomento, proponendomelo come oggetto della mia tesi di laurea.

Il suo nome ricorrerà spesso; non tuttavia per mero omaggio devozionale, ma perché l'oggettiva importanza e il non meno rilevante influsso della sua dottrina suggeriscono analisi circostanziate (e le suggeriscono anche a chi eventualmente dissenta da essa).

Si ricorderà che con ‘norma a fattispecie aperta’ ci si riferisce qui a norme il cui “bisogno” d’essere integrate nella relativa fattispecie non parrebbe nascere da esplicite e univoche indicazioni in tal senso rinvenibili già, per il tramite di termini o sintagmi valutativi, a livello della relativa *disposizione*, bensì soprattutto (quando non addirittura esclusivamente) a livello dell’*interpretazione* di quest’ultima.

Tale tipologia di norme ha riscontrato una larga fortuna all’interno del diritto costituzionale contemporaneo soprattutto nel ramo dei diritti fondamentali, là dove l’idea d’una “apertura” del testo costituzionale all’“inespresso” (e, in questo senso, al “nuovo”), almeno da un certo punto in avanti s’è fatta significativamente strada – prima a livello della dottrina, poi anche a quello della giurisprudenza – quale obiettivo di politica del diritto non soltanto desiderabile, ma sin quasi doveroso e specificamente caratterizzante la forma di stato delle odierne democrazie occidentali.

Per gli ordinamenti giuridici rifacentisi ai principi del costituzionalismo, insomma, in quella che è stata significativamente chiamata l’«età dei diritti»¹¹⁸ questi ultimi non soltanto costituirebbero il più alto e intangibile “fondamento di valore” del sistema giuridico¹¹⁹, antecedente e anzi potenzialmente contrapposto alla stessa sovranità dello Stato¹²⁰.

¹¹⁸ Il riferimento è qui ovviamente all’omonimo contributo di N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1997.

¹¹⁹ Vedi per tutti A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. XVII: «la Costituzione di valori rappresenta, dunque, il fondamento etico-culturale e giuridico della democrazia pluralista e ne connota la strutturale apertura e il dinamismo di fondo. In questo sistema i diritti della persona umana, cioè i “valori della personalità”, rappresentano il fondamento del fondamento, al quale è necessario ancorare saldamente gli ulteriori aspetti del diritto costituzionale»; ID., (voce) *Libertà*, in *Enc. giur.*, 1990, p. 22: «l’articolo primo della nuova concezione dello “Stato di diritto” è dato dal riconoscimento dei diritti costituzionali dell’uomo e del cittadino come principi supremi dell’ordinamento e come valori materiali che presidono alla vita giuridica della comunità».

¹²⁰ Cfr., ad esempio, V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padova, 1995, p. 11: «i “diritti dell’uomo” [...] sembrano poter essere, o divenire, la piattaforma su cui (re)installare un “pluralismo ideale”, il quale ha per intanto un preciso contenuto negativo, perché tali “diritti” sono un antidoto alla “sovranità statale”, vuoi come celebrazione di un “primato” delle “assemblee politiche” che sia fine a se stesso, vuoi come celebrazione “corporativa” dello stare insieme coatto di “interessi” parziali e differenziati di “corpi” (o frazioni) della società».

Spingendosi molto più in avanti, infatti, nella «democrazia basata sul primato assiologico dei diritti fondamentali di libertà della persona umana (c.d. *preferred freedoms*)»¹²¹ s'assisterebbe a una sorta di «inarrestabile tendenza dello Stato costituzionale a garantire e *promuovere* senza requie dignità e diritti della persona»¹²².

Le clausole generali come norme a fattispecie aperta (C.G. n. 3) – talora chiamate anche, con una sorta di crasi, "clausole aperte" – in tale contesto, sarebbero appunto uno degli strumenti utilizzabili e utilizzati per la compiuta realizzazione di questo *trend*, portando con sé (ed anzi, a rigore, presupponendo) anche uno spe-

¹²¹ Così A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, cit., p. 3267.

¹²² A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 607 (corsivo mio).

Per una sintesi del fenomeno vedi anche F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, cit., p. 70 s., dove si parla dell'«estensibilità necessaria del sistema dei diritti costituzionalmente garantiti man mano che l'evoluzione della vicenda storica obbliga, per assicurare l'effettività del sistema dei valori e dei principi basato sul rispetto dell'autonomia e della "dignità" della persona, a riconoscere (e si potrebbe dire a costruire) nuovi diritti. Di qui la costruzione dei cosiddetti diritti della "terza" e della "quarta" generazione come "nuovi" diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione in quanto direttamente derivanti dai valori e dai principi di cui essa è espressione (o fondamento?). Principi e valori, peraltro, che devono essere interpretati in modo "dinamico", proprio perché essi devono essere attuati e "inverati" nella realtà concreta, dando così valorizzazione ed effettività al "rispetto" dell'autonomia e della dignità della persona (della quale essi sono la proiezione), non meno che della Costituzione (che proprio per questo è la Costituzione). Da ultimo, ma non ultimo per importanza, va sottolineato che questa impostazione, fondando i valori costituzionali sulla centralità della persona vista nella sua autonomia, nella sua dignità e nella sua storicità, consente di superare la dimensione nazionale negli ordinamenti positivi e di attingere ad una concezione sovranazionale dei valori (e quindi dei diritti) fondamentali. Il che consente di rifondare una teoria generale dei diritti dell'uomo che, senza cadere apparentemente nel giusnaturalismo, spinge a considerare le Costituzioni vigenti nei diversi paesi come documenti "storici", utili per definire il concreto grado di effettiva generalizzazione di un sistema di valori uniforme sul quale costruire appunto una comune teoria (e riconoscimento) dei diritti fondamentali. Corollario ulteriore di queste teorie è infine il definitivo superamento della tematica stessa dei diritti pubblici soggettivi. Poiché tutto il diritto (e la giuridicità) viene fondato su un sistema di valori e principi (costituzionali nel senso che si è detto) basato sull'uomo e sulla persona nella sua complessità e nella sua storicità, è evidente che non vi è più posto per l'antagonismo fra Stato e cittadino, fra il momento dell'esercizio dell'autorità e il momento del limite e della difesa del singolo».

cifico approccio interpretativo di stampo “antiformalista” e ampiamente “orientato alle conseguenze”¹²³.

Un linea evolutiva colta con largo anticipo da Augusto Barbera, il quale così argomentava già nel 1975: «se è vero che oggi vi è un gran bisogno di rifuggire da schemi chiusi e norme eccessivamente e vanamente analitiche; se attraverso la rivalutazione delle clausole generali e delle norme di principio si tende da un lato a valorizzare filoni extraparlamentari di produzione del diritto sfuggendo a posizioni di ingiustificato monopolio parlamentare e si tende dall’altro a creare un diritto più aderente a una realtà in rapida trasformazione, non potranno non rivalutarsi quelle posizioni giusnaturalistiche e giusrazionalistiche che hanno sempre avuto modo di esprimersi attraverso l’uso di clausole generali e concetti giuridici indeterminati. D’altro canto, se proprio talune clausole generali (ordine pubblico, buon costume, interesse generale ecc.), che hanno il vantaggio di tradursi in provvedimenti necessariamente individuali, hanno potuto colpire con estrema mobilità libertà irrigidite nelle pesanti armature dogmatiche dei diritti soggettivi, che si fondano invece su leggi necessariamente generali, non si vede perché non debba il giurista restituire a tali libertà una maggiore scioltezza di movimenti che le metta almeno in condizioni di non rilevante inferiorità»¹²⁴.

E in tempi a noi più vicini, è stato ancora Angelo Cervati a rilevare come «anche le clausole costituzionali aperte, sempre più diffuse nelle carte costituzionali del nostro tempo, aprono la strada ad un uso nuovo e diverso delle garanzie costituzionali e rispondono ad un’idea difficilmente accettabile da parte di chiunque muova da una concezione della norma costituzionale come entità astratta, portatrice di un comando il cui contenuto volontaristico dovrebbe essere il più determinato possibile, per divenire un precetto inderogabile da parte di altre volontà successive, tale da non essere suscettibile di assumere in futuro nuovi significati. Le clausole costituzionali aperte sono invece per lo più concepite dallo stesso costituente come destinate ad assumere significati indeterminabili ed

¹²³ Cfr. in proposito L. MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 91 ss.

¹²⁴ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 91 s.

imprevedibili, in modo che si possa fare riferimento a contenuti essenziali, ad esigenze umane fondamentali e a finalità da perseguire od obiettivi di cui tener conto; basta leggere, con un'attenzione rivolta più alla sostanza che alla forma, le motivazioni delle sentenze delle corti supreme e delle corti sovranazionali, per accorgersi che le prospettive di sviluppo del diritto costituzionale sono in larga misura affidate oggi alla utilizzazione di questo tipo di clausole; il ricorso a queste clausole impone un rigore argomentativo ed un impegno valutativo ignoto alla ermeneutica tradizionale, quella, per intenderci, che presuppone una pura e semplice ricognizione da parte dell'interprete del comando del legislatore»¹²⁵.

Fermo restando questo scenario sullo sfondo, se dal piano delle considerazioni astratte sul tema si scende a quello delle concrete disposizioni e delle relative norme rinvenibili negli specifici ordinamenti giuridici positivi, ecco che la categoria in questione finisce fatalmente per mostrare tutta la sua eterogeneità.

Essendo il tratto comune ad essa, come s'è visto, principalmente l'obiettivo di politica del diritto perseguito (ed eventualmente raggiunto), tale nozione di norma a fattispecie aperta si presta infatti a essere declinata in molti modi diversi e, come già si diceva (*supra*, § 3.2.1.), ampiamente indipendenti dalle peculiarità delle disposizioni giuridiche di volta in volta scelte come "piattaforma" per le operazioni del caso.

Quel che in Germania si riuscirebbe a realizzare col diritto soggettivo al «libero sviluppo della propria personalità» (art. 2, I, GG)¹²⁶, insomma, in Italia si potrebbe realizzare con la formula che impone alla Repubblica di riconoscere e garantire i «diritti in-

¹²⁵ A.A. CERVATI, *Studio del diritto costituzionale, cultura e impegno etico dei giuristi*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, p. 700 s.

Di «clausole "aperte" contenute in molti testi costituzionali» e che avrebbero favorito il processo di arricchimento dei diritti fondamentali da parte delle giurisprudenze costituzionali ed europee è tornato di recente a parlare E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, p. 54.

¹²⁶ Per qualche prima indicazione in lingua italiana su questo uso del *Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit* vedi F. PEDRINI, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 161 ss.

violabili dell'uomo» (art. 2 Cost.) e così avanti, senza che la diversità nelle formule comprometta la sostanziale identità negli esiti.

Così stando le cose, nell'economia di questo studio non resterebbe che concludere come le clausole generali nelle vesti di norme a fattispecie aperta (C.G. n. 3) *non* abbiano caratteristiche semantiche e strutturali *autonomamente apprezzabili*, configurandosi semplicemente come il prodotto di orientamenti culturali odiernamente attestatisi presso la “comunità dei giuristi” e poi “trasfusi” nelle interpretazioni di questi ultimi nonché, per loro tramite, in quelle degli organi giurisdicenti.

Rilievo, quello appena enunciato, serenamente accettabile dal punto di vista *descrittivo* – nella misura, cioè, in cui illustri un fenomeno concretamente in essere all'interno dell'esperienza giuridica¹²⁷ –, ma poco appagante sotto il profilo *critico*, giacché esso fatalmente “opacizza” il profilo tanto della pluralità, quanto della sostenibilità dei percorsi ermeneutici così seguiti. E, più in particolare, non consente d'inquadrare in modo soddisfacente il problema delle “fonti di integrazione” di volta in volta utilizzate per il “nuovo” introdotto nell'ordinamento grazie alle norme a fattispecie aperta.

Ciò non toglie, ovviamente, che considerazioni più interessanti – anche e soprattutto per la problematica che qui ci occupa – possano essere effettuate con riferimento agli *specifici* “casi concreti” di dette norme a fattispecie aperta, le quali peraltro soltanto nella loro singolarità parrebbero prestarsi ad un'analisi rigorosa, va da sé adottando un tipo d'approccio ad esse diverso da quello vagamente “generalizzante” finora abbozzato.

Segnatamente a un primo tentativo in tal senso, con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano, sarà dunque dedicato il prossimo paragrafo.

¹²⁷ Utilizzo questa espressione nel senso assai ampio attribuitole da M. CORSALE, (voce) *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, 1983, p. 1004, nota 6, dove la si definisce come «l'insieme di tutte le situazioni e i processi sperimentabili nella vita sociale e interpretabili come aventi a che fare con la sfera del diritto».

3.5.2. L'art. 2 Cost. come clausola generale in senso proprio (C.G. n. 4): analisi e critica

3.5.2.1. Delimitazione della problematica

In questa chiave, parrebbe possibile (ri-)prendere brevemente in esame proprio l'art. 2 della Costituzione (italiana), al fine di valutare se esso, e le operazioni interpretative che su di esso sono state proposte e praticate, possano essere meglio compresi inquadrando come clausola generale *in senso proprio* (C.G. n. 4).

Che l'art. 2 Cost. possa contenere o costituire una «clausola generale di tutela del libero sviluppo della persona umana»¹²⁸, configurandosi così come una «norma aperta alla recezione dei valori giuridici esterni all'ordinamento positivo nazionale»¹²⁹ è affermazione in effetti diffusa in letteratura¹³⁰, ma che ora parrebbe da vagliare anche sotto il profilo più strettamente *tecnico*.

A tal riguardo, i profili rilevanti parrebbero almeno tre, in un crescente ordine di problematicità: 1) la configurazione o meno della formula 'diritti inviolabili' come sintagma valutativo; 2) l'interpretazione di detta formula all'interno del suo contesto di enunciazione; 3) il tipo di standard meta-giuridico (l'ipotetica "fonte d'integrazione" della fattispecie) eventualmente ricavabile attraverso detta interpretazione.

Giova premettere che in questa sede non si svolgeranno invece considerazioni in ordine al *soggetto* che, all'interno delle articola-

¹²⁸ Così, ad esempio, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 114 s.

¹²⁹ G. DALLA TORRE, *Considerazioni sui caratteri originali della Costituzione italiana del 1948*, in *Iustitia*, 1999, p. 17.

¹³⁰ Cr. ancora P. PERLINGIERI, R. MESSINETTI, *Art. 2*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 8, dove si parla dell'art. 2 predicando la «natura aperta» e il «contenuto atipico» della relativa norma, giacché «la funzione spiegata da tale disposizione nell'ordinamento giuridico, nella globalità delle articolazioni sistematiche che compongono quest'ultimo, è quella di clausola generale, aperta, a tutela della persona».

Per una panoramica sul "grado di apertura" riconosciuto come proprio alla formula di cui all'art. 2 Cost. vedi inoltre P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001, p. 86 ss.

zioni organiche della Repubblica, sarebbe eventualmente chiamato a riconoscere e garantire i “nuovi” diritti inviolabili.

Questo, s’intende, non perché che tale profilo non sia strettamente intrecciato alla discussione intorno all’art. 2 Cost. come norma a fattispecie “chiusa” oppure “aperta”, ma – viceversa – proprio perché essa ne parrebbe sin troppo fortemente condizionata. Il contrasto fra l’una e l’altra opzione interpretativa sull’art. 2 Cost. rischia così spesso semplicemente di “mascherare” la (diversa) contrapposizione in merito alle attribuzioni (effettive o possibili) della magistratura ordinaria e, soprattutto, della Corte costituzionale rispetto a quelle del Parlamento.

Un aspetto, non a caso, già colto sempre da Augusto Barbera, il quale nel prospettare – non lo si sottolineerà mai abbastanza, *fra le altre cose*¹⁵¹ –, una lettura “a schema aperto” dell’art. 2, conte-

¹⁵¹ La ricostruzione dell’art. 2 come norma a fattispecie aperta è stata infatti spesso isolata dal suo contesto, che era (e a quanto mi consta è rimasto) quello di una più ampia visione “istituzionalistica” (o meglio, per non crear confusione, favorevole a solide “istituzioni delle libertà”), anticipata già in A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, p. 167 ss., sviluppata in ID., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, confluita nel noto saggio sul Commentario a cura di G. Branca (A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 53 ss.) e infine ripresa in ID., “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, cit., p. 19 s., dove giustamente si precisa come l’assunto per cui «l’art. 2 della Costituzione è una “fattispecie a schema aperto”, aperta ai valori emergenti nella società [...], con una funzione sussidiaria rispetto al catalogo dei diritti specificamente nominati dall’art. 13 in poi e non meramente riepilogativa o riassuntiva degli stessi» sarebbe stato «il più citato di quel saggio», ma al tempo stesso si ricorda come quello specifico profilo andrebbe correttamente letto «in stretta relazione» con le altre tesi sostenute nel saggio (del 1975), e segnatamente quelle per cui: «1) le norme costituzionali riferite a specifiche libertà sottendono e fissano valori, da contemperare con altri valori, in primo luogo quelli di cui è portatrice la stessa persona»; 2) «le libertà non si traducono solo in “libertà da” ma altresì in “libertà di” e richiedono l’assunzione di variegati compiti di promozione da parte del potere pubblico per il “pieno sviluppo della persona umana”»; 3) «le libertà costituzionali non possono essere racchiuse per intero entro lo scudo dei diritti soggettivi, ma [...] questi ultimi sono uno degli strumenti (non l’unico) attraverso il quale si realizzano i valori sottesi nelle fattispecie costituzionali, e che essi si collocano accanto ad altri strumenti istituzionali (organi di garanzia, appositi istituti normativi e così via)»; 4) «i diritti civili (non quelli politici) sono in via di principio estesi anche ai non cittadini, fatta salva la possibilità per la legge di modularne in modo più articolato la disciplina là dove espressamente riservati ai cittadini dal testo costituzionale».

stualmente segnalava come questo avrebbe posto «in modo ancora più marcato il problema dei soggetti cui verrebbe affidato il compito di interpretare, e quindi maneggiare, dette clausole generali di libertà, il compito in pratica di operare quali produttori del diritto delle libertà. E si tratta di un problema che [...] non può non essere posto in termini di politica del diritto, e che investe in primo luogo il ruolo stesso del giudice di costituzionalità»¹⁵².

La questione, insomma, è cruciale per capire come concretamente dovrà operare la norma di cui all'art. 2 nella dinamica dell'ordinamento, ma non parrebbe riguardare in alcun modo la struttura dell'articolo in questione o la sua astratta configurabilità in termini di clausola generale¹⁵³, la quale unicamente interessa in questa sede. Essa, del resto, sembrerebbe viceversa in larga parte confluire nel più ampio alveo delle considerazioni circa i soggetti delle clausole generali costituzionali, dove, come vedremo (*infra*, § 3.6.), le risposte parrebbero necessariamente da risolvere alla luce delle specifiche *norme* costituzionali (e legislative) espressamente dettate per ripartire attribuzioni (e competenze) fra i vari organi costituzionali.

3.5.2.2. 'Diritti inviolabili': un sintagma valutativo?

Ritornando dunque all'analisi dell'art. 2 come possibile clausola generale (C.G. n. 4), la prima domanda da porsi (1) è quella relativa alla configurabilità della locuzione 'diritti inviolabili' come sintagma valutativo.

Com'è ovvio, si potrà essere in disaccordo *anche* con tale concezione istituzionalistica dell'ordinamento delle libertà costituzionali considerata *nel suo complesso*, ma rimane il fatto che esaminarne disgiuntamente le sue singole componenti rischia di rivelarsi una scelta metodologicamente poco felice.

¹⁵² A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 84.

¹⁵³ Potrà viceversa avere il suo peso nel momento in cui si trattasse di scegliere *in concreto*, fra più opzioni equivalenti, quale direzione "imprimere" al processo di concretizzazione dell'ipotetica clausola generale, ad esempio valorizzando il potenziale rinvio a uno standard giuridico (come gli altri diritti previsti all'interno dell'ordinamento) piuttosto che ad uno meta-giuridico (valutazioni collettive, costituzione materiale ecc.).

Per un certo verso la risposta non sembrerebbe poter essere che positiva, giacché alla formula in parola non si potrebbe attribuire significato se non ricorrendo a un insieme di parametri di giudizio (= di regole) che qualifichi certe possibilità d'azione o certe situazioni come “oggetto” d'un diritto soggettivo.

Per riprendere qui quel che s'è in precedenza (*supra*, § 3.2.2.) definito il “test della valutatività”, si può facilmente verificare come anche per la formula ‘diritto inviolabile’ non abbia gran che senso chiedersi *cosa significa* la relativa locuzione (a poco serve, insomma, *definire* i ‘diritti inviolabili’), e che viceversa il quesito più interessante sia quello dei *criteri identificativi* che consentano di qualificare una data pretesa come diritto inviolabile.

Il problema è che, solitamente, quando in un documento normativo compaiono formule analoghe (facenti cioè riferimento a un qualche specifico diritto soggettivo), l'insieme delle regole che li qualificano per tali non è concepito come uno standard *meta-giuridico*, bensì come quello specifico insieme di norme *giuridiche* di cui è costituito lo stesso ordinamento giuridico positivo (dello Stato o dell'istituzione di riferimento).

Comunemente, insomma, si tratterebbe d'un termine sì valutativo, ma non rinviante a una pluralità di criteri di giudizio fra loro in concorrenza, potenzialmente anche meta-giuridici, come nel modello delle clausole generali (cfr. *supra*, § 3.2.3.). Si pensi, ad esempio, a espressioni come «nella misura in cui non si violino gli altrui diritti» (art. 2, I, *Grundgesetz*), che pacificamente s'intendono riferite ai diritti sanciti per tali dall'ordinamento giuridico (si tratta poi di capire a quale livello di esso) e non certo a qualche dimensione meta-giuridica o “sovrappositiva”.

Il problema, allora, è di capire se (e, se sì, perché) nel caso della formula ‘diritti inviolabili’ di cui all'art. 2 Cost. possano valere ragionamenti almeno in parte diversi: ciò che impone di venire a capo d'una specifica *matter of interpretation*.

3.5.2.3. Oltre la Costituzione formale? Un esercizio di interpretazione

Proprio su questo specifico punto sembrerebbero convergere i problemi più delicati (2), “interpretativi” in senso stretto, in merito

alla locuzione 'diritti inviolabili' di cui all'art. 2 Cost., soprattutto in considerazione del fatto che all'interno del documento costituzionale parrebbero sussistere dei referenti immediati della categoria 'diritti inviolabili' negli artt. 13 («la libertà personale è inviolabile»), 14 («il domicilio è inviolabile»), 15 («la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili») e 24 («la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»).

Il che potrebbe far pensare, con apparente automatismo, che il significato (*rectius*: i criteri di qualificazione) dei 'diritti inviolabili' sia costituito da quelle norme (e *solo* da quelle norme) espresse dalle disposizioni costituzionali che attribuiscono tale qualifica alle posizioni giuridiche soggettive da esse garantite.

Siffatto argomento "sistematico", per cui il principio fondamentale espresso nell'art. 2 avrebbe trovato la sua necessaria specificazione nelle successive disposizioni costituzionali, nondimeno, dal punto di vista logico si rivela poco più che una tautologia. È *ovvio*, infatti, che gli artt. 13, 14, 15 e 24 Cost. enuncino diritti inviolabili che la Repubblica deve riconoscere e garantire, *tant'è vero* che, in questo caso, *la Costituzione stessa* espressamente li sancisce e almeno in parte li disciplina.

Non così ovvio, invece, e comunque non logicamente necessario, è che il precetto, rivolto alla Repubblica, di riconoscere e garantire diritti inviolabili *s'esaurisca* nel riconoscimento di tali diritti effettuato già nel 1948. Se così fosse, anzi, il significato dell'art. 2 Cost. rischierebbe davvero (*in parte qua*) d'essere meramente pleonastico, giacché l'obbligo della Repubblica di riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili della persona si sarebbe di fatto *estinto* (in quanto *già assolto*, per lo meno in relazione al riconoscimento) con l'entrata in vigore della Carta costituzionale.

Conclusione, questa, tutt'altro che scontata, giacché parrebbe al contrario assai plausibile supporre che il Costituente non volesse affatto limitare la *promozione* dei diritti (via via riconosciuti come) inviolabili, cristallizzandola al dato storico allora riscontrabile. Ma, se questo è vero (o quanto meno possibile), ne segue – stavolta sì logicamente – che la categoria 'diritti inviolabili' non potrebbe essere definita attraverso dei parametri *giuridici* (statali) precostituiti

e che pertanto essa dovrebbe per forza di cose ricorrere a qualche standard *meta-giuridico* (o comunque non giuridico-statale)¹³⁴ per il suo completamento.

Ciò non significa – si torna a dire, per non creare equivoci – che allora l’art. 2 consentirebbe o addirittura implicherebbe la diretta immissione di “nuovi” diritti *direttamente sul piano costituzionale* e, ulteriormente, riconoscibili e sanzionabili *direttamente dalla Corte costituzionale*. A tale conclusione si potrebbe in effetti giungere, e di fatto fino ad essa ci si è talora spinti tanto in dottrina¹³⁵ quanto in giurisprudenza¹³⁶, sulla base di ragionamenti *ulteriori* relativi alle funzioni della Costituzione e dell’organo di giustizia costituzionale.

Per quel che qui interessa, tuttavia, tale approdo *a sua volta* non parrebbe affatto *necessitato*. L’interpretabilità della formula ‘diritti inviolabili’ come rinvio potenziale a uno standard (per lo meno anche) meta-giuridico, infatti, manterrebbe il suo senso anche se il destinatario del relativo precetto fosse da considerarsi esclusivamente il legislatore e se i ‘diritti inviolabili’ che questi fosse

¹³⁴ Astrattamente, infatti, la fonte di integrazione potrebbe essere costituita anche da ordinamenti giuridici diversi da quello della Repubblica italiana, come ad esempio quello internazionale (ma per ipotesi anche di un altro Stato o di un’altra organizzazione non statale che si riconosca idonea a produrre diritto oggettivo).

Tale prospettiva, che non può essere qui approfondita neppure per cenni, è però al centro del recente studio di D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano, 2012, dove se ne evidenziano criticamente i presupposti teorici e le implicazioni pratiche (tanto positive, quanto negative) rispetto all’effettivo livello di tutela così garantito.

¹³⁵ Oltre ai già richiamati lavori di Augusto Barbera vedi in tal senso, ad esempio, L. PALADIN, *La Corte costituzionale*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 38 ss., ma part. p. 43, dove pur riconoscendo che «l’*interpositio legislatoris* rimane a molti effetti indispensabile perché il disegno costituzionale possa venire compiutamente attuato» si sottolinea che ciò nonostante «l’inerzia del Parlamento non paralizza né la Costituzione né la Corte» e come «il perno di questa parte del discorso svolto dall’organo di giustizia costituzionale è stato ed è formato dall’art. 2, là dove si proclama che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”».

¹³⁶ Tanto da giustificare l’osservazione di F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1996, p. 21, secondo cui dalla Corte, molto più che dalla dottrina, «sono venuti i maggiori contributi all’intendimento del ruolo pervasivo dei diritti fondamentali». Sul punto cfr. inoltre *infra*, § 4.10.

chiamato a riconoscere e garantire non fossero (necessariamente) da collocare a livello costituzionale, ma anche solo su quello della legislazione ordinaria¹³⁷.

Ciò detto – e ritornando dalla parentesi istituzionale al dato tecnico –, una volta ammessa, tramite l'interpretazione del sintagma 'diritti inviolabili', la possibilità che la formula 'diritti inviolabili' di cui all'art. 2 Cost. quanto meno *possa* costituire un rinvio ad uno standard meta-giuridico¹³⁸, la configurabilità dello stesso art. 2 come clausola generale in senso stretto (C.G. n. 4) parrebbe dal canto suo pressoché raggiunta.

¹³⁷ La qual cosa, peraltro, permetterebbe di evitare le note critiche a cui la lettura dell'art. 2 Cost. come (espressivo di una) norma a fattispecie aperta è stata spesso sottoposta per la surrettizia modifica del contenuto della Costituzione al di fuori del meccanismo previsto dall'art. 138 Cost. (1) o per il "sovertimento" degli equilibri (2) e delle gerarchie (3) che così si finirebbe per introdurre nella sistemica costituzionale.

Per il primo aspetto (1) vedi R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 284, dove s'osserva che la modifica della Costituzione «è competenza esclusiva di certi organi che operino in accordo con certe procedure. Perché mai, nell'inerzia del legislatore costituzionale, il rinnovamento della costituzione dovrebbe compiersi in via interpretativa, ad opera di privati cittadini (quali sono i giuristi) e/o di organi comunque non competenti ad emendare la costituzione (quali sono i giudici costituzionali)?».

Per il secondo punto (2) vedi M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, cit., p. 47: «nessun ampliamento del catalogo dei diritti è senza costo, non solo e non tanto perché ogni nuovo diritto amplia le posizioni di svantaggio e soggezione che sono funzionali al suo soddisfacimento, ma anche e soprattutto perché quel nuovo diritto altera la posizione relativa dei diritti preesistenti, spostando i termini del bilanciamento al quale sono destinati in caso di conflitto con altri diritti o valori concorrenti».

Per il terzo (3) vedi, con differenti sfumature, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, pp. 24 e 34.

Quantomeno su (2) e (3) cfr. però la replica di A. BARBERA, "Nuovi diritti", cit., p. 23, il quale afferma di non ritenere «che la veicolazione dei diritti attraverso l'art. 2 porti ad escludere un successivo intervento conformativo del legislatore, cui spetta sempre contemperare, con il controllo della Corte, i valori sottesi ai vari diritti».

¹³⁸ *Contra* P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, *passim*, ma part. p. 22 ss. e 160 ss., dove pure l'Autore ammette (*ivi*, p. 24) che «non può disconoscersi l'esattezza teorica della premessa» delle opinioni che propongono un rinvio, dal momento che «non è [...] in astratto contestabile che il diritto positivo possa richiamare e introdurre dati o elementi tratti da altri sistemi normativi o non normativi»; cfr. anche ID., (voce) *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, 1972, pp. 718-720 e 728-731.

E si può considerare raggiunta del tutto presupponendo – come in questo caso parrebbe quasi inevitabile presupporre, attesa l'estrema vaghezza della “fonte” qui richiamata (*infra*, § 3.5.2.4.) – che lo standard meta-giuridico a cui potenzialmente verrebbe effettuato il rinvio contenga *più* parametri di giudizio in concorrenza fra loro (= più regole che qualificano situazioni o comportamenti come oggetto di un diritto soggettivo inviolabile).

3.5.2.4. *L'integrazione della fattispecie tra problemi e prospettive*

È proprio qui, semmai, alle soglie della concretizzazione dello standard, che la questione si complica ancora e i ragionamenti intorno all'art. 2 come clausola generale tornano a farsi irrimediabilmente scivolosi. E, per esser chiari, *più scivolosi* di quanto già comunemente non avvenga in tema di clausole generali.

Il problema altro non è se non quello, più volte richiamato in queste pagine, delle possibili “fonti d'integrazione” della fattispecie (3) e che nel caso dei ‘diritti inviolabili’ di cui all'art. 2 Cost. sembrerebbe vantare specifiche peculiarità.

Di solito, infatti, la fonte d'integrazione è richiamata *espressamente*, anche se non sempre con precisione, dal termine o sintagma valutativo che rinvia allo standard. Così, il ‘buon costume’ evoca uno standard composto da regole etico-sociali, la ‘utilità sociale’ uno standard composto di regole economico-sociali, il ‘particolare pregio artistico’ uno standard composto di regole estetiche e così via.

Ma *quale standard*, una volta escluso quello propriamente giuridico costituito dalle norme dell'ordinamento statale, sarebbe richiamato dalla locuzione ‘diritti inviolabili’? Su questo specifico aspetto la disposizione di cui all'art. 2 Cost. non parrebbe soltanto *vaga*; parrebbe *muta*.

E si capisce come ciò finisca per sollevare problemi non piccoli nel momento in cui la norma in questione si debba (non importa da chi) applicare, col non trascurabile rischio d'una profonda incertezza da un lato e d'una sostanziale incontrollabilità degli esiti delle relative operazioni concretizzanti dall'altro.

Tale pericolo, del resto, era individuato con lucidità dallo stesso Augusto Barbera, che infatti segnalava che «l'abbandono dell'art. in

esame come clausola meramente "riassuntiva", o meglio l'abbandono della concezione del sistema delle libertà (nonché dei doveri) come sistema "chiuso", non deve tuttavia farci piombare in una notte buia in cui tutte le vacche sacre del diritto siano nere; non significa abbandonare del tutto ogni garanzia se non di certezza almeno di coerenza e prevedibilità»¹³⁹, precisando come fosse «il problema che presentano tutte le "clausole generali": da un lato vieppiù necessarie in una realtà che subisce profonde trasformazioni e che richiede più una legislazione "per principi" che rigide disposizioni "analitiche", dall'altro tali da rappresentare un momento di fluidità che spesso vanifica ogni pur minima esigenza di certezza, ancora necessaria in un settore, come quello delle libertà, in cui un solido schermo formale può pur sempre fare da argine al prepotere istituzionale»¹⁴⁰.

Osservazioni senz'altro esatte e certamente condivisibili, ma che ancora non parrebbero risolvere né il problema del *dove* reperire gli elementi (normativi) per integrare la fattispecie che l'interpretazione avrebbe riconosciuto come "aperta", né del *come* effettuare le relative operazioni con buona speranza di successo.

È specificamente in merito a questo snodo che le indicazioni sembrerebbero farsi più sfuggenti, ma soprattutto scarsamente ancorate (e ancorabili) alla specifica conformazione della clausola generale in questione e, quindi, debitorie piuttosto dell'impostazione teorico-generale (se non addirittura ideologica) del singolo interprete.

¹³⁹ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 91.

¹⁴⁰ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 91 s.

In analogo ordine di idee, apparentemente, anche S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 89, il quale pur in una prospettiva complessivamente favorevole alla "legislazione per clausole generali", osservava come «i nostri rilievi sono svolti con esclusivo riguardo alla legislazione civile ed a quei settori che, con un significativo ritorno terminologico, vengono designati come diritto comune. Solo a prezzo di gravi fraintendimenti potrebbero essere riferiti a materie come la penalistica o la processuale; e deve recisamente escludersi la loro rilevanza in tutti i casi relativi alle libertà civili, nelle quali, sancita dal testo costituzionale la distinzione dai rapporti economici, si sostanzia ormai la difesa delle ragioni più profonde dell'individuo. Queste, libere d'ogni egoismo e insofferenti d'ogni tutela, sono oggi le grandi libertà, alle quali nulla la storia può aggiungere e molto può levare. Per esse, quindi, la cristallizzazione in formule giuridiche rigide è il destino più auspicabile».

È così, allora, che da una parte s’osserva come «la forza espansiva che le libertà, divenute dei “valori” laddove erano puntuali schemi soggettivi, acquisteranno vieppiù non potrà non trovare un punto di sostegno, e nello stesso tempo un limite (senza il quale cesserebbero comunque di essere libertà giuridiche), *nella costituzione materiale e nelle forze politiche, sociali e culturali che la determinano*»¹⁴¹. E dall’altra si rincara che «una volta abbandonato il campo delle fattispecie giuridiche analitiche, puntualmente espresse dal testo costituzionale, non si può non operare di fatto, anche se con giustificazioni teoriche non sempre coincidenti, un *rinvio alla costituzione materiale e ai principi di regime, quali assunti dalla coscienza del giudice o dell’interprete*»¹⁴².

Il punto critico qui non parrebbe tanto il riferimento alla “costituzione materiale”, la quale storicamente sembrerebbe porre l’accento sul ruolo delle forze *politiche* dominanti¹⁴³, di contro alle clausole generali che di solito si riferiscono ai criteri di giudizio *di tutti i consociati*. A tal proposito, infatti, non solo lo stesso Barbera parrebbe adottare di ‘costituzione materiale’ una concezione assai ampia (si parla, ad esempio, non solo di forze politiche, ma anche di forze *culturali* e *sociali*), ma soprattutto egli si fa carico del problema qui segnalato (circa il “vuoto dei contenuti”) indicando puntualmente nel “libero sviluppo della persona umana” il criterio contenutistico tramite il quale selezionare i concreti parametri di giudizio¹⁴⁴.

¹⁴¹ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 91 (corsivo mio).

¹⁴² A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 85 (corsivo mio).

¹⁴³ Ma per una più approfondita analisi di questo concetto “mortatiano” cfr. ora A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in AA.VV., “*una e indivisibile*”, Milano, 2007, p. 9 ss.

¹⁴⁴ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 102 ss. Vedi part. *ivi*, p. 102, dove si precisa che «la “persona” rappresenta il fine del sistema delle libertà garantite nella nostra costituzione e che quindi l’art. in esame deve intendersi come norma di “apertura” solo nei confronti di quelle libertà che siano essenziali per “il libero sviluppo della persona umana”».

Uno spunto in tal senso anche in P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino, s.d. (1972), *passim*, ma part. p. 67, secondo cui «non è possibile limitare il valore della personalità ed il valore della tutela della personalità soltanto a taluni aspetti di essa, frazionando, dividendo quel che è unico ed unitario, e giungere alla teoria pluralistica dei diritti della persona in-

C'è piuttosto da domandarsi se tali indicazioni di contenuto da un lato si possano davvero riconnettere all'autonoma semantica della clausola generale in questione e dall'altro se bastino davvero a specificarla in modo sufficiente, senza sostituire una formula contenutisticamente incolore con una contenutisticamente diafana.

Domande a cui non è certo questa la sede per offrire una risposta netta, ma che rischiano sempre, daccapo, d'essere riassorbite nell'eterna questione dei *soggetti* chiamati ad applicare e ad attuare la fattispecie normativa: «sotto questo profilo tende a svanire la stessa rilevanza dello strumento che viene utilizzato per integrare il sistema costituzionale positivo; quel che conta è da un lato valutare la falla che si apre così nella costituzione formale e dall'altro guardare con attenzione ai soggetti (per lo più i giudici ordinari e il giudice costituzionale) cui viene conferito il potere di integrazione dell'ordinamento costituzionale [...]. Che poi le libertà immesse trovino fondamento in un ordine naturale o in un nuovo ordine materiale è problema [...] che tutto sommato può ritenersi secondario»¹⁴⁵.

Ed è qui che s'appuntano semmai le maggiori perplessità, giacché – al di là del consueto, ma non logicamente necessario riferimento al giudice (ordinario o costituzionale) come *dominus* privilegiato delle clausole generali – il rischio torna a essere quello di presumere *juris et de jure* che ciò che è *percepito* dall'applicatore istituzionale sia ciò che è a livello sociale, mentre proprio tale a-

conciliabile con il nostro ordinamento giuridico costituzionale. La divisione della tutela della personalità in tanti diritti della personalità, nel tentativo di una loro tipizzazione, è una chiara scelta ideologico-politica che vuole ancora considerare i diritti della personalità come fattispecie tipiche». Cfr. anche *ivi*, p. 184, quando con specifico riguardo all'art. 2 Cost., significativamente si argomenta come «la tutela della personalità è da considerarsi unitaria, non definita, non determinata, senza limiti – attraverso la tecnica legislativa della clausola generale –, e, quindi, di per sé elastica, adattabile, ampliabile quanto più possibile in relazione alle situazioni concrete ed alle condizioni culturali, ambientali in cui essa si realizza. Questo non significa, però, che la personalità si possa considerare un guscio destinato ad essere riempito di diritti: ciò conferma che la tutela della personalità non dev'essere espressa in chiave di diritto della personalità, ma piuttosto di principio, di bene, di valore cui s'ispira l'ordinamento giuridico».

¹⁴⁵ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 86.

spetto andrebbe in qualche modo garantito e dimostrato (vedi *supra*, § 3.4.7.).

Costituzione materiale e principi di regime, insomma – leggiamo qualche riga più sopra –, ma «*quali assunti dalla coscienza del giudice o dell'interprete*»¹⁴⁶.

Una frase che se da un lato può essere correttamente intesa come la semplice *spiegazione* di un'innegabile “realtà delle cose” (pure l'interprete scrupoloso e in buona fede non può che vedere se non coi propri occhi...), dall'altro corre il pericolo d'essere fraintesa come un'aprioristica *giustificazione* di tale realtà, qualsiasi contenuto essa assuma (anche, per assurdo, quello addotto in malafede o superficialmente e incautamente intuito) e in qualunque forma essa sia espressa (anche quella scarsamente o per nulla argomentata).

Proprio quest'ultimo aspetto, con particolare riguardo alla giurisprudenza costituzionale in tema di clausole generali, sarà oggetto d'una specifica sezione di questo lavoro, nella quale si cercheranno di ricostruire le tendenze argomentative della Corte costituzionale in tema di clausole generali (*infra*, Cap. IV). Sarà quella anche la sede per una prima verifica di come l'impianto dell'art. 2 Cost. quale clausola generale (o norma a fattispecie aperta che dir si voglia) si sia effettivamente dispiegato nella concreta pratica giurisprudenziale.

Prima di tale analisi “sul campo”, tuttavia, segnatamente il costante, più volte segnalato ma sempre ricorrente pericolo che le clausole generali finiscano per essere intese (e operativamente trasformate) in un troppo generoso *Blank Check* affidato nelle mani dell'applicatore di turno (oggi il giudice, domani chissà) parrebbe prima suggerire un'ultima tappa d'approfondimento proprio al fine di precisare meglio – e, auspicabilmente, in via definitiva – il rapporto fra le clausole generali della Costituzione e i loro veri o presunti “custodi”.

¹⁴⁶ A. BARBERA, *Art. 2, cit.*, p. 85 (corsivo mio).

3.6. Clausole generali (costituzionali) sotto "custodia"?

In un mondo popolato di persone, e non solo d'astrazioni e di concetti, la tematica delle clausole generali è anche, inevitabilmente, la tematica dei soggetti che tali clausole (insieme alle relative norme) intendono, studiano, dibattono, specificano, applicano, attuano, osservano, violano e così avanti. E in un mondo come quello del diritto, dove la componente istituzionale parrebbe non meno importante di quella comunicativa e normativa, per una compiuta comprensione del relativo fenomeno nel suo complesso i soggetti non hanno, evidentemente, tutti lo stesso "peso"¹⁴⁷.

Sembrirebbe intuitivo, ad esempio, che le riflessioni in ordine alla concretizzazione d'una clausola generale argomentate da un giudice nel motivare il dispositivo d'una sentenza non avranno gli stessi *effetti*, tanto nell'universo giuridico quanto in quello della "vita reale", dei medesimi ragionamenti effettuati dal comune cittadino nel "foro interno" della propria coscienza. Così come parrebbe altrettanto intuitivo che effetti ancora differenti (e ben più incisivi) avranno, ad esempio, nei due citati universi, la decisione politica del Parlamento di concretizzare una clausola generale della Costituzione adottando una legge o l'eventuale pronuncia d'illegittimità pronunciata su quest'ultima dalla Corte costituzionale per il

¹⁴⁷ Cfr., sia pure in una prospettiva epistemologica differente da quella qui accolta, G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della costituzione*, cit., p. 367: «il diritto non si limita a prescrivere o permettere comportamenti, ma istituisce altresì un apparato, talvolta straordinariamente complesso, volto alla creazione e al mutamento delle norme giuridiche, e alla loro applicazione; e questo aspetto istituzionale differenzia nettamente il diritto da altri fenomeni normativi come la morale, o le varie forme di pressione sociale non istituzionalizzate (l'etichetta, la moda, ecc.). Ora, è del tutto evidente che essendo il diritto un fenomeno istituzionalizzato, all'interno di esso vi saranno certamente interpreti *privilegiati* delle direttive giuridiche, e questi interpreti privilegiati sono gli organi dell'applicazione (tipicamente i giudici): non nel senso che i soggetti che svolgono il ruolo di organi dell'applicazione sono più bravi, più saggi, o più abili a conoscere il diritto rispetto ad altri attori giuridici (come la dottrina, gli avvocati, o i privati cittadini), ma nel senso che le loro decisioni hanno un *peso* maggiore rispetto a quelle degli altri attori all'interno del gioco del diritto: solo le interpretazioni degli organi dell'applicazione sono destinate a trasformarsi in presupposto per l'uso legittimo della coazione giuridica».

contrasto con il (o per la mancata “copertura” da parte del) contenuto concreto d’una clausola generale costituzionale.

La particolare attenzione che tradizionalmente s’è dedicata in dottrina (e anche da parte della dottrina in tema di clausole generali) a quelli che potremmo definire gli attori “privilegiati” della *pièce* giuridica, trova dunque in questo diverso “peso” non soltanto una *spiegazione*, ma anche, se si vuole, una *giustificazione*.

Tanto è valso in particolare per la figura, più volte evocata in queste pagine, del *giudice* quale protagonista “principe” del momento applicativo del diritto, le cui decisioni da una parte (in quanto “anticamera” del possibile uso legittimo della forza) risultano tipicamente del massimo rilievo per la vita dei consociati, e dall’altra parte (in quanto necessariamente motivate nelle loro basi fattuali e giuridiche) si propongono da sempre come fonte insostituibile per le analisi dei giuristi. Prova ne sia (fra mille altre certamente ben più significative) che, anche in questa sede, le sentenze di un tribunale e non altri atti giuridici o d’interpretazione comune saranno proposti come “banco di prova” del funzionamento “reale” del modello teorico di clausole generali qui ricostruito (*infra*, Cap. IV).

Detto ciò, come già s’osservava, altro è tributare a determinati soggetti, ed in particolare ai giudici, una comprensibile attenzione nell’analisi della fenomenologia giuridica interpretativa e applicativa, altro è considerare sostanzialmente la loro attività sui documenti normativi e sugli altri elementi meta-giuridici rilevanti per la decisione della controversia come un mero “esercizio di potere”, più o meno espressamente loro “delegato”.

Soprattutto in *questo* senso appare discutibile la tendenza, pure riscontrabile nella letteratura costituzionalistica, a concentrarsi in modo a tratti quasi “monoculare” sul soggetto di volta in volta riconosciuto in grado d’esprimere la proverbiale “ultima parola”, senza cioè un’ulteriore istanza *giuridica* di controllo sopra di sé, e a leggere nei suoi *dicta* la soluzione radicalmente “definitiva” di *tutti* i problemi: non solo di quelli *pratici* legati al caso concreto (o alla singola questione), ma anche di quelli *teorici* ed *epistemologici* sullo sfondo¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Con l’indesiderabile effetto, censito criticamente da P. RIDOLA, *Gli studi*

Ma di ciò, e delle ragioni per cui in quest'analisi non s'è seguito tal genere di percorsi, s'è già detto (*supra*, § 2.4.) e a quelle riflessioni non si può non rinviare.

Discutibile o meno che fosse il restrostante approccio, era del resto quanto meno prevedibile che la delicata questione degli equilibri tra organi si tornasse a porre con rinnovato vigore anche e soprattutto sul piano del diritto costituzionale, tradizionalmente incline alle riflessioni sui "rapporti di forza" via via strutturantisi tra i vari "poteri". I quali ultimi, del resto, dal punto di vista storico hanno da sempre trovato ampio modo d'esprimersi e di misurarsi reciprocamente proprio su (e attraverso) quelle formule vaghe di cui le clausole generali costituirebbero una sorta d'archetipo¹⁴⁹.

di diritto costituzionale, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1290, di giungere talora a «opzioni ricostruttive interamente appiattite sull'esegesi della giurisprudenza costituzionale e sull'accettazione passiva degli stilemi argomentativi di questa».

Vedi in proposito anche A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 322: «che i giuristi preferiscano i percorsi giurisprudenziali è comprensibile. Da sempre i teorici del diritto – ma non solo in Italia – si ritengono più in grado di inserirsi, influenzandoli, nei linguaggi comunicativi propri dei circuiti giurisdizionali, a differenza di quanto non sia per essi possibile coi soggetti politici, il cui potere appare poco controllabile e da essi meno permeabile. Ma la *Juristocracy* è un aspetto di una più generale *tentazione tecnocratica* che percorre l'Occidente? La risposta non è facile ma non va comunque trascurato il timore che dal kelseniano e sacrosanto "custode della Costituzione" si possa poi scivolare verso una più discutibile "costituzione dei custodi"».

¹⁴⁹ Con specifico riferimento alle clausole costituzionali vedi D. FARIAS, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, cit., p. 44: «ogni qual volta la legislazione è oscura o poco chiara, nella stessa misura è di necessità ridotto il primato della legge. Se poi la oscurità riguarda la costituzione, cioè la legge fondamentale in cui si esprime il regime politico dello Stato, si hanno ripercussioni negative per la stessa oggettività e nettezza con cui si possono tracciare i confini tra i diversi poteri. Donde una situazione di promiscuità che può avvantaggiare l'uno o l'altro di essi», da cui si trae anche l'esatta, ma spesso dimenticata considerazione per cui «in tale confusione, più o meno profonda, acquistano grande rilievo le norme che l'ordinamento prevede in materia di interpretazione. Accanto al problema puramente scientifico della determinazione di ciò che una norma costituzionale generica stabilisce nella sua parziale significanza, diviene importante considerare quali sono gli organi e i criteri che l'ordinamento prevede per supplire alla sua maggiore o minore oscurità».

Ma in argomento cfr. anche A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 86, dove con riferimento alle istanze (giusnaturalistiche) retrostanti, fra l'altro, anche talune clausole

Ciò che appunto suggerisce di dedicare ancora qualche passaggio alle *particolarità* delle clausole generali della Costituzione per quel che attiene il profilo dei loro potenziali “custodi”.

3.6.1. *Un antecedente storico: Schmitt e Kelsen sullo “spostamento di potere”*

In questa chiave parrebbe di poter esordire rileggendo uno degli storici “dialoghi a distanza” fra Hans Kelsen e Carl Schmitt, i quali – come recentemente ricordato da Gustavo Zagrebelsky¹⁵⁰ – nel riscontrare la presenza sul piano costituzionale (d’alcuni concetti che oggi potremmo ricondurre al modello) delle clausole generali, non indulgevano tanto ad astratti discorsi sulla struttura normativa, ma badavano piuttosto a segnalare il pericolo concretissimo d’uno «spostamento di potere» dal legislatore all’organo di giustizia costituzionale.

Così Schmitt – il quale in verità parrebbe riferirsi ai compromessi “dilatori”, a rigore solo in parte sovrapponibili al modello delle clausole generali (*supra*, § 3.3.2.) – osservava come una costituzione «assai spesso, pur nella variopinta molteplicità delle sue dichiarazioni di principio e disposizioni costituzionali singolari, non contiene una sola decisione, neppure una decisione di compromesso, ma soltanto formule ambigue, da cui la decisione deve esser tratta, tenendo conto di punti di vista differiti, disparati e spesso addirittura contraddittori. [...] In simili “compromessi dilatori di formule” la decisione sui “dubbi e differenze di opinione” è in realtà proprio l’effettiva normazione. [...] *Quando in questa materia una corte giudiziaria prende decisioni, essa diventa chiaramente legislatore costituzionale in alta funzione politica*»¹⁵¹.

generali si segnalava come esse «dal XIV secolo, da Marsilio da Padova ai giudici di Weimar [...] hanno sempre rappresentato uno strumento atto a spostare l’equilibrio fra i vari operatori giuridici».

¹⁵⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 377 ss. (dove il paragrafo è significativamente titolato «Le norme costituzionali indeterminate e lo “spostamento di potere”»).

¹⁵¹ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, p. 78 (corsivo mio).

Quanto a Kelsen – che più precisamente si riferiva a costrutti *stricto sensu* riconducibili alle clausole generali –, evocando il caso in cui la costituzione avesse espressamente enunciato nelle sue disposizioni formule come 'equità', 'giustizia', 'libertà', 'eguaglianza', 'moralità', egli non riteneva neppure che tali concetti potessero costituire un qualsivoglia *indirizzo* per coloro i quali fossero stati chiamati a concretizzarle: «se queste formule servono solo a coprire l'ideologia politica corrente con la quale ogni ordinamento cerca di rivestirsi, il rinvio all'equità, alla libertà, all'uguaglianza, alla giustizia, alla moralità, etc., in mancanza di una precisazione di questi valori, significa solo che tanto il legislatore quanto gli organi preposti all'esecuzione della legge sono autorizzati a riempire discrezionalmente lo spazio loro lasciato dalla costituzione e dalla legge»¹⁵².

In ragione di ciò, *a fortiori* sarebbe dunque stato un *fraintendimento* – latore appunto d'un surrettizio e inaccettabile spostamento di potere – concepire tali formule come espressive di un *vincolo* (per il legislatore) sanzionabile attraverso l'organo di giustizia costituzionale: «proprio nel campo della giustizia costituzionale esse possono tuttavia svolgere un ruolo assai pericoloso. Le disposizioni costituzionali che invitano il legislatore a conformarsi alla giustizia, all'equità, all'uguaglianza etc., potrebbero essere infatti interpretate come direttive riguardanti il contenuto delle leggi: *naturalmente a torto*, giacché sarebbe così solo se la costituzione stabilisse una direttiva *precisa*, se indicasse essa medesima *un qualunque obiettivo criterio*. Il limite tra queste disposizioni e le tradi-

¹⁵² H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, p. 189, dove pure si precisava come «le concezioni della giustizia, della libertà, dell'uguaglianza, della moralità, etc., differiscono infatti talmente, a seconda del punto di vista degli interessati, che, se il diritto positivo non consacra l'una o l'altra di esse, qualunque regola di diritto può essere giustificata con una qualunque di queste possibili concezioni. In ogni caso, però, il rinvio ai valori in questione non significa e non può significare che il contrasto del diritto positivo con la loro concezione personale della libertà, dell'uguaglianza, etc., possa mai dispensare gli organi preposti alla creazione del diritto dall'applicarlo. In linea generale, pertanto, le formule in questione non hanno una grande importanza, Esse non agguangono nulla alla realtà effettiva del diritto».

zionali disposizioni sul contenuto delle leggi che si rinvergono nelle dichiarazioni dei diritti individuali scompare facilmente e non è quindi impossibile che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla costituzionalità di una legge, l’annulli perché è ingiusta, essendo la giustizia un principio costituzionale che esso deve conseguentemente applicare. *In tal caso però il potere del tribunale deve essere considerato semplicemente intollerabile. La concezione della giustizia della maggioranza dei giudici di questo tribunale potrebbe contrastare del tutto con quella della maggioranza della popolazione e contrasterebbe evidentemente con quella del parlamento che ha voluto la legge.* È chiaro infatti che la costituzione non ha inteso, usando un termine così impreciso ed equivoco come quello di giustizia o altro simile, far dipendere la sorte di ogni legge votata dal parlamento dal gradimento di un collegio composto in modo più o meno arbitrario dal punto di vista politico, com’è un tribunale costituzionale. Per evitare un simile spostamento di potere – *certainamente non voluto e politicamente controindicato* – dal parlamento ad un organo estraneo e che può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile»¹⁵³.

L’accurato discorso di Kelsen che qui s’è ripreso esprime, con la consueta chiarezza, concetti pure apprezzabili nella loro difesa

¹⁵³ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 189 s. (corsivi miei). E cfr. ancora H. KELSEN, *Chi dev’essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., p. 253 s.: «se si vuole contenere il potere dei tribunali e quindi il carattere *politico* della loro funzione [...] deve essere il più possibile limitato l’ambito della *discrezionalità* che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future – come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili – non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole come ‘libertà’, ‘uguaglianza’, ‘giustizia’ etc. Altrimenti c’è il pericolo di uno *spostamento di potere* – non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno – dal parlamento ad un organo esterno ad esso “che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento”».

dell'ideale democratico-parlamentare. Dal canto suo, tuttavia, illustra anche al meglio come la discussione sulla struttura delle formule in questione, quando in realtà *mascheri* una (e scivoli nella) contrapposizione sulla funzione degli organi chiamati ad applicarle, finisca fatalmente per "annegare" in considerazioni di politica del diritto magari anche d'alto profilo, ma di poca utilità (se non addirittura di nocimento) per l'esatta comprensione della problematica sotto il profilo tecnico.

Le clausole generali costituzionali, come s'è letto, venivano qui infatti indicate come (possibili) fonti, *una volta che fossero state fraintese* nella loro funzione, d'un "travisamento" del ruolo "proprio" del tribunale costituzionale, che avrebbe così esteso le proprie competenze ai danni d'un legislatore corrispettivamente "spogliato" delle prerogative di sua "naturale" spettanza in un ordinamento democratico. Impostazione di chiara matrice *prescrittiva*, valida cioè solo a partire da ben precise premesse *normative* (circa i "còmpiti" del legislatore e della Corte costituzionale) che qui Kelsen *presuppone*, ma *non esplicita*.

Anche *all'interno* di tale ottica prescrittiva, tuttavia, comicamente proprio la paura che tali clausole generali potessero essere "fraintese" a livello *funzionale* (sul piano della loro funzione all'interno dell'ordinamento) portava poi Kelsen a travisarle lui stesso per primo sul piano *strutturale e semantico*.

Nella "foga" di sostenere (con argomento giuridico-istituzionale) che dette clausole non avrebbero vincolato il legislatore, ed anzi proprio *al fine* d'argomentare che non lo vincolavano¹⁵⁴, infatti, egli

¹⁵⁴ Con un'argomentazione, peraltro, non particolarmente persuasiva. Torniamo infatti per un istante su quell'inciso: (le clausole generali costituzionali vincolerebbero il legislatore solo) *se fraintese*, se intese cioè – secondo la terminologia di Kelsen – «a torto». Il "torto" sarebbe qui di intendere le relative formule costituzionali come espressive di vincoli cogenti per il legislatore, la cui violazione avrebbe potuto essere sanzionata dall'organo di giustizia costituzionale.

Ma bisogna chiedersi perché sarebbe un "torto" intenderle così? Perché – sostiene Kelsen – esse sarebbero "mere formule ideologiche", imprecise, prive di un significato autonomo, interpretabili secondo molteplici e divergenti concezioni soggettive e, *pertanto*, discrezionalmente (ed anzi, nel caso di specie, arbitrariamente) attuabili dal solo legislatore. Su quest'ultimo passaggio, tuttavia, la stringenza *logica* del ragionamento di Kelsen viene meno, perché si richiederebbe

finiva poi sbrigativamente per assumere (con argomento semantico) che esse non significassero *nulla*, o comunque nulla di sufficientemente preciso per esprimere un precetto vincolante.

Il che, come s'è ripetuto fino allo sfinimento in queste pagine, di per sé non corrisponde al vero; ma soprattutto non mancava di portare alla paradossale, eppure a quel punto inevitabile conseguenza che, una volta invece ammessa – sulla base, s'intende, d'un diverso argomento giuridico-istituzionale¹⁵⁵ – la vincolatività e la giustiziabilità di queste formule, la loro riconosciuta a-significatività avrebbe fatalmente finito per spalancare le porte alla piena “politicalità” (e alla “politizzazione” delle scelte) del tribunale costituzionale.

Va viceversa ribadito come nulla di tutto questo parrebbe la conseguenza *necessaria* della presenza di clausole generali in Costituzione. Non solo perché, concettualmente, tali clausole potrebbero

un'ulteriore premessa *normativa* espressiva della regola per cui una Corte costituzionale non possa *essa stessa* essere chiamata ad applicare altrettanto discrezionalmente il contenuto (imprecisato) della Costituzione.

Tale premessa, come dice giustamente G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 380, è un *postulato*, e specificamente quel postulato che prevede una precisa separazione di compiti fra politica legislativa e giurisdizione costituzionale: «il postulato [...] è la concezione positivista del diritto, come prodotto integralmente legislativo (ordinario o costituzionale), oltre il quale c'è solo il campo del “non giuridico”, cioè dell'arbitrarietà (o “discrezionalità”) e, in definitiva, di scelte politiche che non competono ai giudici. È in base a questo postulato che può parlarsi di spostamento del potere politico, o di appropriazione indebita di potere del legislatore da parte del giudice».

Il “postulato”, s'intende, è tale (premessa indimostrata) nel discorso qui riportato di Kelsen, ma potrebbe essere poi (e di fatto, in diversa misura talora è) trasfuso in precise norme di diritto positivo (costituzionale o legislativo), divenendo in tal caso un elemento “oggettivo” che l'interprete non si limiterebbe più a *presupporre*, ma che viceversa potrebbe tecnicamente *riscontrare*.

¹⁵⁵ Cfr., ad esempio, sempre G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 379: «le costituzioni vigenti dello Stato costituzionale pluralista odierno [...] non sono testi normativi nel senso del positivismo giuridico. Essi sono infatti ricche, precisamente, di quelle proposizioni che Kelsen invitava ad evitare, e lo sono non per capriccio o insipienza degli autori delle costituzioni stesse, ma per necessità costituzionali materiali. Le norme costituzionali aperte sono infatti caratteristiche inevitabili delle costituzioni, in quanto documenti normativi “comprensivi”, adatti a situazioni costituzionali aperte, destinate a valere nel tempo e inseriti in un movimento ideale che travalica i limiti degli stati nazionali. Queste norme sono tali da richiedere necessariamente un'opera di concretizzazione storica, non interamente predeterminata nei suoi contenuti».

(e dovrebbero) essere considerare un indirizzo e un vincolo apprezzabile per il legislatore anche in eventuale contesto di costituzione non garantita o perché, pure in una costituzione garantita, il controllo su queste clausole potrebbe in astratto essere in tutto o in parte giuridicamente inibito all'organo di giustizia costituzionale¹⁵⁶. Ma anche e soprattutto perché, dalla loro struttura, non emerge un rinvio o una delega *sic et simpliciter* alla discrezionalità (tanto meno alla volontà arbitraria) di chicchessia.

Che questo dato non fosse colto neppure da studiosi del calibro di Hans Kelsen e Carl Schmitt sembrerebbe, dal canto suo, deporre a favore della tesi che gli studi sulle dinamiche istituzionali, soprattutto se animati da intenti dichiaratamente prescrittivi, tendono fatalmente a distorcere la percezione dell'esatta struttura dei costrutti giuridici esaminati. E non per ragioni contingenti, ma perché, considerando questi ultimi non più come degli *scopi*, ma come semplici *mezzi*, *utili* o *dannosi* in rapporto al fine di politica del diritto prescelto e dunque evocativi d'una logica "combattente" *ami-*

¹⁵⁶ L'idea che, se presente, il giudice costituzionale debba per forza presiedere a tutte le varie operazioni di applicazione della Costituzione è assai diffusa e corrisponde a una tendenza dell'attuale Stato costituzionale. Nondimeno, concettualmente, essa è facile da confutare.

Cfr. in proposito, con argomenti relativi al bilanciamento fra diritti, ma facilmente riportabili a tutte le operazioni implicanti un certo tasso di "discrezionalità" nell'applicazione della Costituzione B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002, p. 119: «la mia analisi [...] non tocca in alcun modo la questione: a chi spetta – o è bene che spetti – il potere di interpretare e applicare, in modo autoritativo (e definitivo), la disciplina costituzionale dei diritti? I diritti sanciti dalle costituzioni contemporanee, ho sostenuto, sono conflittuali, indeterminati, ed esigono specificazione, *trade-offs*, bilanciamento [...]. *Ma non è detto che il bilanciamento debba essere operato (precipuamente, o esclusivamente, o in ultima istanza) dal giudice, o dal giudice costituzionale*» (corsivo mio); nonché G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 164 s., dove l'analisi sulle norme costituzionali conferenti diritti possa mantenersi «indipendente dall'individuazione del soggetto istituzionale chiamato ad effettuare le necessarie operazioni di bilanciamento, limitazione ecc.; *in teoria, tali operazioni potrebbero essere riservate al legislatore perché ritenute intrinsecamente "politiche", oppure affidate alle corti; il fatto che molti ordinamenti contemporanei affidino questo compito alle corti non toglie che questa sia una soluzione istituzionale contingente*» (corsivo mio).

co/*nemico*, le differenze più facilmente si radicalizzano o s’assottigliano fin quasi a scomparire.

E se si conviene che tanto non giovi alla buona impostazione d’un discorso scientifico, allora è giocoforza anche trarre dalla parabola qui sintetizzata un’ulteriore conferma storica dell’opportunità di (continuare a) tenere concettualmente separati i problemi relativi alla struttura delle norme da quelli relativi agli equilibri fra i poteri, quanto meno in chiave analitica.

3.6.2. *Le clausole generali costituzionali tra magistratura ordinaria, legislatore e Corte costituzionale*

Esaurite così le premesse *storiche*, dal punto di vista *tecnico* il problema relativo ai soggetti cui spetterebbe il completamento delle clausole generali della Costituzione in vista della loro compiuta operatività solo di rado è stato affrontato *nello specifico* dalla dottrina costituzionalistica, che solitamente lo ha fatto confluire nella più ampia problematica delle altre norme costituzionali indeterminate o di principio. Del resto, le riflessioni sulle clausole generali di diritto comune articolate, esse sì specificamente, dalla dottrina civilistica, penalistica e teorico-generale non parrebbero automaticamente “importabili” sul piano del diritto costituzionale, il che appunto impone qualche considerazione ulteriore.

Se infatti, come si visto (*supra*, § 2.4.), in relazione alle clausole generali legislative il soggetto istituzionale riconosciuto come “privilegiato” per l’individuazione e la concretizzazione degli standard richiamati dalle clausole generali è stato pressoché univocamente identificato col *giudice* (ordinario), la situazione a livello delle clausole generali costituzionali si rivela fin da subito più complessa.

L’intervento della magistratura ordinaria in chiave d’applicazione diretta della Costituzione, invero, già *in generale* – con riferimento, cioè, a norme costituzionali *qualsivoglia* (prive di clausole generali) – parrebbe infatti configurarsi come opzione alquanto marginale, poiché da un lato esclusa ogniqualvolta sussista una riserva di legge, e dall’altro lato comunque circoscritta ai casi (tutto sommato abbastanza rari) di possibile *Drittwirkung*.

Inoltre, l'applicazione diretta delle clausole generali costituzionali da parte del giudice ordinario parrebbe ancor meno probabile *nello specifico* se si considera che, tra i presupposti dell'efficacia *inter privatos* delle norme costituzionali, si è soliti annoverare proprio quelle caratteristiche di completezza e, soprattutto, di “auto-applicatività” che nel caso delle clausole generali (comprese quelle della Costituzione) parrebbero escluse già a livello definitorio.

Segnatamente tale “peculiarità” delle clausole costituzionali rispetto a quelle di diritto comune, del resto, come forse si ricorderà era valsa la proposta di qualificare le prime con la diversa etichetta dei ‘*principi valvola*’ (*supra*, § 3.1.). Questione *meramente terminologica* dal punto di vista della *struttura* dei relativi costrutti, ma che sottolineava la possibile diversità sul piano *delle modalità di funzionamento*.

Le particolarità delle clausole generali costituzionali, infatti, non parrebbero qui dipendere tanto dalla diversa semantica delle relative disposizioni, bensì soprattutto dalle differenti caratteristiche (e funzioni) complessive del diritto in cui esse s’inseriscono, come emblematicamente attestato – appunto – dalla diversa operatività delle clausole generali nei (e la loro diretta applicabilità da parte del giudice ai) rapporti interprivati.

Ciò non esclude, naturalmente, che i giudici ordinari possano rivestire un’importante funzione nell’interpretazione (intesa in senso ampio) delle clausole generali costituzionali, seppur in modo più *indiretto*.

Questo tanto attraverso la dottrina dell’intendimento “sistematico”¹⁵⁷ delle disposizioni legislative *anche* alla luce dei precetti co-

¹⁵⁷ Qui da intendersi nel senso di P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 65 s.: «l’interpretazione c.d. adeguatrice della disposizione di rango non costituzionale con le norme costituzionali, meglio con l’intera tavola di valori presente in Costituzione, non è niente altro che – come qualsiasi interpretazione in funzione applicativa – un’interpretazione sistematica ed assiologia, rispettosa dell’unitarietà dell’ordinamento giuridico e del pluralismo delle fonti normative dalle quali l’ordinamento stesso trae origine. Ciò è possibile a condizione che come oggetto dell’interpretazione si intenda non soltanto la disposizione non costituzionale ma una combinazione di disposizioni, ivi comprese quelle costituzionali. Queste, queste sole, anziché essere ridotte a meri

stituzionali, nei limiti in cui sia possibile percorrere le vie di un'interpretazione “costituzionalmente conforme” senza rimettere la questione alla Corte costituzionale¹⁵⁸, quanto per mezzo dell'argomentazione – spesso, purtroppo, assai carente nella pratica concreta – delle ordinanze di rimessione che i giudici ritenessero viceversa d'adottare nelle vesti di giudici *a quibus* nei ricorsi incidentali di legittimità costituzionale¹⁵⁹.

criteri ermeneutici delle altre si coordinano con esse, secondo il modello del “combinato disposto”».

¹⁵⁸ Questo in virtù del “principio della massima attuazione della Costituzione” di cui già S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione. Aula magna dell'Università di Messina 19 dicembre 1973*, Milano, 1993, p. 20 s. (citato da P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti e il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 825 s., note 35 e 36), in forza del quale «anche il giurista tecnico, cultore del diritto privato o del diritto amministrativo o di qualsiasi ramo del diritto, deve formarsi una mentalità costituzionalistica, deve cioè, nella sua opera di interprete e di costruttore del sistema, trarre dalle norme contenute nella carta costituzionale le fondamentali direttive ermeneutiche e costruttive».

S'intende che, per effettuare una lettura costituzionalmente conforme alla Costituzione del tessuto normativo ordinario, la prima (Costituzione) andrà evidentemente a sua volta interpretata, *anche* nelle sue parti inclusive di clausole generali. Ed è proprio a tale proposito che si dovrà prestare attenzione a non trascorrere dalla interpretazione costituzionalmente conforme della legge a una interpretazione legislativamente conforme della Costituzione.

Su questo antico problema cfr. le classiche considerazioni di W. LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht*, Tübingen, 1964. Nella letteratura italiana, con specifico riferimento alle clausole generali, vedi P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte costituzionale*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1976, p. 488, quando segnala l'«errore metodologico di dare alla clausola generale costituzionale (dell'utilità sociale) un contenuto non costituzionale dedotto dalle leggi ordinarie per di più precedenti, nella maggior parte, alla stessa carta costituzionale»; e cfr. ancora ID., *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 695 s., quando, con riferimento alla clausola della ‘funzione sociale’, segnala come questa nozione, «lungi dall'esaurirsi in un insieme di diritti determinati dalla legge, si configura come una reale attitudine sociale desunta dall'insieme dei principi e dei valori presenti nell'ordinamento e principalmente dal principio personalistico e da quello solidaristico che caratterizzano la Carta costituzionale».

¹⁵⁹ Come parrebbe suggerire in via generale per ragioni di certezza giuridica, viceversa, G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit., p. 1045: «in definitiva, ‘diritti inviolabili’, ‘dignità umana’ e simili sono “concetti-valvola” non diversi, nel sistema delle norme costituzionali, da quelli

Più articolati ragionamenti s'impongono per quel che attiene al possibile intervento specificativo delle clausole generali costituzionali da parte del legislatore da un lato e della Corte costituzionale dall'altro.

In rapporto alla Costituzione, infatti, l'"interpretazione" delle (disposizioni contenenti) clausole generali non parrebbe automaticamente e soprattutto *tipicamente* prolettica – come invece accadrebbe, lo si vedeva, nel caso delle clausole generali legislative – alla (diretta) *applicazione* delle stesse da parte degli organi amministrativi e giudiziari, bensì potrebbe concettualmente rivelarsi (più) funzionale alla loro *attuazione*¹⁶⁰. Appannaggio (per lo più)¹⁶¹ tipico, quest'ultima, di organi *politici* e fra questi per eccellenza del legislatore, al quale soltanto del resto, come abbiamo visto, s'era mostrato di pensare durante il dibattito sulle singole norme contenenti (quelle che ora noi chiamiamo) clausole generali anche all'Assemblea Costituente (*supra*, § 3.3.1.)¹⁶².

(‘buona fede’, ‘correttezza’, ‘giusta causa’, ‘comune sentimento del pudore’ ecc.) che nel sistema della legislazione ordinaria hanno permesso una certa aderenza di questa alla realtà storica: in quanto trasferivano la valutazione giuridica dei fatti dal legislatore al giudice, che a tale realtà può più facilmente ed efficacemente adeguarsi. Come tali clausole generali hanno potuto e possono essere applicate dal giudice ordinario, così i concetti-valvola contenuti nella costituzione siano perciò applicati dal giudice costituzionale, il quale potrà in tal modo adeguare alla sempre diveniente realtà storica tutto l'ordinamento giuridico; *ed i giudici ordinari, di fronte alle leggi che secondo loro contrastano con essi, non abbiano altro potere che quello di provocare il giudizio di legittimità da parte della Corte costituzionale, in modo che la giurisprudenza in tale materia sia univoca e che casi uguali non vengano decisi in maniera diversa*» (corsivo mio).

¹⁶⁰ Cfr. sul tema R. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Pisa, 2006, nonché F. MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Napoli, 2008.

¹⁶¹ Per una documentata esposizione di come anche organi giudicanti possano contribuire a forme di sviluppo non meccanico della Costituzione cfr. infatti A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995.

¹⁶² In dottrina si ritrova un accenno a questa problematica in S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1287, dove (sempre con specifico riferimento alla ‘utilità sociale’, ma con più ampia valenza) si segnala come «evidentemente, l'esistenza di tale concetto elastico al livello costituzionale può importare delle differenze dalla operatività consueta di questi concetti nell'ambito privatisti-

3.6.3. L’“elasticità” della Costituzione

Proprio in questo senso, invero, era stata tradizionalmente intesa la caratteristica della “elasticità” ritenuta propria delle Carte costituzionali – elasticità che, come si è visto, le clausole generali (ivi comprese quelle costituzionali) parrebbero strutturalmente volte a produrre e incrementare –, che si riteneva d’associare a una maggiore “libertà” della politica intesa in senso ampio, e soprattutto, appunto, del legislatore.

Così, ad esempio, già Pellegrino Rossi, in un noto saggio sull’elasticità dello Statuto, aveva a scrivere come «per elasticità intendendo la caratteristica conformazione di una Carta Costituzionale, la quale agevolmente si adatti alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule, sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie»¹⁶³. E sempre nello stesso contributo s’insisteva particolarmente sull’accresciuto “margine di manovra” acquisito dal Legislatore in caso di “elasticità costituzionale”: «di fronte al carattere della elasticità, la questione della rigidità o della flessibilità può

co, non esaurendosi nel profilo interpretativo, ma comprendendo anche l’eventuale svolgimento di attività legislativa».

Più in generale, sulle disposizioni di principio come «disposizioni, appunto, di massima, destinate ad essere ulteriormente sviluppate e praticamente attuate nella successiva attività legislativa dei futuri Parlamenti» cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 39.

¹⁶³ P. ROSSI, *La elasticità dello Statuto italiano*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, I, Padova, 1940, p. 27 s. E vedi anche *ivi*, p. 28, dove si osserva come «la elasticità di una costituzione proviene da due fattori: la sobrietà e la generalità; cioè, quantitativamente, dalla sua limitazione alle materie più essenziali, e, quantitativamente, alla indeterminatezza delle varie disposizioni; così che possono emanarsi atti legislativi nelle stesse materie senza che questi intacchino la Carta costituzionale».

Sulla elasticità come caratteristica della Carta costituzionale vedi anche (stavolta con riferimento alla Costituzione repubblicana del 1948) almeno G. CHIARELLI, *Elasticità della costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 328 ss. e F. PERGOLESÌ, *Rigidità ed elasticità della costituzione italiana*, cit., p. 44 ss.; in tempi relativamente più recenti cfr. inoltre (sotto la diversa, ma sostanzialmente coincidente rubrica della ‘duttilità’) M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, p. 91 ss.

passare in seconda linea. Se la costituzione è elastica, cioè se le sue scarse ed ampie formule consentono susseguenti atti legislativi che ad essa non contrastano, è evidente che questi atti legislativi possono, in ogni ipotesi, essere emanati dal Parlamento [...] Per elasticità sotto l'impero della medesima norma generale, si possono prendere opposte disposizioni particolari, senza ledere tale norma e senza modificarla, cioè senza esercitare potestà costituente»¹⁶⁴.

Tale “libertà” legislativa, tuttavia, quanto meno nel caso delle clausole generali, in senso tecnico parrebbe non già coincidere con una *discrezionalità totale* (e pertanto *insindacabile*), quanto piuttosto costituire il riflesso (e fors'anche una “cattiva traduzione”) della possibilità – *contingentemente*, ancorché *non necessariamente* offerta dalla clausola generale per via del contenuto diacronicamente mutevole dello standard da essa richiamato – d'adottare, in differenti istanti di tempo, provvedimenti legislativi dal differente contenuto senza per questo violare la medesima disposizione costituzionale (e anzi esplicitandone le attuali virtualità).

Sembrirebbe opportuno ribadire, del resto, come tutto ciò non implichi affatto che il legislatore, grazie all'elasticità guadagnata dalla Costituzione in virtù delle clausole generali ivi contenute, potrebbe adottare atti legislativi dotati di *qualsiasi* contenuto senza *mai* violare la norma contenente una clausola generale. Quest'ultima, infatti, potrà anche avere un contenuto potenzialmente plurimo, parzialmente indeterminato e diacronicamente mutevole – che quindi può (ed entro certi limiti anzi deve) essere attuato in modo differente in momenti storici differenti –, ma *in ciascun momento storico* parrebbero pur sempre esistere dei provvedimenti

¹⁶⁴ P. ROSSI, *La elasticità dello Statuto italiano*, cit., p. 48. E prima di lui vedi già in argomento S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali* (1907), ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 266, secondo il quale «gli articoli del nostro Statuto [...] somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica».

legislativi *sicuramente incompatibili* col contenuto della clausola generale¹⁶⁵.

In questi casi, quanto meno in un regime di Costituzione rigida e garantita come il nostro, l'intervento della Corte costituzionale parrebbe perfettamente concepibile e, sia pure sempre nel rispetto del potere discrezionale del Parlamento (art. 28, l. 87 del 1953), giuridicamente dovuto. Come a suo tempo rilevato, infatti, attesa la grande diffusione di norme costituzionali contenenti clausole generali e altri concetti indeterminati e/o rinviati al meta-giuridico, «la pretesa di escludere siffatti sindacati, muovendo dalla critica della discrezionalità e dell'eccesso di potere legislativo, conduce a privare di concrete garanzie giuridiche la parte maggiore e più sensibile della costituzione»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Vedi in proposito D. FARIAS, *Linee metodiche generali per l'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, cit., p. 325 s.: «non è dubbio che l'amplissima generalità di concetti come 'utilità sociale' 'sicurezza' 'libertà' 'dignità umana' lascia al legislatore ordinario uno spazio molto ampio di discrezionalità all'interno di una sfera caratterizzata da interessi molto generali. L'interprete non può che prenderne atto. La sfera però non è illimitata. Una precisazione dei suoi confini potrà giovare della distinzione tra il nucleo luminoso e la periferia in penombra dei concetti. A tal fine lo strumento della interpretazione sistematica rende servizi preziosi consentendo di isolare all'interno della stessa Costituzione alcune finalità che essa chiaramente fa sue che rientrano nella zona centrale e più luminosa del significato di quei concetti generali. Le condizioni reali necessarie in un determinato contesto storico perché quelle finalità siano conseguite costituiscono una seconda zona immediatamente adiacente, che anch'essa si può ritenere di sicura pertinenza del loro significato». In analogo ordine di idee cfr. anche ID., *Idealità e indeterminazione dei principi costituzionali*, Milano, 1981, *passim*.

¹⁶⁶ Così L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, cit., p. 322. E cfr. più diffusamente anche *ivi*, p. 328 s.: «malgrado la sua rigidità, la carta costituzionale genera – non solo per singoli aspetti, ma nella sua totalità – un sistema normativo variamente elastico, cioè contrassegnato in ogni parte dalla presenza d'una molteplicità di concetti imprecisi e di labili criteri direttivi. Sottrarre pertanto alla Corte il sindacato sull'adempimento o sul fedele sviluppo dei criteri e dei concetti, che sembrano troppo sfumati o contengano troppe implicazioni non giuridiche, perché se ne possa conoscere nel quadro d'un giudizio di pura legittimità, conduce necessariamente a contestare il sindacato stesso, svuotando di senso l'intero istituto della giustizia costituzionale, dovunque la costituzione manifesti la propria elasticità. [...] Del tutto infondato, in particolar modo, appare il tentativo di scindere le disposizioni costituzionali sulla base della loro *Judiziabilität*, vale a dire secondo l'attitudine ad essere applicate in termini oggettivi e logicamente inattaccabili, anziché prestarsi al metro di giudizio del caso per

3.6.4. *Appendice: legittimità vs. merito*

Il problema, semmai, può divenire quello dei "confini", variabili da ordinamento a ordinamento, del controllo correttamente e legittimamente esercitabile da parte della Corte costituzionale sull'operato del legislatore eleggendo a parametro una (norma contenente una) clausola generale. Un controllo che – se troppo penetrante – rischierebbe di divenire "politico"¹⁶⁷, comprimendo eccessivamente la "discrezionalità" legislativa¹⁶⁸, la quale, pur vincolata alla cornice di possibilità richiamata dalla clausola generale, parrebbe comunque sussistere nell'elaborazione della norma su queste ultime fondata (ma non da esse meccanicamente desunta).

La presenza d'un «giudice costituzionale in grado di porre freno agli abusi delle maggioranze e di dare concretezza anche a vaghe dichiarazioni costituzionali»¹⁶⁹, dotato della «responsabilità di assegnare significati a dettati normativi anfibologici e generali»¹⁷⁰, in altre parole, quantomeno secondo le norme del nostro ordinamento giuridico-costituzionale, non dovrebbe arrivare al punto di sovrapporre la propria valutazione *di merito* a quella del legislatore, sostituendo di fatto la seconda con la prima¹⁷¹.

caso, e consentire apprezzamenti soggettivi dell'interprete. La distinzione della legittimità dal merito costituzionale, non diversamente dalla determinazione di ogni figura giuridica, non deve per definizione operarsi in astratto, immaginando una mitica oggettività che non dia luogo a discussioni, ma viene tracciata dai limiti stessi delle norme contenute in costituzione».

¹⁶⁷ Per le difficoltà concettuali implicate da questa formula già a livello di analisi del linguaggio cfr. ora L. PEGORARO, *Semántica de «control político» (elementos reconstructivos para un análisis comparado)*, in J.L. PRADO MAILLARD (a cura di), *El control político en el derecho comparado*, Granada, 2010, p. 137 ss.

¹⁶⁸ Su cui ora vedi per tutti A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 437 ss.

Per un'efficace panoramica storica cfr. inoltre P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. REVENGA SANCHEZ, E. PAJARES MONTOLIO, J. RODRIGUEZ-DRINCOURT (a cura di), *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Madrid, 2007, p. 31 ss.

¹⁶⁹ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 64.

¹⁷⁰ S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012, p. 47.

¹⁷¹ E questo anche senza la necessità di accedere alla tesi dei costituzionali-

Tale rilievo parrebbe verosimilmente tuttora deporre per la sensatezza della tesi secondo cui la Corte, in tali casi, dovrebbe arrestare il suo sindacato al controllo sui c.d. “limiti esterni” delle (virtualità attuative/integrative connesse alle) clausole generali.

Soluzione proposta a suo tempo sempre da Livio Paladin, il quale osservava come «l’idea che la funzione della Corte costituzionale rivesta un carattere discrezionale e politicizzato sembra criticabile già nella premessa, che spetti a quell’organo l’integrazione delle imprecise nozioni e direttive della carta»¹⁷². La conclusione era che «nella misura in cui s’accentui l’imprecisione dei concetti costituzionali, ovvero la storica mutevolezza delle direttive assegnate dalla legge, diminuisce corrispondentemente [...] la potestà di sindacato della Corte. Nelle materie per cui la costituzione disponga in termini fluidi e sommari, ed espressamente od implicitamente rimandi alla legge ordinaria la correlativa disciplina, non è corretto negare che la carta stessa riconosca al legislatore una certa incontrollabile competenza ad optare tra varie soluzioni, del pari ammissibili; sicché la precedente affermazione, che pure in questa sede si possano dare questioni di costituzionalità, non implica minimamente che spetti alla Corte integrare o riempire siffatti spazi liberi, ma semplicemente esprime l’esigenza che s’abbia comunque controllo – per vasti od elastici che siano – sull’osservanza dei “limiti esterni ed estremi” delle clausole in esame. Ed è soprattutto in quest’ultima ragione restrittiva, che si coglie l’essenza dell’amplissima definizione data alla figura della legittimità costituzionale»¹⁷³.

E a tal proposito sembrerebbe interessante notare come questa (proposta di) soluzione del rapporto fra legislatore e Corte costituzionale, in merito all’interpretazione delle clausole generali, sulla

simo giuspositivista sostenuta da L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2793, secondo cui «nel modello, la riparazione delle lacune e delle antinomie nelle quali esse si manifestano non è affidata all’attivismo interpretativo dei giudici, ma solo alla legislazione, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune, e all’annullamento delle norme invalide, e perciò alla giurisdizione costituzionale per quanto riguarda le antinomie».

¹⁷² L. PALADIN, *Legittimità e merito*, cit., p. 330.

¹⁷³ L. PALADIN, *Legittimità e merito*, cit., p. 331.

base del potere discrezionale (nei limiti e nelle proporzioni in cui sussista) del primo e del controllo di legittimità (e non di merito) della seconda, potrebbe trovare un corrispettivo nel diritto comune – pur con tutte le cautele e i *distinguo* del caso – nel controllo esercitato dalla Corte di Cassazione (com'è noto, giudice *di legittimità*) rispetto alle decisioni basate sulle clausole generali dei giudici ordinari (*di merito*), controllo che appunto si limiterebbe all'accertamento della "non incompatibilità"¹⁷⁴.

D'altro canto – si torna a dire in chiusura – l'insistenza sul "soggetto istituzionale" che anche con riferimento alle clausole generali costituzionali sarebbe chiamato a integrare e/o specificare il loro attuale contenuto, non dovrebbe far dimenticare come (pure) le norme contenenti queste ultime vedano come primo interprete non tanto il *giudice* (o il *legislatore*), bensì il *destinatario* del relativo precetto.

Per capirci, sarà principalmente colui che decide di manifestare il proprio pensiero il primo a dover interpretare (se possibile correttamente) il contenuto concreto espresso nel dato istante di tempo dalla clausola generale del 'buon costume' (art. 21 Cost.), così come sarà primariamente l'imprenditore a dover interpretare la clausola della 'utilità sociale' (art. 41 Cost.) per capire se la propria attività economica si configuri come giuridicamente lecita e avanti in questo modo.

Parrebbe infatti francamente assurdo (oltre che spesso, almeno per alcuni soggetti, addirittura impossibile) dover supporre (o pretendere) che colui che sia chiamato a prestare osservanza alla norma costituzionale – come da più parti, di questi tempi, si richiede a gran voce debba appunto valere *per tutti* – debba attendere la pro-

¹⁷⁴ Cfr. in argomento F. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, cit., p. 676: «l'ampiezza dei poteri del giudice di merito nell'applicazione delle disposizioni di legge formulate per clausole generali fa sì che il controllo di legittimità da parte della Cassazione – e qui sta la sua caratteristica più saliente – sia non tanto di congruenza del precetto contenuto nella sentenza col precetto legislativo, quanto di compatibilità del primo col secondo. E ciò comporta, nei casi limite, l'eventualità che la Corte dichiari non incompatibili con la stessa norma, espressa con un concetto indeterminato, decisioni non uniformi, ma non sconfinanti nello "spazio di libero giudizio" riservato ai giudici di merito».

nuncia d'un organo giudicante (o la mediazione d'un ulteriore organo politico) per poter correttamente orientare il proprio comportamento in senso conforme al diritto.

Osservazioni, queste, che in prospettiva parrebbero suggerire di concentrarsi una volta di più sulla procedura di *corretta* individuazione, in un singolo istante di tempo, del contenuto concreto anche delle clausole generali della Costituzione attraverso una chiara e prevedibile metodologia d'accertamento condivisa da *tutti gli interessati* all'osservanza dei precetti costituzionali.

Tra i quali (interessati), certamente, rientreranno (non solo, ma) *anche* il legislatore e la Corte costituzionale, che parrebbero peraltro i primi a potersi profittevolmente giovare di tale metodologia soprattutto per un più scrupoloso (e meno incerto) rispetto delle rispettive competenze.

3.7. *Una breve sintesi*

Sembrirebbe a questo punto possibile ricapitolare, in estrema sintesi, le caratteristiche finora individuate delle clausole generali nella loro dimensione costituzionale e svolgere alcune brevi osservazioni a riguardo.

Un primo risultato dell'analisi articolata nelle pagine precedenti indica anzitutto che la fenomenologia giuridica delle clausole generali *non si limita* al piano del diritto legislativo, ma è riscontrabile anche su quello del diritto costituzionale.

Anche in quest'ultimo, infatti, ricorrono talora – ed anzi, a ben vedere, abbastanza spesso – tanto norme dalla fattispecie altamente indeterminata (C.G. n. 1), quanto norme dalla fattispecie espressamente integrabile per analogia (C.G. n. 2), ma soprattutto le categorie (più perspicue) di norme “a fattispecie aperta” (C.G. n. 3) e di termini o sintagmi valutativi interpretati o interpretabili come forme di rinvio a standard (per lo meno anche) meta-giuridici in cui si possano rinvenire criteri di giudizio sincronicamente plurimi e dal contenuto diacronicamente mutevole (C.G. n. 4).

D'altro canto, non tutte le possibili nozioni di ‘clausola generale’ individuate nella prima parte dell'opera si sono rivelate adatte alla (nel senso di potenzialmente proficue per la) indagine sul pia-

no del diritto costituzionale. Più in particolare, s'è osservato come le prime due, per ragioni diverse, non meritavano un approfondimento autonomo: la prima (C.G. n. 1) perché sostanzialmente indistinguibile dalla maggior parte delle norme costituzionali, la seconda (C.G. n. 2) in quanto carente di tratti specifici che valessero in qualche modo a differenziarla dall'omologa fenomenologia di diritto legislativo (a sua volta riconducibile *in toto* alle classiche riflessioni sull'analogia).

Delimitato così il dominio del discorso (a C.G. n. 3 e n. 4), si sono distinti i casi in cui la componente degli enunciati, dunque del linguaggio in senso stretto, valeva come criterio selettivo "forte" (come *condicio sine qua non*: C.G. n. 4) e i casi invece dove a prevalere sembrava essere la componente interpretativa (in modo potenzialmente risolutivo: C.G. n. 3), evidenziando il diverso grado di problematicità che l'analisi poneva nelle due differenti situazioni.

Sempre all'interno del linguaggio del diritto costituzionale si sono poi cercate di distinguere più specificamente le clausole generali (C.G. n. 4) dalle altre forme di rinvio effettuate al meta-giuridico senza tuttavia il tramite di termini o sintagmi valutativi, ed infine s'è mostrato come, dal canto suo, neppure la semplice presenza di questi ultimi (termini o sintagmi valutativi) fosse condizione *sufficiente* per l'esistenza d'una clausola generale, richiedendosi in aggiunta il requisito del rinvio (quanto meno potenziale) a uno standard *meta-giuridico* composto di *regole*.

Fissato questo quadro di coordinate, e a partire dalla considerazione d'esordio secondo cui nella letteratura costituzionalistica le riflessioni specificamente dedicate alla *categoria* delle clausole generali siano rare e tendenzialmente episodiche, si sono poi presi in considerazione quei percorsi che con le clausole generali parevano mostrare maggiore affinità tematica. In questo modo, s'è potuto osservare come alcuni aspetti della problematica delle clausole generali non manchino d'emergere con riferimento ad altre tipologie di norme, che formano insieme variabilmente intersecantisi con quello delle clausole generali in senso proprio.

È il caso (*supra*, § 3.3.) delle c.d. norme compromissorie, che effettivamente talvolta sono costruite *attraverso* delle clausole generali e che talaltra invece contengono una mediazione che si è in-

centrata *sulla* clausola generale (o sulle clausole generali) contenuta (contenute) nella fattispecie.

È il caso (*supra*, § 3.4.), ancora, delle norme di principio (o norme-valori), secondo la lettura offertane dal neocostituzionalismo, quanto meno per quel che attiene la componente più strettamente interpretativa di esso, nella parte cioè in cui si ragiona sul rapporto fra il diritto (costituzionale) e la dimensione culturale e sociale.

È il caso (*supra*, § 3.5.), infine, delle norme “a fattispecie aperta”, tanto in generale nella loro versione “promozionale” dei diritti fondamentali attraverso uno specifico orientamento di politica del diritto (e dell’interpretazione) in tal senso, quanto potenzialmente nello specifico con riferimento all’art. 2 della Costituzione, che di tali clausole (generali) “d’apertura” ha finito per costituire una sorta d’archetipo nel nostro ordinamento costituzionale.

Da ultimo (*supra*, 3.6.), si sono svolte alcune considerazioni in ordine ai possibili “custodi” delle clausole generali costituzionali, rilevando come i soggetti istituzionali “privilegiati” per la concretizzazione di esse sembrerebbero soprattutto il legislatore e la Corte costituzionale nei rispettivi àmbiti di competenza dettati dalle norme giuridiche (costituzionali e ordinarie) dell’ordinamento, fermo restando che gli effetti particolarmente incisivi delle decisioni assunte da tali organi non parrebbero renderli attuatori o applicatori “esclusivi” delle clausole generali costituzionali. Il primo interprete di esse parrebbe infatti sempre rimanere il *destinatario* del precetto costituzionale, così che qualsiasi prospettiva di studio del relativo fenomeno che si limitasse a intendere le clausole generali come una “delega di potere” a qualche concretizzatore istituzionale parrebbe una volta di più poggiare su fragili fondamenta.

Complessivamente, sebbene la modellistica delle clausole generali non sia diffusa nella scienza del diritto costituzionale, il relativo armamentario concettuale sembrerebbe idoneo a consentire una miglior comprensione quanto meno di *alcune* delle tematiche che occupano le riflessioni di quest’ultima (scienza). Si pensi, appunto, al rapporto fra principi (o valori) e società, o al concetto di “apertura della fattispecie”, o ancora alla connessa tematica delle “fonti d’integrazione” della medesima (fattispecie).

In questi casi le clausole generali parrebbero aprire la strada a un inquadramento più chiaro – grazie forse anche al lessico meno evocativo (e a volte quasi "esoterico") rispetto a quello sovente riscontrabile – della struttura e delle modalità di funzionamento delle relative norme, contemporaneamente evidenziando una serie di problemi ad esse inerenti che, di solito, rimangono invece indistintamente sullo sfondo.

Beninteso, come del resto era già ampiamente emerso nella prima parte dell'opera, la modellistica delle clausole generali non parrebbe, all'attuale stato d'elaborazione, in grado di *risolvere* tutti i problemi che solleva, ma quanto meno sembrerebbe idonea a *segnalarli per tali*, invitando così l'interprete delle clausole generali a riflettere su ogni snodo della procedura oggettivamente implicante una scelta e, conseguentemente, ad argomentare sempre quest'ultima *mettendola a confronto con le alternative a disposizione*.

Proprio il grado di consapevolezza in ordine ai passaggi più delicati connessi alle clausole generali e alla loro concretizzazione, pertanto, parrebbe ora interessante da testare vagliando il concreto operato della relativa giurisprudenza costituzionale, onde capire da una parte se il carente approfondimento teorico specificamente dedicato al tema possa aver avuto dei concreti effetti pratici nell'attività dell'organo di giustizia costituzionale e dall'altra quali prospettive sollevi l'attuale *status quo*.

CAPITOLO IV

LE “CLAUSOLE GENERALI”
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 4.1. Le clausole generali costituzionali nella dimensione giurisprudenziale: alcuni casi di studio. – 4.2. ‘Buon costume’. – 4.3. ‘Utilità sociale’. – 4.4. ‘Fini sociali’. – 4.5. ‘Funzione sociale’. – 4.6. ‘Utilità generale’. – 4.7. ‘Sicurezza’. – 4.8. ‘Libertà’. – 4.9. ‘Dignità’. – 4.9.1. ‘Dignità umana’ ed ‘esistenza libera e dignitosa’ (art. 36 Cost.). – 4.9.2. ‘Dignità umana’ e ‘dignità sociale’ (art. 3 Cost.). – 4.10. ‘Diritti inviolabili’.

4.1. Le clausole generali costituzionali nella dimensione giurisprudenziale: alcuni casi di studio

Come anticipato, si prenderanno ora in esame alcune tra le più significative clausole generali (C.G. n. 4) della Costituzione nella loro (principale) dimensione giurisprudenziale, e segnatamente in quella della Corte costituzionale nella sua attribuzione di controllo di legittimità su leggi e atti aventi forza di legge dello Stato e delle regioni.

Le direttrici d’indagine saranno qui essenzialmente tre, in corrispondenza con altrettante tematiche connesse alle clausole generali già più volte affrontate in queste pagine.

La prima concernente la clausola costituzionale del ‘buon costume’ (art. 21 Cost.), che costituisce forse l’esempio più “idealtipico” della categoria in questione, trovando ampio riscontro anche nelle trattazioni classiche delle clausole generali di livello legislativo, e per la quale dunque sembrerebbe lecito supporre una più in-

cisiva consapevolezza in merito alle corrispettive struttura e funzione da parte dell’organo giurisdicente.

La seconda relativa alle principali clausole generali contenute nella c.d. costituzione economica¹, a partire da quella tradizionalmente più studiata della ‘utilità sociale’ (art. 41, secondo comma, Cost.), insieme ai suoi “satelliti” costituiti dai ‘fini sociali’ (art. 41, terzo comma, Cost.), dalla ‘funzione sociale’ (art. 42 Cost.) e dalla ‘utilità generale’ (art. 43 Cost.), per poi passare alle clausole più “personalistiche” della ‘sicurezza’, della ‘libertà’ e della ‘dignità umana’ (art. 41, secondo comma, Cost., per la ‘dignità’ anche in connessione con le altre sue possibili “specificazioni” costituite dagli artt. 3, secondo comma, e 36 Cost.).

La terza relativa più specificamente all’art. 2 come norma a fattispecie aperta letta “alla luce” del modello delle clausole generali, soprattutto per quel che concerne l’aspetto argomentativo (1) dell’interpretazione della formula ‘diritti inviolabili’ come rinviante a uno standard non esaurientesi nel diritto positivo statuale e (2) della susseguente problematica delle “fonti d’integrazione” della fattispecie.

Di ciascuna clausola generale si metteranno in evidenza le diverse linee di concretizzazione e le relative argomentazioni (quando presenti), rapportandole poi col modello teorico delle clausole generali in precedenza individuato al fine di segnalarne tanto le eventuali analogie quanto i possibili scostamenti².

¹ E per tali (vale a dire come ‘clausole generali’) talvolta espressamente riconosciute dalla stessa Corte costituzionale. Cfr. recentemente *Corte cost.*, 22 luglio 2010, sent. n. 270 e *Corte cost.*, 22 maggio 2013, sent. n. 94.

² La ricerca è stata condotta principalmente attraverso il sito web della Corte costituzionale, selezionando attraverso di esso le decisioni relative agli articoli di riferimento ove ricorressero nel *considerato in diritto* le formule identificate come clausole generali.

A partire da questa prima base empirica – talora integrata con ulteriori decisioni quando, al di là della formula linguistica non del tutto coincidente, si è potuto supporre un univoco riferimento al relativo concetto – si è svolta un’ulteriore selezione a seconda del contenuto, che ha consentito di enucleare appunto i “filoni” poi descritti anche in testo.

Talune decisioni possono rilevare in più elenchi (per esempio, tanto nella categoria ‘utilità sociale’ quanto in quella ‘dignità umana’); talvolta questo è dovuto al fatto che nella medesima pronuncia la Corte si soffermi su più profili, ciascuno

Più in particolare, si cercherà di capire se la presenza delle relative formule s'è o meno accompagnata (e, se sì, in che grado) ad una puntuale consapevolezza circa la loro “natura” di clausole generali: ci si è, ad esempio, concretamente posti anche sul piano giurisprudenziale il problema del rinvio (anche solo possibile) a uno standard meta-giuridico? Oppure ci si è rapportati ai concetti *de quibus* come se fossero concetti giuridici, per così dire, ordinari, da applicare come qualsiasi altra norma?

E ancora, s'è chiarito il significato della (presunta) clausola generale fornendone una definizione (o, meglio, una “formula”) astratta, oppure s'è proceduto risolvendo via via le singole controversie senza esplicitare il parametro di giudizio che mano a mano si veniva a concretizzare? E come s'è argomentata la definizione *generale* o comunque la premessa (il fine conforme a buon costume, socialmente utile e via dicendo *nel caso di specie*) per la soluzione della singola questione?

Rinviando all'analisi delle singole clausole per un esame più dettagliato, si può sin d'ora anticipare che la giurisprudenza costituzionale – pur spesso nell'apprezzabile intento di rispettare in ambiti così delicati la discrezionalità legislativa – parrebbe tuttora muoversi spesso su binari alquanto “rapsodici”, in frequente contrasto agli auspici di chiarezza e prevedibilità più volte formulati in queste pagine.

relativo a una clausola generale diversa; più spesso capita che la Corte citi *cumulativamente* più clausole generali, rendendo indistinguibile il riferimento all'una o all'altra ed anzi, a rigore, riconducendolo a tutte.

Una ulteriore precisazione merita poi, se non altro per la sua rilevanza statistica, la categoria della “sola menzione”, che insieme a tutte le altre (*specificamente* rilevanti) concorrono a creare il macro-insieme delle decisioni *potenzialmente* rilevanti. Sotto questa “etichetta” si sono raccolte quelle decisioni in cui la Corte menziona la clausola generale di riferimento, ma *non la utilizza* ai fini della decisione e non offre ulteriori indicazioni circa il significato da attribuirle, nemmeno per implicito. Trattasi di decisioni in cui la clausola generale figura per lo più in *obiter dicta* o in passaggi argomentativi “periferici”, in cui la Corte si limita a riprodurre le enunciazioni costituzionali senza aggiungere ulteriori specificazioni di contenuto *pur potendolo in astratto fare* (da cui, appunto, la *potenziale* rilevanza).

‘Buon costume’ a parte, infatti, se si guarda all’uso giurisprudenziale che dall’entrata in funzione della Corte costituzionale è stato fatto delle clausole generali (costituzionali), è difficile evitare la sensazione d’aver a che fare con una modellistica tutt’altro che univoca, e per di più spesso scarsamente argomentata nei suoi elementi costitutivi.

Vero è che la Corte costituzionale s’è sovente trovata a risolvere singole questioni di legittimità costituzionale non sempre imposte nella maniera più provvida dalle ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus*, le quali pure più volte si limitano ad *asserire* la mancata “copertura” d’una legge limitativa (della libertà d’iniziativa economica o della libera manifestazione del pensiero) da parte della relativa clausola generale o, per converso, semplicemente invocano l’art. 2 a copertura d’un presunto “nuovo diritto” senz’altro specificare se non la relativa “esigenza di tutela”.

Tuttavia, neppure in tali circostanze parrebbe facilmente revocabile in dubbio che, per dichiarare se lo scopo d’una legge sia (o meno) “sussumibile” nella clausola generale costituzionale (o se la data pretesa possa assurgere a ‘diritto inviolabile’), anche per il Giudice delle leggi sia pur sempre necessario esplicitare *cosa intenda* per ‘utilità sociale’ (‘buon costume’, ‘dignità’, ‘libertà’, ‘diritti inviolabili’ ecc.) e *perché intenda* x anziché y (se sussistano più possibilità): indicare e argomentare *espressamente e coerentemente*, insomma, il *parametro* sulla base del quale alla fine viene assunta la decisione.

In altre parole, «occorre che anche la premessa valutativa sia indicata esplicitamente: ciò significa che il giudice non può limitarsi ad enunciare la valutazione del fatto (il tal danno è grave; la tal condotta è stata imprudente), ma che egli deve rendere esplicito il criterio della valutazione. Egli deve cioè indicare il criterio che giustifica la valutazione del fatto, poiché altrimenti essa apparirà del tutto arbitraria»³.

³ M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, cit., p. 325.

Ed è segnatamente in questo specifico aspetto che dalle argomentazioni della Corte costituzionale⁴ parrebbero talora emergere *gap* più seri di quelli credibilmente riconducibili a difficoltà soltanto sporadiche.

4.2. ‘Buon costume’

Le perplessità ora indicate trovano, a dire il vero, un riscontro solo parziale nel caso del ‘buon costume’. Come in parte era prevedibile (o quanto meno auspicabile), attesa la sua configurazione “classica” in termini di clausola generale (C.G. n. 4), rispetto a questa formula anche l’atteggiamento definitorio e argomentativo della Corte costituzionale sembrerebbe fin da subito più solidamente impostato.

Tralasciando le decisioni in cui tale clausola viene soltanto menzionata⁵, senza ulteriori indicazioni di contenuto, nelle decisioni concretamente rilevanti, sebbene non frequentissima, la definizione del ‘buon costume’ tramite l’indicazione dello standard richiamato parrebbe abbastanza chiara, riferendosi la Corte a quelle *regole* che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione (riferite in particolare al pudore sessuale, alla dignità personale e al sentimento morale dei giovani)⁶, alle *norme*

⁴ Revisione aggiornata all’agosto 2013.

⁵ Si tratta di 17 decisioni sulle 31 potenzialmente rilevanti: *Corte cost.*, 8 luglio 1957, sent. n. 121; *Corte cost.*, 24 novembre 1958, sent. n. 59; *Corte cost.*, 8 giugno 1963, sent. n. 85; *Corte cost.*, 31 maggio 1965, sent. n. 39; *Corte cost.*, 4 maggio 1970, sent. n. 65; *Corte cost.*, 29 dicembre 1972, sent. n. 199; *Corte cost.*, 27 febbraio 1973, sent. n. 15; *Corte cost.*, 30 gennaio 1974, sent. n. 20; *Corte cost.*, 27 marzo 1974, sent. n. 86; *Corte cost.*, 27 marzo 1975, sent. n. 82; *Corte cost.*, 20 maggio 1976, sent. n. 123; *Corte cost.*, 29 dicembre 1989, ord. n. 589; *Corte cost.*, 26 marzo 1993, sent. n. 112; *Corte cost.*, 27 aprile 1993, sent. n. 195; *Corte cost.*, 8 ottobre 1996, sent. n. 334; *Corte cost.*, 12 luglio 2001, sent. n. 243; *Corte cost.*, 5 aprile 2002, ord. n. 92.

⁶ *Corte cost.*, 19 febbraio 1965, sent. n. 9, dove con riferimento appunto al buon costume lo si tematizza contenutisticamente come «il naturale riserbo o pudore del quale vanno circondate le cose del sesso», specificando poi in un lungo ma significativo passaggio come «quando la legge parla di morale, vuole riferirsi alla moralità pubblica, a regole, cioè, di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile. Non diversamente il buon costume ri-

della morale⁷ o a quelle della pudicizia che la civile convivenza esige da tutti⁸, o ancora, più recentemente, a ciò che è comune alle concezioni etiche e alle diverse morali della società contemporanea (convergenti sul bene fondamentale della dignità umana)⁹.

Lo standard richiamato dalla clausola generale, insomma, in aderenza al tenore letterale del sintagma valutativo 'buon costume', interpretato anche alla luce del suo contesto (documentale) d'enunciazione, sarebbe qui di tipo essenzialmente *meta-giuridico*, e più precisamente di carattere *sociale*.

In sintesi, il buon costume denoterebbe «le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone»¹⁰, precisandosi inoltre come «il costume varia notevolmente secondo le condizioni storiche d'ambiente e di cultura, ma non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in

sulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti».

Nella decisione emerge inoltre il problema dell'eventuale differenza (o coincidenza) tra il 'buon costume' del testo costituzionale e l'omonima figura presente nelle disposizioni incriminatrici del codice penale (sulla quale già *Corte cost.*, 23 marzo 1964, sent. n. 23 si era espressa identificandolo in «norme proprie della comunità, la cui violazione costituisce un indice di pericolosità sociale, indipendentemente dal carattere delittuoso o non dei singoli fatti in cui essi si concretano»). La Corte, tuttavia, evita di esprimersi in modo netto sul punto: «non è necessario che la Corte affronti e risolva i contrasti e le divergenze d'opinione, dottrinali e giurisprudenziali, che si sono manifestati a questo proposito, né che dia una definizione puntuale ed esauriente del buon costume».

⁷ *Corte cost.*, 14 aprile 1965, sent. n. 25, dove si parla espressamente della «morale che va collegata al concetto di buon costume, limite espressamente dichiarato dall'art. 21».

⁸ *Corte cost.*, 18 novembre 1970, sent. n. 159.

⁹ *Corte cost.*, 17 luglio 2000, sent. n. 293.

¹⁰ *Corte cost.*, 27 luglio 1992, sent. n. 368.

grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano»¹¹.

In questo modo, al di là dell'assunto apodittico rispetto alla “naturale” capacità di lettura del buon costume da parte del cittadino e «tanto più» del giudice (quasi come a quest'ultimo competesse una visione “privilegiata” della società), da un lato parrebbe emergere con chiarezza uno standard normativo sufficientemente definito dal punto di vista materiale (*anche* grazie all'interpretazione del sintagma valutativo alla luce di altre disposizioni costituzionali)¹² e dall'altro la Corte sembrerebbe del pari mostrarsi conscia della mutevolezza diacronica dello standard evocato.

Peraltro, il riferimento (recente) all'idea di buon costume come *intersezione* (convergente sulla dignità umana) fra le regole morali delle *varie* etiche contemporanee¹³, al di là dell'esattezza e della “bontà” di questa scelta interpretativa della Corte, dimostrerebbe consapevolezza anche della *pluralità* dei possibili criteri di giudizio all'interno dello standard (etico-sociale) richiamato dalla clausola generale.

Ed è proprio in ragione di questo inquadramento che, a differenza delle clausole generali che si esamineranno in seguito, la giurisprudenza costituzionale in materia di buon costume parrebbe guadagnare in comprensibilità e divenire insieme più credibilmente valutabile sotto il profilo razionale.

Questo talvolta già *concettualmente*, ad esempio quando s'afferma che dovendo la violazione del buon costume essere accertata nella sua concretezza (dunque, necessariamente *a posteriori*) ciò escluderebbe un potere di controllo *preventivo* dell'autorità di pubblica sicurezza¹⁴, oppure che nella misura in cui il buon costume proteggerebbe «l'intimità dei rapporti sessuali, la moralità gio-

¹¹ *Corte cost.*, 16 dicembre 1970, sent. n. 191.

¹² Come ad esempio quella dell'art. 2 Cost., ritenuta espressiva del valore del rispetto della persona umana e della sua dignità (vedi *Corte cost.*, 27 luglio 1992, sent. n. 368; *Corte cost.*, 17 luglio 2000, sent. n. 293).

¹³ *Corte cost.*, 17 luglio 2000, sent. n. 293.

¹⁴ *Corte cost.*, 18 marzo 1957, sent. n. 45, in relazione alle cerimonie religiose fuori dei luoghi destinati al culto.

vanile, la dignità della persona umana»¹⁵, allora da una parte non sarebbe riconducibile a questo concetto il «sentimento nazionale» inteso come il «modo di sentire della maggioranza della Nazione [ch]e contribuisce al senso di unità etnica e sociale dello Stato»¹⁶, e dall'altra non vi contrasterebbero le semplici inserzioni a contenuto amoroso *in sé considerate*¹⁷.

Ancor di più, tuttavia, il funzionamento del 'buon costume' come clausola generale si può poi "apprezzare" *in concreto*, quando ad esempio la Corte, applicando in un dato istante di tempo il modello astratto, conclude che viceversa contrasterebbero col 'buon costume' il commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza¹⁸, la diffusione di pubblicazioni oscene¹⁹, o di videocassette a contenuto osceno²⁰, le invettive ed espressioni oltraggiose contro la divinità in genere²¹, o infine gli stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale²².

¹⁵ *Corte cost.*, 19 febbraio 1965, sent. n. 9.

¹⁶ *Corte cost.*, 6 luglio 1966, sent. n. 87.

¹⁷ *Corte cost.*, 28 novembre 1968, sent. n. 120.

¹⁸ *Corte cost.*, 18 novembre 1970, sent. n. 159 (dove il riferimento è alla nozione *penalistica* di buon costume, che però nella fattispecie parrebbe ritenuta compatibile con, se non addirittura conforme a, quella *costituzionale*).

¹⁹ *Corte cost.*, 18 maggio 1972, sent. n. 93, dove si precisa come «è proprio l'art. 21 della Costituzione che all'ultimo comma vieta tutte le manifestazioni contrarie al buon costume, imponendo al legislatore l'obbligo di prevenire e reprimere, con mezzi adeguati, le relative violazioni, fra le quali la diffusione dell'oscenità prevista nell'articolo 528 del codice penale si presenta come particolarmente grave» (corsivo mio), dando così a intendere che la nozione costituzionalistica di 'buon costume' possa essere addirittura più ampia di quella penalistica di 'oscenità'.

L'affermazione che il divieto (*ex. art. 528 c.p.*) di diffusione delle immagini oscene sia «conforme all'imperativo rivolto dalla Costituzione al legislatore nell'art. 21 u.p. Cost.» o addirittura «esecutiva del precetto che il Costituente rivolge al legislatore a tutela del principio di cui all'art. 21 u.p. Cost.» è poi ribadito espressamente in *Corte cost.*, 6 dicembre 1988, sent. n. 1063 (corsivi miei).

²⁰ *Corte cost.*, 6 dicembre 1988, sent. n. 1063.

²¹ *Corte cost.*, 18 ottobre 1995, sent. n. 440, dove peraltro sembrerebbe riscontrabile un accenno al paragone fra buon costume e «buona creanza».

²² *Corte cost.*, 17 luglio 2000, sent. n. 293, dove riguardo al 'comune sentimento della morale' il riferimento sarebbe non soltanto a «ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche

Particolarmente significativo a questo proposito parrebbe il caso della pubblica trattazione delle pratiche anticoncettive, sanzionata dall'allora art. 553 c.p., che la Corte dichiara illegittimo nel 1971, dopo averlo viceversa ritenuto costituzionalmente compatibile pochi anni prima²³ con la motivazione secondo cui «il problema della limitazione delle nascite ha assunto, *nel momento storico attuale*, una importanza e un rilievo sociale tale, ed investe un raggio di interesse così ampio, *da non potersi ritenere che*, secondo la coscienza comune e tenuto anche conto del progressivo allargarsi della educazione sanitaria, *sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema*, nella diffusione delle conoscenze relative, nella propaganda svolta a favore delle pratiche anticoncettive»²⁴.

La Corte, in questo modo, mostra nella maniera più evidente appunto la possibilità del mutamento di contenuto concreto del criterio di giudizio (qui da intendere come un particolare insieme di regole sociali) nel corso del tempo, giustificando decisioni differenti sulla medesima questione senza che ciò implichi un mutamento anche negli orientamenti e nelle interpretazioni giurisprudenziali. Detto altrimenti, lo stesso approccio metodologico al ‘buon costume’, volto ad accertarne il contenuto con riferimento alla medesima fattispecie, può dar luogo a diversi risultati in due differenti istanti di tempo senza che questo implichi un'autentica contraddizione col (o “smentita” del) giudizio precedentemente formulato.

Semmai, il problema potrebbe qui stare nelle *modalità d'accertamento* del contenuto concreto delle regole sociali in un dato istante di tempo, (contenuto) che come abbiamo visto la Corte solitamente mostra di ritenere *ovvio*, o comunque facilmente *intuibile* (tanto dal consociato, quanto e “a maggior ragione” dal giudice), e anche nei rari casi – come in quello da ultimo riportato – in cui la Corte provi ad argomentare i propri assunti in proposito,

che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata».

²³ *Corte cost.*, 19 febbraio 1965, sent. n. 9.

²⁴ *Corte cost.*, 16 marzo 1971, sent. n. 49 (corsivi miei).

non parrebbe andarsi oltre indicazioni empiriche dal carattere piuttosto generico.

Come si vedrà, questo parrebbe uno dei principali "problemi aperti" delle clausole generali (non soltanto costituzionali, peraltro), la cui mancata piena soluzione in questo caso, ad ogni buon conto, non parrebbe inficiare una valutazione complessivamente positiva circa lo "statuto argomentativo" messo in campo dalla Corte con riferimento a questa specifica clausola generale.

4.3. 'Utilità sociale'

Indicazioni di ben altro segno giungono invece dall'uso giurisprudenziale della 'utilità sociale', con riferimento alla quale i dati a disposizione parrebbero tratteggiare un quadro alquanto indefinito nei suoi elementi costitutivi²⁵.

Su 175 sentenze *potenzialmente* rilevanti dal 1956 a oggi, intanto, nel 44,6% dei casi (78 decisioni) la Corte si limita a *menzionare* l'utilità sociale, iterando il disposto costituzionale senza fornirne tuttavia alcuna indicazione o precisazione circa il contenuto²⁶.

²⁵ Il più ampio spettro della presente analisi – che meglio ha consentito di distinguere l'utilizzo della clausola 'utilità sociale' dalle altre comprese nella costituzione economica – e l'adozione di criteri di classificazione in parte differenti (soprattutto per quel che attiene le pronunce di "sola menzione") mi hanno talora portato a modificare qui alcune delle indicazioni contenute in F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione*, cit., p. 302 ss.

²⁶ *Corte cost.*, 12 dicembre 1957, sent. n. 129; *Corte cost.*, 30 dicembre 1958, sent. n. 78; *Corte cost.*, 14 giugno 1962, sent. n. 53; *Corte cost.*, 14 giugno 1962, sent. n. 54; *Corte cost.*, 16 febbraio 1963, sent. n. 12; *Corte cost.*, 9 aprile 1963, sent. n. 39; *Corte cost.*, 7 marzo 1964, sent. n. 14; *Corte cost.*, 23 marzo 1964, sent. n. 24; *Corte cost.*, 23 giugno 1964, sent. n. 54; *Corte cost.*, 9 giugno 1965, sent. n. 45; *Corte cost.*, 6 luglio 1966, sent. n. 91; *Corte cost.*, 28 marzo 1968, sent. n. 16; *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 55; *Corte cost.*, 6 giugno 1968, sent. n. 60; *Corte cost.*, 11 aprile 1969, sent. n. 77; *Corte cost.*, 15 aprile 1970, sent. n. 58; *Corte cost.*, 28 dicembre 1970, sent. n. 194; *Corte cost.*, 23 aprile 1972, sent. n. 65; *Corte cost.*, 5 febbraio 1975, sent. n. 18; *Corte cost.*, 10 luglio 1975, sent. n. 200; *Corte cost.*, 28 aprile 1976, sent. n. 96; *Corte cost.*, 22 luglio 1976, sent. n. 186; *Corte cost.*, 3 agosto 1976, sent. n. 211; *Corte cost.*, 9 giugno 1977, sent. n. 109; *Corte cost.*, 16 novembre 1981, sent. n. 181; *Corte cost.*, 12 maggio 1982, sent. n. 92; *Corte cost.*, 14 luglio 1982, ord. n. 137; *Corte cost.*, 17 novembre 1982, sent. n. 188; *Corte cost.*, 16 dicembre 1982, sent. n.

D’altro canto, neppure nel restante 55,4% dei casi (97 decisioni *specificamente* rilevanti) – dove la Corte a suo modo offre una qualche (seppur talora indiretta) indicazione di contenuto – la situazione sembrerebbe poi particolarmente omogenea.

Nel 12,4% (12 pronunce) delle decisioni *specificamente* rilevanti l’utilità sociale è semplicemente equiparata a suoi (presunti) equivalenti linguistici, dal contenuto semantico tuttavia altrettanto poco auto-evidente, istituendosi così relazioni di sinonimia tra l’espressione ‘utilità sociale’ e quelle di ‘bene comune e pubblico interesse’²⁷, di ‘interesse sociale’²⁸, di ‘benessere sociale’²⁹, di ‘bene sociale’³⁰, di ‘benessere collettivo e interesse generale della colletti-

223; *Corte cost.*, 28 luglio 1983, sent. n. 252; *Corte cost.*, 18 ottobre 1983, sent. n. 313; *Corte cost.*, 22 febbraio 1984, ord. n. 49; *Corte cost.*, 6 maggio 1985, sent. n. 132; *Corte cost.*, 21 gennaio 1988, ord. n. 71; *Corte cost.*, 2 febbraio 1988, sent. n. 123; *Corte cost.*, 15 novembre 1988, sent. n. 1030; *Corte cost.*, 9 marzo 1989, sent. n. 103; *Corte cost.*, 12 aprile 1989, ord. n. 192; *Corte cost.*, 27 luglio 1989, sent. n. 459; *Corte cost.*, 2 marzo 1990, sent. n. 102; *Corte cost.*, 15 marzo 1993, ord. n. 93; *Corte cost.*, 26 marzo 1993, sent. n. 112; *Corte cost.*, 31 dicembre 1993, sent. n. 500; *Corte cost.*, 2 giugno 1994, ord. n. 215; *Corte cost.*, 22 luglio 1994, ord. n. 334; *Corte cost.*, 12 settembre 1995, sent. n. 427; *Corte cost.*, 27 maggio 1996, sent. n. 171; *Corte cost.*, 23 luglio 1996, sent. n. 302; *Corte cost.*, 5 novembre 1996, sent. n. 386; *Corte cost.*, 18 febbraio 1998, ord. n. 20; *Corte cost.*, 1 aprile 1998, sent. n. 85; *Corte cost.*, 30 giugno 1999, ord. n. 276; *Corte cost.*, 9 luglio 1999, ord. n. 289; *Corte cost.*, 6 luglio 2000, ord. n. 260; *Corte cost.*, 22 giugno 2001, sent. n. 205; *Corte cost.*, 24 ottobre 2001, sent. n. 341; *Corte cost.*, 24 ottobre 2001, sent. n. 342; *Corte cost.*, 25 febbraio 2002, sent. n. 29; *Corte cost.*, 21 marzo 2002, ord. n. 85; *Corte cost.*, 3 maggio 2002, ord. n. 151; *Corte cost.*, 20 novembre 2002, sent. n. 466; *Corte cost.*, 28 giugno 2004, sent. n. 196; *Corte cost.*, 26 maggio 2005, ord. n. 208; *Corte cost.*, 16 giugno 2005, ord. n. 237; *Corte cost.*, 27 luglio 2005, ord. n. 340; *Corte cost.*, 5 maggio 2006, ord. n. 187; *Corte cost.*, 11 maggio 2006, ord. n. 199; *Corte cost.*, 24 ottobre 2007, sent. n. 349; *Corte cost.*, 25 gennaio 2008, sent. n. 9; *Corte cost.*, 9 luglio 2009, sent. n. 206; *Corte cost.*, 10 giugno 2010, sent. n. 200; *Corte cost.*, 8 ottobre 2010, sent. n. 289; *Corte cost.*, 5 novembre 2010, sent. n. 312; *Corte cost.*, 12 gennaio 2011, ord. n. 12; *Corte cost.*, 25 luglio 2011, sent. n. 244; *Corte cost.*, 23 gennaio 2013, sent. n. 8; *Corte cost.*, 20 marzo 2013, sent. n. 46; *Corte cost.*, 22 maggio 2013, sent. n. 94.

²⁷ *Corte cost.*, 26 gennaio 1957, sent. n. 29.

²⁸ *Corte cost.*, 13 aprile 1957, sent. n. 50.

²⁹ *Corte cost.*, 8 luglio 1957, sent. n. 103; *Corte cost.*, 2 luglio 1958, sent. n. 47; *Corte cost.*, 14 febbraio 1962, sent. n. 5; *Corte cost.*, 24 marzo 1986, sent. n. 53.

³⁰ *Corte cost.*, 24 giugno 1961, sent. n. 35.

vità nazionale³¹, di ‘benefica efficacia nel campo sociale’³², di ‘interessi della comunità nazionale’³³, di ‘utilità generale’³⁴, e di ‘interessi generali’³⁵.

Trattasi, come si può facilmente notare, di tentativi di *definizione* d’un sintagma valutativo che, proprio per le più volte evidenziate caratteristiche di quest’ultimo (*supra*, § 2.2.2.3.), non vanno tanto lontano dalla mera tautologia, e per certo non s’avvicinano neppure lontanamente ad una “formula” in grado d’indicare i *criteri d’applicazione* del socialmente utile³⁶.

All’interno del sottoinsieme delle decisioni specificamente rilevanti, del resto, tali scrupoli definatori astratti si dimostrano relativamente marginali dal punto di vista statistico – e in un caso la Corte allude peraltro espressamente all’*impossibilità* di chiarire i termini in base ai quali, cionondimeno, decide³⁷ –, mentre i fini di “utilità sociale” vengono piuttosto di volta in volta riscontrati nelle istanze concrete più disparate.

Così, nel 44,6% (46 pronunce) delle decisioni specificamente rilevanti la Corte semplicemente *asserisce cosa sia socialmente utile*

³¹ *Corte cost.*, 14 febbraio 1962, sent. n. 5.

³² *Corte cost.*, 12 febbraio 1963, sent. n. 1.

³³ *Corte cost.*, 24 aprile 1967, sent. n. 50; *Corte cost.*, 10 giugno 1969, sent. n. 97.

³⁴ *Corte cost.*, 14 ottobre 1985, sent. n. 231.

³⁵ *Corte cost.*, 19 novembre 1992, sent. n. 465.

³⁶ In questo senso, specificamente in rapporto alla clausola generale della ‘utilità sociale’, vedi anche T. MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi sull’art. 41 della Costituzione*, cit., p. 177 s.: «poiché la Corte non specifica alcun significato, ma, al più, sostituisce una formula vaga con un’altra altrettanto vaga (*obscurum per obscurius*), l’interpretazione della norma costituzionale manc[a] di un elemento sostanziale costituito dalla esplicitazione della formula generica. Il giudizio logico condotto dalla Corte risulta essere, in tale ipotesi, incompleto, dal momento che l’esame della legittimità costituzionale della norma subordinata viene svolto nel presupposto che spetti al legislatore, e ad esso soltanto, di assegnare un contenuto specifico alla formula generica».

³⁷ *Corte cost.*, 9 aprile 1963, sent. n. 46, là dove si afferma come «nemmeno è necessario, per la risoluzione della presente controversia, definire in linea astratta come debba essere intesa la formula “utilità sociale” o l’altra “fini sociali” che compaiono rispettivamente nel secondo e nel terzo comma dell’art. 41 della Costituzione, ammesso che una definizione di questo genere sia possibile» (corsivo).

nella circostanza data. A differenza di quel che s'è visto con riferimento alla clausola del 'buon costume' dove la Corte aveva esplicitato lo standard (normativo sociale) di riferimento, tuttavia, nel caso della 'utilità sociale' la concretizzazione avviene senza fornire specifiche motivazioni del *perché*, ad avviso della Corte, un dato elemento possa (o debba) ascriversi al contenuto dell'utilità sociale.

Rimane così assai complicato, e comunque sempre “congetturale”, capire se il criterio di giudizio sia qui (implicitamente) giuridico oppure (come parrebbe forse più verosimile) meta-giuridico. Il che ovviamente rende pressoché impossibile valutare razionalmente (dal punto di vista strettamente argomentativo) la coerenza e la logicità delle operazioni svolte in concreto, giacché di tali operazioni è appunto imprecisato il parametro di giudizio.

In questo senso, la Corte a seconda dei casi ha ritenuto essere socialmente utile: la tutela dell'equilibrio di mercato e la disciplina della concorrenza³⁸, la disciplina dei prezzi delle merci a largo consumo³⁹, l'equilibrato e omogeneo svolgimento del commercio sul territorio nazionale⁴⁰, la disciplina e i controlli di autoveicoli da piazza e da noleggio⁴¹, l'assunzione obbligatoria dei “minorati del lavoro”⁴², la massima utilizzazione del bestiame e la conciliazione delle esigenze di elevato rendimento con quella del minor costo dei prodotti⁴³, l'obbligo di conferimento dei prodotti all'ammasso⁴⁴, l'indennità di caropane⁴⁵, la prevenzione di attività criminose⁴⁶, la salvaguardia della morale pubblica, unita alla prevenzione di reati e tendenze antisociali⁴⁷, la protezione del contraente debole⁴⁸, il mi-

³⁸ *Corte cost.*, 8 luglio 1957, sent. n. 103; *Corte cost.*, 10 giugno 1969, sent. n. 97; *Corte cost.*, 8 febbraio 1991, sent. n. 63; *Corte cost.*, 4 luglio 1996, sent. n. 236; *Corte cost.*, 27 luglio 2000, sent. n. 379.

³⁹ *Corte cost.*, 2 luglio 1958, sent. n. 47; *Corte cost.*, 24 marzo 1963, sent. n. 53.

⁴⁰ *Corte cost.*, 18 maggio 1959, sent. n. 32.

⁴¹ *Corte cost.*, 27 giugno 1959, sent. n. 35.

⁴² *Corte cost.*, 15 giugno 1960, sent. n. 38.

⁴³ *Corte cost.*, 14 febbraio 1962, sent. n. 4.

⁴⁴ *Corte cost.*, 14 febbraio 1962, sent. n. 5.

⁴⁵ *Corte cost.*, 26 aprile 1962, sent. n. 41.

⁴⁶ *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 121; *Corte cost.*, 9 marzo 1989, ord. n. 105.

⁴⁷ *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 125; *Corte cost.*, 4 febbraio 1970, sent. n. 12.

glioramento della produzione agricola⁴⁹, la tutela del lavoro e del suo normale svolgimento⁵⁰, la ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali⁵¹, la disciplina dei prezzi di trasporto delle merci⁵², il mantenimento di un equilibrato rapporto fra imprese esercenti la trazione e imprese esercenti il trasporto merci⁵³, la sottrazione dell'agricoltore ai possibili abusi del credito privato⁵⁴, la tutela dell'occupazione⁵⁵, l'assunzione obbligatoria di dipendenti⁵⁶, la tutela e la valorizzazione del territorio⁵⁷, gli interessi della produzione⁵⁸, il miglioramento della produzione agricola⁵⁹, le limitazioni al gioco d'azzardo⁶⁰, la tutela dell'economia pubblica⁶¹, la difesa e la valorizzazione della coltura del grano duro⁶², i controlli di polizia sulle attività svolte in luogo pubblico⁶³, la tutela dell'avviamento commerciale⁶⁴, la proroga eccezionale dei contratti locatizi⁶⁵, la preminenza del titolare del marchio patronimico rispetto a chi lo usa in tempo successivo⁶⁶, la tutela del sistema economico-produttivo vigente⁶⁷, la razionalizzazione della rete di distribuzione

⁴⁸ *Corte cost.*, 10 giugno 1966, sent. n. 65; *Corte cost.*, 15 maggio 1990, sent. n. 241.

⁴⁹ *Corte cost.*, 9 marzo 1967, sent. n. 24.

⁵⁰ *Corte cost.*, 6 giugno 1968, sent. n. 57; *Corte cost.*, 17 luglio 1975, sent. n. 220.

⁵¹ *Corte cost.*, 22 maggio 2009, ord. n. 162; *Corte cost.*, 27 gennaio 2011, ord. n. 31.

⁵² *Corte cost.*, 22 novembre 1991, sent. n. 420.

⁵³ *Corte cost.*, 19 dicembre 1990, sent. n. 548.

⁵⁴ *Corte cost.*, 12 aprile 1973, sent. n. 37.

⁵⁵ *Corte cost.*, 11 febbraio 1988, sent. n. 159; *Corte cost.*, 30 dicembre 1987, sent. n. 622; *Corte cost.*, 5 luglio 1990, sent. n. 316.

⁵⁶ *Corte cost.*, 28 luglio 1993, sent. n. 356.

⁵⁷ *Corte cost.*, 18 aprile 2012, sent. n. 96.

⁵⁸ *Corte cost.*, 10 giugno 1966, sent. n. 65; *Corte cost.*, 11 febbraio 1988, sent. n. 159.

⁵⁹ *Corte cost.*, 9 marzo 1967, sent. n. 24.

⁶⁰ *Corte cost.*, 30 ottobre 1975, sent. n. 237.

⁶¹ *Corte cost.*, 20 maggio 1976, sent. n. 123.

⁶² *Corte cost.*, 15 febbraio 1980, sent. n. 20.

⁶³ *Corte cost.*, 22 dicembre 1982, sent. n. 229.

⁶⁴ *Corte cost.*, 6 ottobre 1983, sent. n. 300.

⁶⁵ *Corte cost.*, 5 aprile 1984, sent. n. 89.

⁶⁶ *Corte cost.*, 3 marzo 1986, sent. n. 42.

⁶⁷ *Corte cost.*, 9 dicembre 1991, sent. n. 439.

di carburante⁶⁸, la tutela della *par condicio creditorum*⁶⁹, la definizione dei rapporti con criteri uniformi per tutto il territorio nazionale⁷⁰, il fondo pensionistico di previsione legale⁷¹, la tutela dell'incolumità degli allievi di scuola di sci e dei terzi⁷², la garanzia della «serietà» dell'esercizio del commercio, la qualità dei servizi resi e la produttività della rete distributiva nonché la solidità dell'intera filiera produttiva⁷³.

Opposte quanto al “verso”, ma identiche rispetto al tipo d'argomentazione sono poi le decisioni che, a differenza di quelle appena richiamate, *negano* la strumentalità d'una data norma legislativa all'utilità sociale. Questi casi in cui viene indicato cosa *non* sia socialmente utile – per lo più con una corrispettiva declaratoria d'incostituzionalità – sono decisamente meno numerosi, con un'incidenza del circa 3% (3 pronunce) rispetto alle decisioni specificamente rilevanti. Si tratta dell'ingiustificata chiusura alla partecipazione di imprese nuove d'un consorzio⁷⁴, del divieto di donazioni tra coniugi⁷⁵ e della regolamentazione eccessivamente intrusiva delle attività economiche⁷⁶.

Un ulteriore indirizzo – pure di consistente rilevanza statistica, pari al 30% circa (29 pronunce) delle decisioni specificamente rilevanti – parrebbe attribuire un contenuto alla clausola generale della ‘utilità sociale’ rinviando ad altre *norme* dell'ordinamento giuridico. Sono queste le ipotesi in cui la Corte costituzionale identifica l'utilità sociale in «interessi di ordine superiore, economici e sociali, che assumono rilievo a livello costituzionale»⁷⁷, ossia in *beni* (direttamente o indirettamente) radicati in ulteriori disposizioni

⁶⁸ Corte cost., 24 giugno 1992, sent. n. 301.

⁶⁹ Corte cost., 6 aprile 1995, sent. n. 110.

⁷⁰ Corte cost., 17 marzo 2000, sent. n. 70.

⁷¹ Corte cost., 28 luglio 2000, sent. n. 393.

⁷² Corte cost., 19 dicembre 2008, sent. n. 428.

⁷³ Corte cost., 7 febbraio 2012, sent. n. 18.

⁷⁴ Corte cost., 3 giugno 1970, sent. n. 78.

⁷⁵ Corte cost., 27 giugno 1973, sent. n. 91.

⁷⁶ Corte cost., 20 luglio 2012, sent. n. 200.

⁷⁷ Corte cost., 21 marzo 1969, sent. n. 37; Corte cost., 6 febbraio 1991, sent. n. 51; Corte cost., 28 luglio 2000, sent. n. 393; Corte cost., 27 luglio 2001, ord. n. 319.

costituzionali (ricorrono spesso, in particolare, quelle di cui agli artt. 3, 4, 9, 21, 32, 35, 36, 37, e 38 Cost.), diverse dall'art. 41 Cost., ma ad esso sistematicamente collegate.

I beni richiamati da questo filone in collegamento all'art. 41 Cost. sono: la riconduzione ad equità dei rapporti gravemente sperequati⁷⁸, la tutela del contraente debole⁷⁹, il mantenimento in essere delle norme corporative nonostante la soppressione dell'ordinamento sindacale⁸⁰, la tutela della pubblica salute e dell'ambiente⁸¹, la tutela degli inabili al lavoro⁸², la tutela dei consumatori e della loro salute⁸³, la tutela delle bellezze naturali⁸⁴, il diritto del lavoratore al riposo settimanale⁸⁵, la tutela del lavoratore e della sua integrità fisica⁸⁶, le quote di assunzione obbligatoria per provvedere agli invalidi⁸⁷, la garanzia dei servizi di pubblica necessità⁸⁸, la tutela di beni di particolare interesse storico e culturale⁸⁹, il diritto all'assistenza farmaceutica⁹⁰, la tutela delle piccole e medie imprese⁹¹, la libera raccolta di tartufi nei boschi e nei terreni non coltivati⁹², la sicurezza delle strade⁹³ e la tutela dei centri storici delle grandi città d'arte⁹⁴.

⁷⁸ *Corte cost.*, 27 febbraio 1962, sent. n. 7.

⁷⁹ *Corte cost.*, 12 novembre 1964, ord. n. 87; *Corte cost.*, 23 aprile 1965, sent. n. 30.

⁸⁰ *Corte cost.*, 12 febbraio 1963, sent. n. 1.

⁸¹ *Corte cost.*, 14 marzo 1964, sent. n. 21; *Corte cost.*, 16 marzo 1990, sent. n. 127; *Corte cost.*, 3 giugno 1998, sent. n. 196; *Corte cost.*, 14 giugno 2001, sent. n. 190; *Corte cost.*, 17 marzo 2006, sent. n. 116.

⁸² *Corte cost.*, 17 marzo 1969, ord. n. 36.

⁸³ *Corte cost.*, 22 giugno 1971, sent. n. 137.

⁸⁴ *Corte cost.*, 20 febbraio 1973, sent. n. 9.

⁸⁵ *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 111.

⁸⁶ *Corte cost.*, 26 maggio 1981, sent. n. 74; *Corte cost.*, 3 febbraio 1994, sent. n. 22.

⁸⁷ *Corte cost.*, 29 settembre 1983, sent. n. 279.

⁸⁸ *Corte cost.*, 14 aprile 1988, sent. n. 446.

⁸⁹ *Corte cost.*, 30 luglio 1992, sent. n. 388.

⁹⁰ *Corte cost.*, 4 febbraio 2003, sent. n. 27; *Corte cost.*, 7 luglio 2006, sent. n. 279.

⁹¹ *Corte cost.*, 9 marzo 2007, sent. n. 64.

⁹² *Corte cost.*, 29 maggio 2009, sent. n. 167.

⁹³ *Corte cost.*, 29 aprile 2010, sent. n. 152.

⁹⁴ *Corte cost.*, 8 luglio 2010, sent. n. 247.

In tutte queste circostanze, nondimeno, la preferenza per un criterio di giudizio di tipo giuridico (a discapito degli altri possibili) viene *effettuata*, ma *non motivata*, rendendo anche qui quanto mai complicato effettuare una valutazione stringente sui percorsi argomentativi seguiti dal Giudice delle leggi.

In un ulteriore filone “trasversale” pari al 17,5% (17 pronunce) delle decisioni specificamente rilevanti⁹⁵, la Corte parrebbe invece porre primariamente l’accento sul “metodo” delle proprie valutazioni, prefigurando così un giudizio di congruità tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini di utilità sociale ricondotti alla norma oggetto di giudizio.

In più pronunce, dunque, si dichiara che «l’apprezzamento del concreto interesse sociale da soddisfare [...] attiene al merito riservato al legislatore ed è sottratto al sindacato della Corte»⁹⁶, il quale ultimo si dovrebbe piuttosto attenere agli «aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo»⁹⁷. In sostanza, la Corte mostra d’adottare uno schema valutativo volto ad accertare da una parte (a) l’esistenza d’un fine di utilità sociale che il legislatore dichiara di voler perseguire (o comunque oggettivamente perseguire) e dall’altra parte (b) la proporzionalità/ragionevolezza della limitazione alla libertà d’iniziativa economica rispetto alla realizzazione del fine (d’utilità sociale) individuato, ciò che parrebbe per definizione escludere (c) la soppressione, funzionalizzazione o eccessiva compressione della libera iniziativa economica⁹⁸.

⁹⁵ *Corte cost.*, 23 aprile 1965, sent. n. 30; *Corte cost.*, 3 giugno 1970, sent. n. 78; *Corte cost.*, 22 giugno 1971, sent. n. 137; *Corte cost.*, 15 febbraio 1980, sent. n. 20; *Corte cost.*, 29 settembre 1983, sent. n. 279; *Corte cost.*, 14 ottobre 1985, sent. n. 251; *Corte cost.*, 30 dicembre 1985, sent. n. 368; *Corte cost.*, 22 gennaio 1987, sent. n. 14; *Corte cost.*, 14 aprile 1988, sent. n. 446; *Corte cost.*, 5 luglio 1990, sent. n. 316; *Corte cost.*, 19 dicembre 1990, sent. n. 548; *Corte cost.*, 30 luglio 1992, sent. n. 388; *Corte cost.*, 29 maggio 2009, sent. n. 167; *Corte cost.*, 29 aprile 2010, sent. n. 152; *Corte cost.*, 8 luglio 2010, sent. n. 247; *Corte cost.*, 22 luglio 2010, sent. n. 270; *Corte cost.*, 20 luglio 2012, sent. n. 200.

⁹⁶ *Corte cost.*, 23 aprile 1965, sent. n. 30.

⁹⁷ *Corte cost.*, 22 giugno 1971, sent. n. 137.

⁹⁸ Vedi part. *Corte cost.*, 21 maggio 1970, sent. n. 78, dove si precisa come «i

L'accento posto sull'aspetto procedurale, tuttavia, getta spesso ombra sul punto cruciale della motivazione, che consisterebbe appunto nell'accertamento della effettiva (o meno) rispondenza ad utilità sociale del fine individuato dal legislatore.

Il quesito, infatti, parrebbe spesso sfumare in una verifica meramente "formale" dell'apprezzamento (in qualsiasi modo espresso) da parte del legislatore circa la presenza d'una qualche forma di utilità sociale a sostegno della norma legislativa adottata.

Capita così ad esempio che il tribunale costituzionale, anche quando parrebbe raccogliere elementi alternativi e di segno opposto rispetto a quelli (ormai desueti) considerati dal legislatore al momento dell'approvazione della legge, conclude poi per la non illegittimità costituzionale della limitazione legislativa dal momento in cui «la Corte, tenendo anche presente che la questione sollevata si riferisce solo [...] all'esistenza o inesistenza, in concreto, di ragioni di utilità sociale legittimanti la compressione dell'iniziativa economica privata, *deve arrestarsi di fronte alla valutazione che il legislatore ha fatto degli elementi del problema e che l'hanno portato a ritenere l'esistenza e congruità dei motivi posti a fondamento della sua statuizione; sicché solo al legislatore spetta un'eventuale nuova valutazione complessiva di tutti quegli elementi, anche emersi nel presente giudizio*»⁹⁹.

limiti che possono essere prescritti a tale libertà (secondo comma predetto art. 41) non debbono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio»; nonché *Corte cost.*, 12 dicembre 1990, sent. n. 548: «ciò che conta è che, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale come dianzi motivata non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue, e per altro verso, e in ogni caso, che l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative».

⁹⁹ *Corte cost.*, 15 febbraio 1980, sent. n. 20 (corsivo mio).

Il caso trattava della protezione della produzione interna di grano duro, fine perseguito attraverso il divieto di produzione e commercio di paste integrali. La Corte nella circostanza aveva acquisito i pareri dei Ministeri della Sanità e dell'Agricoltura e Foreste i quali evidenziarono, da un lato, l'auspicabile introduzione di paste integrali per ragioni di salute del consumatore e, dall'altro lato, come fosse venuto meno il fine di tutela della produzione nazionale di grano, dato

Questo perché «la Corte [...] nei casi in cui le leggi apportino limitazioni ai diritti di libertà economica, ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere su quei diritti. *Ma tale potere concerne solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo*»¹⁰⁰.

Anche in questa circostanza, tuttavia, parrebbe spesso mancare del tutto l'indicazione di un modello ragionevolmente chiaro e oggettivo per l'accertamento dell'iniziale conformità all'utilità sociale del fine perseguito dal legislatore, confermando in modo eloquente il segnalato *trend* di “opacità argomentativa” nel trattamento giurisprudenziale delle clausole generali.

Da segnalare è infine come sia ravvisabile una tendenza nell'argomentazione della Corte, riscontrabile nel 12,4% (12 pro-

che il prodotto interno era largamente insufficiente alla soddisfazione della domanda e la disposizione non faceva che incidere – ovviamente incrementandole – sulle importazioni della materia prima. Ciononostante la Corte, come si diceva in testo, ritenne di non poter effettuare una propria valutazione complessiva sulla sussistenza di elementi (anche nuovi) di utilità sociale (che in ipotesi poteva essere venuta meno) in assenza di una nuova ponderazione del legislatore.

¹⁰⁰ *Corte cost.*, 22 giugno 1971, sent. n. 137 (corsivo mio).

Questo, apparentemente, in condizione d'incerta compatibilità con quanto affermato in un passaggio della celebre *Corte cost.*, 7 marzo 1964, sent. n. 14 – a ben vedere riferita alla (diversa) clausola della ‘utilità generale’ di cui all’art. 43 Cost., ma il cui contenuto la Corte ha sempre mostrato di ritenere valido anche per l'utilità sociale *ex art.* 41, secondo comma Cost. –, secondo cui «per potere affermare che la legge denunciata non risponda a fini di utilità generale [...] bisognerebbe che risultasse: che l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori *ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto*. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accertasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente inadeguati o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ovvero se risultasse che gli organi legislativi si siano serviti della legge per realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale che la norma costituzionale addita» (corsivo mio), salvo poi apparentemente ritenersi sufficienti un (consapevole) dibattito parlamentare per attestare un concreto apprezzamento dei fini di generale utilità e dei mezzi per realizzarli («basterebbe ricordare la vivacità delle discussioni in Parlamento, per escludere che la legge sia venuta fuori senza che il relativo disegno sia stato sottoposto al vaglio di una scelta e senza che le ragioni pro e contro siano state dibattute»).

nunce) delle decisioni specificamente rilevanti, dove *più* clausole generali si ritrovano citate genericamente e cumulativamente, affermando o (per lo più) negando il contrasto con i vari frammenti normativi richiamati. In questa chiave non è allora infrequente veder ricorrere l’“utilità sociale” accostata ora ai ‘fini sociali’¹⁰¹, ora alla ‘funzione sociale’¹⁰², ora equiparata, in maniera “trasversale”, a tutte le clausole generali della costituzione economica¹⁰³ rispetto alle quali si postula talora una vera e propria «identità dei fini»¹⁰⁴, declinati di articolo in articolo «ora come fini sociali, ora di utilità sociale, ovvero di interesse generale»¹⁰⁵.

Com’è ovvio, qui la difficoltà di raccapazzarsi nell’analisi è ancora più marcata, giacché non si capisce se le considerazioni svolte dalla Corte in ordine alla (sussistente o mancante) “copertura” costituzionale rispetto alla norma legislativa esaminata sarebbero da riferire a tutte le clausole citate *singolarmente* prese (così che *ciascuna* clausola sarebbe *di per sé* idonea a giustificare la relativa limitazione), oppure *congiuntamente* considerate (di modo che solo *tutte* le clausole, *nel loro insieme*, potrebbero portare al menzionato effetto di “copertura”).

4.4. ‘Fini sociali’

La situazione ora descritta con riferimento alla ‘utilità sociale’ parrebbe trovare piena conferma anche dall’analisi dell’espressione (‘fini sociali’) per molti versi equivalente del terzo comma dell’art. 41 Cost., la quale pure – così come le altre di cui agli artt. 42 (‘funzione sociale’) e 43 (‘utilità generale’) Cost. – parrebbe forse per certi versi più riconducibile al modello dei *concetti di discre-*

¹⁰¹ *Corte cost.*, 9 aprile 1963, sent. n. 46; *Corte cost.*, 22 luglio 2010, sent. n. 270; *Corte cost.*, 22 maggio 2013, sent. n. 94.

¹⁰² *Corte cost.*, 27 febbraio 1962, sent. n. 7; *Corte cost.*, 29 ottobre 1985, ord. n. 248.

¹⁰³ *Corte cost.*, 28 marzo 1985, ord. n. 88; *Corte cost.*, 29 ottobre 1985, ord. n. 250; *Corte cost.*, 24 marzo 1986, ord. n. 61.

¹⁰⁴ *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 55.

¹⁰⁵ *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 55; *Corte cost.*, 20 febbraio 1973, sent. n. 9.

zionalità (*supra*, § 2.3.6.), quanto meno nel senso che, grazie alle rispettive riserve di legge, qui il destinatario del precetto costituzionale sembrerebbe appunto (almeno in prima battuta) il solo legislatore e non il singolo consociato.

Tanto premesso, su un totale di 86 decisioni potenzialmente rilevanti, nel 76,1% dei casi (65 decisioni)¹⁰⁶ la formula in questione viene soltanto menzionata.

Analizzando le 21 decisioni specificamente rilevanti, anche con riferimento a questa formula talvolta (in 4 pronunce, pari al 23,8% delle rilevanti) ci s’imbatte in tentativi di definizione dei ‘fini socia-

¹⁰⁶ *Corte cost.*, 26 gennaio 1957, sent. n. 29; *Corte cost.*, 8 luglio 1957, sent. n. 103; *Corte cost.*, 18 gennaio 1958, sent. n. 4; *Corte cost.*, 9 marzo 1959, sent. n. 9; *Corte cost.*, 18 maggio 1959, sent. n. 32; *Corte cost.*, 27 giugno 1959, sent. n. 35; *Corte cost.*, 26 gennaio 1960, sent. n. 1; *Corte cost.*, 23 marzo 1960, sent. n. 11; *Corte cost.*, 24 giugno 1961, sent. n. 35; *Corte cost.*, 14 giugno 1962, sent. n. 53; *Corte cost.*, 12 febbraio 1963, sent. n. 1; *Corte cost.*, 16 febbraio 1963, sent. n. 12; *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 125; *Corte cost.*, 12 novembre 1963, ord. n. 139; *Corte cost.*, 13 dicembre 1963, ord. n. 158; *Corte cost.*, 14 marzo 1964, sent. n. 21; *Corte cost.*, 23 marzo 1964, sent. n. 24; *Corte cost.*, 23 marzo 1964, ord. n. 27; *Corte cost.*, 23 aprile 1965, sent. n. 30; *Corte cost.*, 31 maggio 1965, sent. n. 38; *Corte cost.*, 28 marzo 1968, sent. n. 16; *Corte cost.*, 21 marzo 1969, sent. n. 37; *Corte cost.*, 3 giugno 1970, sent. n. 78; *Corte cost.*, 2 febbraio 1971, sent. n. 10; *Corte cost.*, 20 febbraio 1973, sent. n. 9; *Corte cost.*, 6 marzo 1974, sent. n. 53; *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 107; *Corte cost.*, 3 agosto 1976, sent. n. 211; *Corte cost.*, 3 agosto 1976, sent. n. 221; *Corte cost.*, 18 novembre 1976, sent. n. 225; *Corte cost.*, 9 giugno 1977, sent. n. 109; *Corte cost.*, 28 gennaio 1981, sent. n. 4; *Corte cost.*, 16 dicembre 1982, sent. n. 223; *Corte cost.*, 16 giugno 1983, ord. n. 176; *Corte cost.*, 7 febbraio 1985, sent. n. 34; *Corte cost.*, 17 aprile 1985, sent. n. 103; *Corte cost.*, 15 luglio 1986, sent. n. 195; *Corte cost.*, 2 febbraio 1988, sent. n. 123; *Corte cost.*, 31 marzo 1988, sent. n. 369; *Corte cost.*, 31 maggio 1988, ord. n. 607; *Corte cost.*, 6 dicembre 1988, sent. n. 1066; *Corte cost.*, 9 marzo 1990, sent. n. 118; *Corte cost.*, 19 dicembre 1990, sent. n. 548; *Corte cost.*, 12 settembre 1991, sent. n. 439; *Corte cost.*, 26 marzo 1993, sent. n. 112; *Corte cost.*, 31 dicembre 1993, sent. n. 500; *Corte cost.*, 12 settembre 1995, sent. n. 427; *Corte cost.*, 4 luglio 1996, sent. n. 236; *Corte cost.*, 23 aprile 1998, sent. n. 135; *Corte cost.*, 30 giugno 1999, ord. n. 276; *Corte cost.*, 10 novembre 1999, sent. n. 426; *Corte cost.*, 28 luglio 2000, sent. n. 393; *Corte cost.*, 25 luglio 2001, sent. n. 291; *Corte cost.*, 29 ottobre 2002, ord. n. 432; *Corte cost.*, 31 ottobre 2002, ord. n. 436; *Corte cost.*, 11 luglio 2003, ord. n. 237; *Corte cost.*, 29 settembre 2003, sent. n. 301; *Corte cost.*, 7 luglio 2005, sent. n. 272; *Corte cost.*, 1 agosto 2008, sent. n. 326; *Corte cost.*, 1 aprile 2010, sent. n. 124; *Corte cost.*, 28 ottobre 2011, sent. n. 280; *Corte cost.*, 31 maggio 2012, sent. n. 134.

li' tramite sinonimi non tanto più informativi dell'originale. Sono i casi in cui si parla di 'fini sociali' in termini di 'finalità di ordine sociale', 'benessere collettivo', 'interesse generale della collettività nazionale'¹⁰⁷, 'interesse generale'¹⁰⁸ e 'fine di ordine sociale'¹⁰⁹. E invero parrebbe mostrare un valore contenutistico d'utilità alquanto limitata anche quell'isolata pronuncia in cui la Corte stabilisce che i fini sociali non sono esclusi «dal carattere particolare o localmente limitato della produzione, dato che il riflesso sull'economia generale può essere tale da assumere il carattere di socialità»¹¹⁰.

Più spesso (in 14 decisioni, pari al 66,6% di quelle specificamente rilevanti), anche qui secondo il modello già riscontrato in tema d'utilità sociale (e come d'altro canto era inevitabile vista la struttura del giudizio di costituzionalità), la Corte viene a indicare *in concreto* cosa, a suo giudizio, risponderebbe a fini sociali.

Coerenti con questi fini sono stati così via via riconosciuti la difesa dell'economia e della finanza dello Stato¹¹¹, l'effettivo incremento della produzione e il fruttuoso assorbimento di manodopera¹¹², l'obbligo di licenza per il commercio e la riparazione di apparecchi radioelettrici¹¹³, la difesa di un settore agricolo e degli interessi dei coltivatori di canapa¹¹⁴, l'equilibrio socio-economico dei rapporti contrattuali¹¹⁵, il consolidamento dell'impresa coltivatrice familiare evitando il pregiudizio alla regolare amministrazione della cosa comune¹¹⁶, la conservazione delle imprese mediante la tutela dell'avviamento commerciale¹¹⁷, il procacciamento d'un lavoro a persone disoccupate con vantaggio della produzione nazio-

¹⁰⁷ *Corte cost.*, 14 febbraio 1962, sent. n. 5.

¹⁰⁸ *Corte cost.*, 9 aprile 1963, sent. n. 39; *Corte cost.*, 9 aprile 1963, sent. n. 46.

¹⁰⁹ *Corte cost.*, 2 giugno 1977, sent. n. 107.

¹¹⁰ *Corte cost.*, 14 giugno 1962, sent. n. 54.

¹¹¹ *Corte cost.*, 13 aprile 1957, sent. n. 50.

¹¹² *Corte cost.*, 30 dicembre 1958, sent. n. 78.

¹¹³ *Corte cost.*, 9 aprile 1963, sent. n. 39.

¹¹⁴ *Corte cost.*, 9 aprile 1963, sent. n. 46.

¹¹⁵ *Corte cost.*, 25 marzo 1980, sent. n. 36.

¹¹⁶ *Corte cost.*, 2 giugno 1977, sent. n. 107.

¹¹⁷ *Corte cost.*, 6 ottobre 1983, sent. n. 300.

nale¹¹⁸, la compensazione del sacrificio economico imposto ai lavoratori dipendenti¹¹⁹, la protezione della collettività dei consumatori e dei contraenti più deboli¹²⁰, la salvaguardia dell’equilibrio locale tra domanda e offerta di pane¹²¹, la necessaria autorizzazione del Ministero delle poste e telecomunicazioni per lo svolgimento d’attività commerciali e industriali¹²², la tutela della concorrenza¹²³, la continuità del trasporto aereo¹²⁴ e l’efficiente allocazione delle risorse destinate all’esecuzione d’opere pubbliche¹²⁵.

Vale anche in questo caso quanto già detto con riferimento all’utilità sociale, ovvero che la mancata indicazione del modello di ‘fini sociali’ qui adottato non consente di formulare un giudizio sufficientemente preciso in ordine alla fondatezza (logica e contenutistica) di questa giurisprudenza, giacché neppure rispetto a tale ipotesi viene chiarito espressamente se il parametro (posto che ve ne sia uno solo) applicato sia costituito da uno standard *giuridico* – come *espressamente* sembrerebbe emergere soltanto per il caso dell’assicurazione dell’adempimento dell’obbligo tributario e della progressività delle imposte¹²⁶, nonché del governo del territorio¹²⁷ – oppure *meta-giuridico*.

Spesso inoltre (7 decisioni, pari al 33,3% di quelle specificamente rilevanti) anche ai fini sociali capita di essere citati “cumulativamente” con tutte le altre dell’art. 41 Cost.¹²⁸ o con la sola ‘utilità sociale’¹²⁹.

¹¹⁸ *Corte cost.*, 10 ottobre 1983, sent. n. 301.

¹¹⁹ *Corte cost.*, 7 febbraio 1985, sent. n. 35.

¹²⁰ *Corte cost.*, 15 maggio 1990, sent. n. 241.

¹²¹ *Corte cost.*, 8 febbraio 1991, sent. n. 63.

¹²² *Corte cost.*, 12 gennaio 1995, sent. n. 1.

¹²³ *Corte cost.*, 21 gennaio 2010, sent. n. 15.

¹²⁴ *Corte cost.*, 21 gennaio 2010, sent. n. 15.

¹²⁵ *Corte cost.*, 22 maggio 2013, sent. n. 94.

¹²⁶ *Corte cost.*, 12 dicembre 1957, sent. n. 129.

¹²⁷ *Corte cost.*, 22 giugno 2004, sent. n. 176.

¹²⁸ *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 111; *Corte cost.*, 22 luglio 1996, ord. n. 274.

¹²⁹ *Corte cost.*, 14 febbraio 1962, sent. n. 5; *Corte cost.*, 20 febbraio 1973, sent. n. 9; *Corte cost.*, 15 maggio 1990, sent. n. 241; *Corte cost.*, 22 luglio 2010, sent. n. 270; *Corte cost.*, 22 maggio 2013, sent. n. 94.

4.5. 'Funzione sociale'

Quanto alla 'funzione sociale', su un totale di 136 pronunce potenzialmente rilevanti¹⁵⁰, la Corte si limita alla semplice men-

¹⁵⁰ *Corte cost.*, 26 gennaio 1957, sent. n. 28; *Corte cost.*, 12 dicembre 1957, sent. n. 129; *Corte cost.*, 30 dicembre 1958, sent. n. 78; *Corte cost.*, 18 febbraio 1960, sent. n. 5; *Corte cost.*, 15 giugno 1960, sent. n. 38; *Corte cost.*, 16 dicembre 1960, sent. n. 70; *Corte cost.*, 11 luglio 1961, sent. n. 49; *Corte cost.*, 2 marzo 1962, sent. n. 13; *Corte cost.*, 3 maggio 1963, sent. n. 55; *Corte cost.*, 23 maggio 1964, sent. n. 40; *Corte cost.*, 9 aprile 1965, sent. n. 22; *Corte cost.*, 20 gennaio 1966, sent. n. 6; *Corte cost.*, 28 aprile 1966, sent. n. 30; *Corte cost.*, 14 maggio 1966, sent. n. 38; *Corte cost.*, 10 giugno 1966, sent. n. 65; *Corte cost.*, 21 giugno 1966, sent. n. 73; *Corte cost.*, 11 luglio 1966, sent. n. 95; *Corte cost.*, 28 marzo 1968, sent. n. 16; *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 23; *Corte cost.*, 6 giugno 1968, sent. n. 60; *Corte cost.*, 30 dicembre 1968, sent. n. 141; *Corte cost.*, 21 marzo 1969, sent. n. 37; *Corte cost.*, 3 aprile 1969, sent. n. 63; *Corte cost.*, 10 giugno 1969, ord. n. 102; *Corte cost.*, 26 aprile 1971, sent. n. 79; *Corte cost.*, 28 dicembre 1971, sent. n. 210; *Corte cost.*, 27 luglio 1972, sent. n. 155; *Corte cost.*, 21 dicembre 1972, sent. n. 188; *Corte cost.*, 30 aprile 1973, sent. n. 46; *Corte cost.*, 27 febbraio 1974, sent. n. 41; *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 107; *Corte cost.*, 4 luglio 1974, sent. n. 202; *Corte cost.*, 23 luglio 1974, sent. n. 247; *Corte cost.*, 25 febbraio 1975, sent. n. 30; *Corte cost.*, 18 novembre 1976, sent. n. 225; *Corte cost.*, 20 dicembre 1976, sent. n. 245; *Corte cost.*, 22 dicembre 1977, sent. n. 153; *Corte cost.*, 15 febbraio 1980, sent. n. 13; *Corte cost.*, 25 marzo 1980, sent. n. 35; *Corte cost.*, 22 aprile 1980, sent. n. 58; *Corte cost.*, 28 gennaio 1981, sent. n. 4; *Corte cost.*, 16 novembre 1981, sent. n. 181; *Corte cost.*, 16 dicembre 1982, sent. n. 220; *Corte cost.*, 5 maggio 1983, sent. n. 127; *Corte cost.*, 29 giugno 1983, ord. n. 196; *Corte cost.*, 6 ottobre 1983, sent. n. 300; *Corte cost.*, 10 ottobre 1983, sent. n. 301; *Corte cost.*, 21 dicembre 1983, ord. n. 352; *Corte cost.*, 29 dicembre 1983, ord. n. 364; *Corte cost.*, 22 febbraio 1984, ord. n. 49; *Corte cost.*, 14 marzo 1984, ord. n. 74; *Corte cost.*, 18 luglio 1984, ord. n. 215; *Corte cost.*, 18 luglio 1984, ord. n. 216; *Corte cost.*, 6 dicembre 1984, ord. n. 274; *Corte cost.*, 23 gennaio 1985, ord. n. 19; *Corte cost.*, 13 febbraio 1985, sent. n. 36; *Corte cost.*, 29 ottobre 1985, ord. n. 248; *Corte cost.*, 13 dicembre 1985, ord. n. 344; *Corte cost.*, 15 luglio 1986, sent. n. 195; *Corte cost.*, 15 dicembre 1986, sent. n. 268; *Corte cost.*, 30 dicembre 1987, sent. n. 641; *Corte cost.*, 19 gennaio 1988, ord. n. 36; *Corte cost.*, 21 gennaio 1988, ord. n. 62; *Corte cost.*, 17 marzo 1988, sent. n. 311; *Corte cost.*, 31 marzo 1988, sent. n. 369; *Corte cost.*, 9 novembre 1988, sent. n. 1028; *Corte cost.*, 6 dicembre 1988, ord. n. 1080; *Corte cost.*, 30 novembre 1989, ord. n. 519; *Corte cost.*, 2 febbraio 1990, sent. n. 63; *Corte cost.*, 3 ottobre 1990, sent. n. 430; *Corte cost.*, 31 ottobre 1991, sent. n. 393; *Corte cost.*, 16 giugno 1993, sent. n. 283; *Corte cost.*, 9 luglio 1993, sent. n. 310; *Corte cost.*, 23 febbraio 1994, ord. n. 59; *Corte cost.*, 7 novembre 1994, sent. n. 379; *Corte cost.*, 6 aprile 1995, sent. n. 108; *Corte cost.*, 8 maggio 1995, sent. n. 155; *Corte cost.*, 12 settembre 1995, sent. n. 427; *Corte cost.*, 26 ottobre 1995, sent. n. 462; *Corte cost.*, 23 luglio 1996, sent. n. 302; *Corte cost.*, 8 ottobre 1996, sent. n. 335; *Corte cost.*, 16 ottobre 1997, ord. n. 310; *Corte cost.*, 1 aprile 1998, sent. n. 85; *Corte cost.*, 24 luglio 1998,

zione della formula addirittura nel 79,4% (108 decisioni) dei casi.

All'interno delle 28 pronunce specificamente rilevanti, anche con riferimento a questa clausola generale sono riscontrabili alcuni tentativi (7 decisioni, pari al 25,9%) di definizione astratta per sinonimi, la quale (per i già più volte rilevati motivi) finisce in ultima analisi per rivelarsi fatalmente altrettanto *generica*.

La ‘funzione sociale’ è così equiparata ai ‘fini di interesse generale’¹³¹, ai ‘concetti di solidarietà sociale’¹³², ai ‘giustificati motivi di ordine sociale’¹³³, al dovere del proprietario di partecipare alla soddisfazione di) ‘interessi generali’¹³⁴, ai ‘motivi di interesse generale’¹³⁵, agli ‘interessi sociali e quindi pubblici’¹³⁶, mentre in un caso si viene a specificare “funzionalmente” come detta formula «non può più essere considerata, come per il passato, quale mera sintesi dei limiti già esistenti nell’ordinamento positivo in base a singole disposizioni; essa rappresenta, invece, l’indirizzo generale a cui dovrà ispirarsi la futura legislazione»¹³⁷.

In 14 decisioni (51,8% delle specificamente rilevanti), la Corte anche qui precisa cosa a suo giudizio debba intendersi *in concreto* come “socialmente funzionale”, e più specificamente: la disciplina

sent. n. 321; *Corte cost.*, 28 dicembre 1998, ord. n. 448; *Corte cost.*, 20 maggio 1999, sent. n. 179; *Corte cost.*, 4 febbraio 2000, sent. n. 24; *Corte cost.*, 25 luglio 2000, sent. n. 351; *Corte cost.*, 14 giugno 2001, sent. n. 190; *Corte cost.*, 15 gennaio 2003, ord. n. 6; *Corte cost.*, 13 febbraio 2003, ord. n. 51; *Corte cost.*, 4 giugno 2003, sent. n. 185; *Corte cost.*, 28 giugno 2004, sent. n. 196; *Corte cost.*, 6 luglio 2004, ord. n. 211; *Corte cost.*, 29 novembre 2004, ord. n. 368; *Corte cost.*, 27 gennaio 2005, ord. n. 41; *Corte cost.*, 29 luglio 2005, sent. n. 345; *Corte cost.*, 28 dicembre 2006, ord. n. 463; *Corte cost.*, 24 ottobre 2007, sent. n. 349; *Corte cost.*, 25 gennaio 2008, sent. n. 9; *Corte cost.*, 4 luglio 2008, ord. n. 255; *Corte cost.*, 30 luglio 2008, sent. n. 308; *Corte cost.*, 30 gennaio 2009, sent. n. 24; *Corte cost.*, 14 gennaio 2010, ord. n. 5; *Corte cost.*, 10 giugno 2010, sent. n. 200; *Corte cost.*, 5 novembre 2010, sent. n. 312; *Corte cost.*, 22 dicembre 2011, sent. n. 338; *Corte cost.*, 9 febbraio 2012, sent. n. 21.

¹³¹ *Corte cost.*, 9 luglio 1959, sent. n. 38.

¹³² *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 55.

¹³³ *Corte cost.*, 25 marzo 1976, sent. n. 57.

¹³⁴ *Corte cost.*, 23 aprile 1986, sent. n. 108; *Corte cost.*, 9 novembre 2000, sent. n. 482.

¹³⁵ *Corte cost.*, 31 luglio 1990, sent. n. 384.

¹³⁶ *Corte cost.*, 29 maggio 2009, sent. n. 167.

¹³⁷ *Corte cost.*, 28 luglio 1983, sent. n. 252.

dell'edilizia urbana¹³⁸, la tutela del patrimonio faunistico nazionale¹³⁹, il blocco temporaneo del canone locativo¹⁴⁰, la tutela del diritto alla caccia¹⁴¹, la promozione e lo sviluppo della cultura¹⁴², la tutela degli interessi economici e ludici della popolazione¹⁴³, l'impiego di beni illegittimamente espropriati per fini d'edilizia residenziale pubblica¹⁴⁴, la gestione pubblica delle risorse idriche¹⁴⁵ e l'esonero del conduttore dall'obbligo di risarcire il danno oltre il limite prestabilito¹⁴⁶.

In 2 decisioni (9,5% delle specificamente rilevanti) si viene invece a statuire cosa *non* risponda a funzione sociale (e dunque costituisca illegittima causa di limitazione della proprietà privata), come nel caso della proroga al sistema di rinnovo *ex lege* dei contratti di locazione¹⁴⁷, e degli impedimenti alla conservazione del bene che ne determinerebbero la progressiva distruzione¹⁴⁸.

In tutti questi casi lo standard su cui si basa il giudizio della Corte non viene esplicitato con chiarezza, dovendosi dunque esso evincere caso per caso, benché parrebbe lecito supporlo radicato in valutazioni di prevalente carattere meta-giuridico, mentre uno standard giuridico parrebbe espressamente adottato con riferimento a 8 ulteriori decisioni (29,6% delle specificamente rilevanti), là dove i beni "coperti" dalla funzione sociale sarebbero: l'identità con i fini d'utilità generale che il legislatore s'è proposto nel costituire E.N.E.L.¹⁴⁹, l'incremento della

¹³⁸ *Corte cost.*, 10 maggio 1963, sent. n. 64; *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 55; *Corte cost.*, 18 aprile 1996, sent. n. 120.

¹³⁹ *Corte cost.*, 24 aprile 1967, sent. n. 50.

¹⁴⁰ *Corte cost.*, 15 gennaio 1976, sent. n. 3; *Corte cost.*, 15 gennaio 1976, sent. n. 4; *Corte cost.*, 25 marzo 1980, sent. n. 33.

¹⁴¹ *Corte cost.*, 25 marzo 1976, sent. n. 57.

¹⁴² *Corte cost.*, 9 marzo 1990, sent. n. 118.

¹⁴³ *Corte cost.*, 13 luglio 1990, sent. n. 328.

¹⁴⁴ *Corte cost.*, 31 luglio 1990, sent. n. 384; *Corte cost.*, 23 maggio 1995, sent. n. 188.

¹⁴⁵ *Corte cost.*, 27 dicembre 1996, sent. n. 419.

¹⁴⁶ *Corte cost.*, 9 novembre 2000, sent. n. 482.

¹⁴⁷ *Corte cost.*, 23 aprile 1986, sent. n. 108.

¹⁴⁸ *Corte cost.*, 29 dicembre 1995, sent. n. 529.

¹⁴⁹ *Corte cost.*, 11 luglio 1966, sent. n. 94, dove la Corte espressamente afferma come «la limitazione di cui si discute si inserisce, se mai, fra quelle che la legge può apportare ai diritti individuali per assicurarne l'esercizio secondo una

produzione agricola, il razionale sfruttamento del suolo e l'equità nei rapporti sociali¹⁵⁰, la tutela dell'ambiente¹⁵¹ e quella del paesaggio¹⁵², la garanzia d'agevole accesso agli immobili da parte di persone con ridotta capacità motoria¹⁵³ e la possibilità di ridurre l'indennità per espropriazione di aree edificabili rispetto al valore di mercato¹⁵⁴.

Decisamente meno rilevante dal punto di vista statistico, e dunque indice d'un apprezzamento più autonomo di questa clausola generale da parte della giurisprudenza costituzionale, è viceversa la sua citazione cumulativa con le altre clausole della costituzione economica, (citazione) limitata qui soltanto a due pronunce¹⁵⁵.

funzione sociale; funzione che – nella specie – si realizza in quei fini di utilità generale che la legge si è proposta di raggiungere», esplicitando così un diretto collegamento con l'art. 43 Cost.

¹⁵⁰ *Corte cost.*, 11 aprile 1969, sent. n. 77, dove l'espresso riferimento è agli artt. 41 e 44 Cost.

¹⁵¹ *Corte cost.*, 11 luglio 1989, sent. n. 391; *Corte cost.*, 4 giugno 1997, sent. n. 170; *Corte cost.*, 31 maggio 2000, sent. n. 164, con espresso riferimento all'art. 9 Cost.

¹⁵² *Corte cost.*, 28 luglio 1995, sent. n. 417, sempre con riferimento all'art. 9 Cost.

¹⁵³ *Corte cost.*, 10 maggio 1999, sent. n. 167, con esplicito riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.

¹⁵⁴ *Corte cost.*, 24 ottobre 2007, sent. n. 348, con esplicito riferimento all'art. 2 Cost.

La Corte dichiara qui l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che prevedevano i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione, precisando tuttavia in un interessante *obiter dictum* come «l'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la “funzione sociale”. Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata».

¹⁵⁵ *Corte cost.*, 27 febbraio 1962, sent. n. 7, dove viene citata insieme all'utilità sociale e *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 55, dove invece al citazione ricorre insieme a quella di tutte le altre clausole della costituzione economica.

4.6. 'Utilità generale'

Minore applicazione ha avuto la clausola generale della 'utilità generale' di cui all'art. 43 Cost., anche per la comprensibile eccezionalità dello strumento ivi apprestato e per il suo progressivo accantonamento pure grazie al corrispettivo affermarsi dei principi di segno opposto caratterizzanti il diritto europeo.

Su un totale di 34 pronunce potenzialmente rilevanti anche qui in una cospicua percentuale (25 decisioni, pari al 73,5%)¹⁵⁶ la formula viene solo menzionata, senza ulteriori specificazioni.

All'interno delle 9 pronunce specificamente rilevanti, in due casi si prova a definire la 'utilità generale' coi presunti sinonimi costituiti dagli 'interessi della collettività'¹⁵⁷ e dai 'fondamentali interessi generali'¹⁵⁸.

In un solo caso s'arriva espressamente a specificare cosa in concreto risponda al fine di utilità generale con riferimento alla disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico¹⁵⁹, mentre in 3 pronunce la Corte indica cosa *non* vi si potrebbe ricondurre, vale a dire: la riserva allo Stato del servizio della televisione via cavo su scala locale¹⁶⁰, l'estensione del regime di monopolio agli impianti e all'esercizio di stazioni radiofoniche e televisive via etere su scala lo-

¹⁵⁶ *Corte cost.*, 16 febbraio 1963, sent. n. 12; *Corte cost.*, 23 marzo 1964, sent. n. 24; *Corte cost.*, 7 luglio 1964, sent. n. 75; *Corte cost.*, 6 luglio 1965, sent. n. 58; *Corte cost.*, 23 maggio 1966, sent. n. 44; *Corte cost.*, 11 luglio 1966, sent. n. 94; *Corte cost.*, 17 aprile 1968, sent. n. 21; *Corte cost.*, 29 maggio 1968, sent. n. 55; *Corte cost.*, 3 giugno 1970, sent. n. 78; *Corte cost.*, 24 luglio 1972, sent. n. 144; *Corte cost.*, 10 luglio 1974, sent. n. 227; *Corte cost.*, 22 luglio 1976, sent. n. 186; *Corte cost.*, 3 agosto 1976, sent. n. 209; *Corte cost.*, 29 dicembre 1976, sent. n. 260; *Corte cost.*, 1 febbraio 1982, sent. n. 7; *Corte cost.*, 17 novembre 1982, ord. n. 191; *Corte cost.*, 16 dicembre 1982, sent. n. 223; *Corte cost.*, 7 marzo 1984, ord. n. 59; *Corte cost.*, 7 maggio 1984, sent. n. 138; *Corte cost.*, 7 luglio 1986, sent. n. 174; *Corte cost.*, 25 maggio 1987, sent. n. 194; *Corte cost.*, 15 novembre 1988, sent. n. 1030; *Corte cost.*, 25 novembre 1993, sent. n. 417; *Corte cost.*, 23 giugno 1994, sent. n. 257; *Corte cost.*, 10 novembre 2011, sent. n. 300.

¹⁵⁷ *Corte cost.*, 7 marzo 1964, sent. n. 14.

¹⁵⁸ *Corte cost.*, 13 maggio 1987, sent. n. 153.

¹⁵⁹ *Corte cost.*, 7 marzo 1964, sent. n. 14.

¹⁶⁰ *Corte cost.*, 10 luglio 1974, sent. n. 226.

cale¹⁶¹ e la riserva allo Stato delle trasmissioni televisive internazionali per il mantenimento di buoni rapporti internazionali¹⁶².

Il verosimile ricorso ad uno standard di giudizio meta-giuridico a fondamento delle decisioni ora riportate s'integrerebbe poi col riferimento a standard specificamente giuridici in altre 5 pronunce, relative una alla tutela dell'igiene e della sanità pubblica¹⁶³ e le restanti 4 alla tutela del pluralismo nelle telecomunicazioni¹⁶⁴.

Più ancora delle citazioni "in cumulo" con le altre clausole della costituzione economica, nel caso della 'utilità generale' sembrerebbe assistersi relativamente spesso (4 decisioni) a una forte "commistione interna" fra il concetto, appunto, di 'utilità generale della legge e quello di 'preminente interesse generale' del servizio (potenzialmente oggetto di riserva originaria o successiva nazionalizzazione), come quando ad esempio s'argomenta che non «può fondatamente contestarsi che il fine della tutela dell'igiene e della salute pubblica, collegato alla pastorizzazione e distribuzione del latte, sia un *fine di generale utilità di preminente interesse generale*»¹⁶⁵ o ancora quando s'afferma come «non potendosi minimamente dubitare che nell'attuale contesto storico la radiotele diffusione soddisfi un bisogno essenziale della collettività, si deve convenire che trattasi di un servizio pubblico essenziale, caratterizzato da quel preminente interesse generale che la norma costituzionale richiede perché legittimamente possa essere disposta la riserva.

¹⁶¹ *Corte cost.*, 28 luglio 1976, sent. n. 202; la Corte non argomenta espresamente in punto di utilità generale, ma in motivazione si richiama ripetutamente a decisioni precedenti, in particolare a *Corte cost.*, 10 luglio 1974, sent. n. 225 e a *Corte cost.*, 10 luglio 1974, sent. n. 226, certamente afferenti al tema. Ad ogni modo, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate è qui decisa sulla base dell'art. 3 Cost., giacché apparirebbe ingiustificata la disparità rispetto alla disciplina della trasmissione locale via cavo.

¹⁶² *Corte cost.*, 13 maggio 1987, sent. n. 153.

¹⁶³ *Corte cost.*, 23 marzo 1960, sent. n. 11, dove il riferimento è all'art. 32 Cost.

¹⁶⁴ *Corte cost.*, 13 luglio 1960, sent. n. 59; *Corte cost.*, 10 luglio 1974, sent. n. 225; *Corte cost.*, 21 luglio 1981, sent. n. 148; *Corte cost.*, 14 luglio 1988, sent. n. 826, tutte argomentate con riferimento all'art. 21 Cost.

¹⁶⁵ *Corte cost.*, 23 marzo 1960, sent. n. 11 (corsivo mio).

Che poi ricorrano "fini di utilità generale" è cosa che già risulta da quanto s'è detto»¹⁶⁶.

Nel complesso, comunque, anche tale clausola generale parrebbe porsi complessivamente nel "solco" di quelle sinora esaminate.

4.7. 'Sicurezza'

Ritornando con la clausola della 'sicurezza' al secondo comma dell'art. 41, nel suo versante più "personalistico", sembrerebbe opportuno evidenziare sin da subito come l'ampio ruolo giocato dalla 'utilità sociale' all'interno di tale articolo abbia sensibilmente limitato la concreta importanza di formule che pure sembrerebbero prestarsi a sviluppi di qualche interesse¹⁶⁷ e che tuttavia nella giurisprudenza costituzionale hanno finito per recitare una parte alquanto marginale.

Nelle 34 decisioni potenzialmente rilevanti anche qui nel 52,9% dei casi (18 pronunce)¹⁶⁸ la formula è soltanto menzionata.

Nelle restanti 16 decisioni specificamente rilevanti, in 2 casi si trovano delle definizioni "astratte" di 'sicurezza' come 'garanzia di un normale vivere civile in un ordine democratico'¹⁶⁹, o come 'inte-

¹⁶⁶ *Corte cost.*, 10 luglio 1974, sent. n. 225; con motivazioni del tutto simili, lo stesso nesso è istituito in *Corte cost.*, 13 luglio 1960, sent. n. 59 e *Corte cost.*, 28 luglio 1976, sent. n. 202.

¹⁶⁷ Per i quali si rinvia qui, per tutti, all'analisi recentemente articolata da T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010.

¹⁶⁸ *Corte cost.*, 13 aprile 1957, sent. n. 50; *Corte cost.*, 8 luglio 1957, sent. n. 103; *Corte cost.*, 27 giugno 1959, sent. n. 35; *Corte cost.*, 23 marzo 1960, sent. n. 11; *Corte cost.*, 14 giugno 1962, sent. n. 54; *Corte cost.*, 4 febbraio 1970, sent. n. 12; *Corte cost.*, 5 febbraio 1975, sent. n. 18; *Corte cost.*, 15 febbraio 1980, sent. n. 20; *Corte cost.*, 22 dicembre 1982, sent. n. 229; *Corte cost.*, 3 marzo 1986, sent. n. 42; *Corte cost.*, 21 gennaio 1988, ord. n. 71; *Corte cost.*, 8 febbraio 1991, sent. n. 63; *Corte cost.*, 12 settembre 1995, sent. n. 427; *Corte cost.*, 17 luglio 2002, sent. n. 355; *Corte cost.*, 22 luglio 2010, sent. n. 270; *Corte cost.*, 12 gennaio 2011, ord. n. 12; *Corte cost.*, 25 luglio 2011, sent. n. 244; *Corte cost.*, 20 luglio 2012, sent. n. 200.

¹⁶⁹ *Corte cost.*, 16 luglio 1970, sent. n. 144; in motivazione, la Corte rinvia a questo proposito a una precedente decisione, *Corte cost.* 16 marzo 1962, n. 19, ove ci si riferisce però alla nozione di 'ordine pubblico', definito qui come «ordine legale su cui poggia la convivenza sociale».

resse generale¹⁷⁰, mentre in un più consistente numero di ipotesi (11 decisioni, pari al 68,7% delle pronunce specificamente rilevanti) la Corte si limita ad affermare cosa sarebbe *strumentale* alla garanzia della ‘sicurezza’ nella circostanza data, e segnatamente: l’equilibrata disciplina del commercio ambulante¹⁷¹, la prevenzione di reati e tendenze antisociali¹⁷², la dichiarazione all’autorità locale per l’esercizio dell’industria di affittare camere¹⁷³, le autorizzazioni di polizia per l’installazione di apparecchi semi-automatici di trattamento¹⁷⁴, i particolari criteri e regole di condotta dell’impresa-esercizio pubblico¹⁷⁵, i limiti al gioco d’azzardo¹⁷⁶, la minore usura delle forze dei conducenti e degli apparati dei trattori¹⁷⁷, la sicurezza dei trasporti¹⁷⁸, l’indennizzo ai lavoratori infortunati¹⁷⁹, l’incolumità del lavoratore¹⁸⁰, l’incolumità personale dei soggetti coinvolti nella circolazione dei veicoli¹⁸¹. In un solo caso, invece, ci si riferisce a cosa sarebbe in concreto *contrario* a ‘sicurezza’, indicando nelle attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini¹⁸².

Un collegamento espresso con altre disposizioni costituzionali si dà solo con la tutela della salute¹⁸³, ma dai casi sopra riportati parrebbe emergere con una certa evidenza il nesso privilegiato con le norme di protezione del lavoro subordinato presenti nella parte della Costituzione relativa ai rapporti economici.

Più in generale, comunque, anche quando lo standard che la Corte applica (pur senza mai esplicitarlo *expressis verbis*) sembrerebbe di tipo meta-giuridico, la minore opinabilità del concetto di

¹⁷⁰ *Corte cost.*, 5 luglio 1973, sent. n. 110.

¹⁷¹ *Corte cost.*, 18 maggio 1959, sent. n. 32.

¹⁷² *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 125.

¹⁷³ *Corte cost.*, 16 luglio 1970, sent. n. 144.

¹⁷⁴ *Corte cost.*, 5 luglio 1973, sent. n. 110.

¹⁷⁵ *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 111.

¹⁷⁶ *Corte cost.*, 30 ottobre 1975, sent. n. 237.

¹⁷⁷ *Corte cost.*, 19 dicembre 1990, sent. n. 548.

¹⁷⁸ *Corte cost.*, 19 dicembre 1991, sent. n. 478.

¹⁷⁹ *Corte cost.*, 3 febbraio 1994, sent. n. 22.

¹⁸⁰ *Corte cost.*, 29 ottobre 1999, sent. n. 405.

¹⁸¹ *Corte cost.*, 29 aprile 2010, sent. n. 152.

¹⁸² *Corte cost.*, 30 dicembre 1958, sent. n. 78, dove la Corte formula questa ipotesi a titolo di esempio.

¹⁸³ *Corte cost.*, 10 dicembre 1987, sent. n. 479.

‘sicurezza’, soprattutto con riferimento ai “casi paradigmatici” spesso oggetto delle pronunce sopra riportate, rendono questo filone giurisprudenziale nel suo complesso più facilmente comprensibile.

Anche qui, nondimeno, è sovente riscontrabile (in 7 decisioni, pari al 43,7% di quelle specificamente rilevanti) il fenomeno della citazione “cumulativa” della clausola in questione insieme alla ‘utilità sociale’¹⁸⁴ (di cui in un caso la sicurezza parrebbe essere considerata una specificazione)¹⁸⁵, alla ‘libertà’ e alla ‘dignità umana’¹⁸⁶, o addirittura con tutte le clausole generali di cui all’art. 41, secondo comma, Cost.¹⁸⁷.

4.8. ‘Libertà’

Meno rilevante dal punto di vista statistico e ancor meno sotto il profilo contenutistico s’è rivelato l’uso della clausola generale ‘libertà’, anch’essa di fatto “riassorbita” dal più ampio spettro della ‘utilità sociale’.

Delle 31 decisioni potenzialmente rilevanti, in 21 (67,7%) tale clausola viene semplicemente menzionata¹⁸⁸.

¹⁸⁴ *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 125; *Corte cost.*, 29 aprile 2010, sent. n. 152.

¹⁸⁵ *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 121

¹⁸⁶ *Corte cost.*, 9 marzo 1989, sent. n. 103.

¹⁸⁷ *Corte cost.*, 30 dicembre 1958, sent. n. 78; *Corte cost.*, 18 maggio 1959, sent. n. 32; *Corte cost.*, 30 ottobre 1975, sent. n. 237.

¹⁸⁸ *Corte cost.*, 13 aprile 1957, sent. n. 50; *Corte cost.*, 8 luglio 1957, sent. n. 103; *Corte cost.*, 30 dicembre 1958, sent. n. 78; *Corte cost.*, 27 giugno 1959, sent. n. 35; *Corte cost.*, 23 marzo 1960, sent. n. 11; *Corte cost.*, 26 aprile 1962, sent. n. 41; *Corte cost.*, 14 giugno 1962, sent. n. 54; *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 125; *Corte cost.*, 6 luglio 1965, sent. n. 59; *Corte cost.*, 5 marzo 1969, sent. n. 27; *Corte cost.*, 4 febbraio 1970, sent. n. 12; *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 111; *Corte cost.*, 5 febbraio 1975, sent. n. 18; *Corte cost.*, 30 ottobre 1975, sent. n. 237; *Corte cost.*, 25 giugno 1980, sent. n. 99; *Corte cost.*, 22 dicembre 1980, sent. n. 189; *Corte cost.*, 22 dicembre 1982, sent. n. 229; *Corte cost.*, 3 marzo 1986, sent. n. 42; *Corte cost.*, 21 gennaio 1988, ord. n. 71; *Corte cost.*, 9 marzo 1989, sent. n. 103; *Corte cost.*, 29 dicembre 1989, sent. n. 586; *Corte cost.*, 8 febbraio 1991, sent. n. 63; *Corte cost.*, 12 settembre 1995, sent. n. 427; *Corte cost.*, 29 gennaio 1996, sent. n. 13; *Corte cost.*, 27 maggio 1996, sent. n. 171; *Corte cost.*, 21 aprile 2005, sent. n. 161; *Corte cost.*, 22 luglio 2010, sent. n. 270; *Corte cost.*,

Mancano del tutto decisioni dove si provi a definire in astratto tale formula, mentre in concreto la Corte sembrerebbe aver ritenuto *conforme* alla clausola ‘libertà’ la prevenzione della diffusione di tendenze antisociali e lo sviluppo di reati¹⁸⁹, la facoltà d’esercitare la caccia¹⁹⁰ e il diritto del lavoratore al riposo settimanale¹⁹¹, mentre meramente *compatibili* con la medesima clausola sono stati riconosciuti i controlli previsti ai fini della tutela del patrimonio aziendale¹⁹², il diritto di recesso adeguatamente disciplinato¹⁹³ e l’esercizio dello *ius variandi* condizionato ad una causa coerente a libertà¹⁹⁴. Incompatibile con essa (clausola) è stato viceversa ritenuto lo sfruttamento dei lavoratori¹⁹⁵.

Un collegamento *esplicito* ad altre (peraltro assai numerose) norme costituzionali si ha nel caso della ‘libertà’ come libertà a contrarre matrimonio¹⁹⁶, ma – come si sarà notato – *implicitamente* parrebbero potersi riconoscere dei nessi con disposizioni costituzionali specifiche (soprattutto in ambito di rapporto di lavoro subordinato) anche nei casi appena riportati.

Pressoché sempre citata in “cumulo” con la con la ‘dignità’ di cui all’art. 41, secondo comma, Cost¹⁹⁷ e talvolta con tutte le altre

12 gennaio 2011, ord. n. 12; *Corte cost.*, 3 marzo 2011, sent. n. 67; *Corte cost.*, 25 luglio 2011, sent. n. 244; *Corte cost.*, 20 luglio 2012, sent. n. 200.

¹⁸⁹ *Corte cost.*, 9 luglio 1963, sent. n. 125; *Corte cost.*, 4 febbraio 1970, sent. n. 12; *Corte cost.*, 30 ottobre 1975, sent. n. 237.

¹⁹⁰ *Corte cost.*, 6 luglio 1965, sent. n. 59; a onor del vero, la decisione parla di *ars venatoria* come «aspetto del diritto di libertà», senza ulteriori precisazioni. Non emerge pertanto chiaramente, dalle parole della Corte, se questo «diritto di libertà» sia effettivamente una *specifica* declinazione della ‘libertà’ di cui all’art. 41, secondo comma, Cost. e dunque idoneo a limitare la libertà di iniziativa economica.

¹⁹¹ *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 111.

¹⁹² *Corte cost.*, 25 giugno 1980, sent. n. 99.

¹⁹³ *Corte cost.*, 22 dicembre 1980, sent. n. 189.

¹⁹⁴ *Corte cost.*, 9 marzo 1989, sent. n. 103.

¹⁹⁵ *Corte cost.*, 30 dicembre 1958, sent. n. 78, dove la Corte riporta questa ipotesi a titolo di esempio di ciò che potrebbe costituire violazione del frammento di disposizione qui in esame (sebbene il discorso della Corte si riferisca poi a *tutte* le clausole generali dell’art. 41, secondo comma, Cost.).

¹⁹⁶ *Corte cost.*, 5 marzo 1969, sent. n. 27; la Corte si riferisce qui agli artt. artt. 2, 3, 4, 31, 35, 37 Cost., oltre che alla ‘libertà’ di cui all’art. 41, secondo comma, Cost.

¹⁹⁷ *Corte cost.*, 4 febbraio 1970, sent. n. 12; *Corte cost.*, 25 giugno 1980,

formule dell’art. 41, secondo comma, Cost.¹⁹⁸ per questa clausola si mostra assai complicato trarre delle conclusioni di qualche effettiva consistenza in ordine al tipo di standard richiamato.

L’unico rilievo effettuabile parrebbe l’indicazione secondo cui, di fatto, l’utilizzo di questa clausola da parte della giurisprudenza s’è rivelato quasi sempre sussidiario e il più delle volte meramente esornativo.

4.9. ‘Dignità’

La ‘dignità umana’ è forse la clausola (“generale” o d’altra natura) più citata in letteratura, ma – quanto meno con specifico riferimento all’art. 41 Cost. – il suo utilizzo da parte della giurisprudenza è stato decisamente limitato.

Nelle 37 pronunce potenzialmente rilevanti, 25 (pari al 67,5% totale)¹⁹⁹ risultano di semplice menzione della formula *de qua*.

Nelle restanti 12 pronunce specificamente rilevanti, soltanto in un caso si prova a definire la ‘dignità umana’, facendola coincidere con la ‘onorabilità individuale’ (del lavoratore)²⁰⁰.

Più che a dire nello specifico cosa sia *strumentale* (come nel caso della tutela del diritto del lavoratore al riposo settimanale²⁰¹)

sent. n. 99; *Corte cost.*, 22 dicembre 1980, sent. n. 189; *Corte cost.*, 9 marzo 1989, sent. n. 103.

¹⁹⁸ *Corte cost.*, 7 settembre 1963, sent. n. 125; *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 111; *Corte cost.*, 30 ottobre 1975, sent. n. 237.

¹⁹⁹ *Corte cost.*, 26 gennaio 1957, sent. n. 33; *Corte cost.*, 13 aprile 1957, sent. n. 50; *Corte cost.*, 8 luglio 1957, sent. n. 103; *Corte cost.*, 27 giugno 1959, sent. n. 35; *Corte cost.*, 23 marzo 1960, sent. n. 11; *Corte cost.*, 14 giugno 1962, sent. n. 54; *Corte cost.*, 2 febbraio 1971, sent. n. 10; *Corte cost.*, 27 giugno 1973, sent. n. 91; *Corte cost.*, 5 febbraio 1975, sent. n. 18; *Corte cost.*, 30 ottobre 1975, sent. n. 237; *Corte cost.*, 15 febbraio 1980, sent. n. 20; *Corte cost.*, 22 dicembre 1982, sent. n. 229; *Corte cost.*, 3 marzo 1986, sent. n. 42; *Corte cost.*, 21 gennaio 1988, ord. n. 71; *Corte cost.*, 29 dicembre 1989, sent. n. 586; *Corte cost.*, 8 febbraio 1991, sent. n. 63; *Corte cost.*, 12 settembre 1995, sent. n. 427; *Corte cost.*, 25 luglio 1996, sent. n. 312; *Corte cost.*, 13 ottobre 2000, sent. n. 419; *Corte cost.*, 22 luglio 2010, sent. n. 270; *Corte cost.*, 12 gennaio 2011, ord. n. 12; *Corte cost.*, 3 marzo 2011, sent. n. 67; *Corte cost.*, 25 luglio 2011, sent. n. 244; *Corte cost.*, 20 luglio 2012, sent. n. 200; *Corte cost.*, 9 maggio 2013, sent. n. 85.

²⁰⁰ *Corte cost.*, 25 giugno 1980, sent. n. 99.

²⁰¹ *Corte cost.*, 23 aprile 1974, sent. n. 111.

la Corte in 3 decisioni indica cosa *non sia contrario* alla ‘dignità umana’ (l’istituzione di gerarchie tra lavoratori²⁰²; le visite personali di controllo purché, tautologicamente, si svolgano nel rispetto della dignità e della riservatezza del lavoratore²⁰³; il diritto di recesso in quanto adeguatamente disciplinato²⁰⁴), mentre in altre 4 decisioni enuncia cosa sarebbe in concreto *contrastante* con la dignità umana (le attività che importino umiliazione o sfruttamento dei lavoratori²⁰⁵, lo sterile impiego dell’autonomia individuale²⁰⁶, l’esiguità della retribuzione nonché la sconvenienza e la durezza del luogo o delle condizioni di lavoro²⁰⁷, la perdita di tempo e di denaro e la dedizione al vizio e all’ozio²⁰⁸).

Anche qui abbastanza spesso (4 pronunce, pari al 33% dei casi di reale utilizzo), inoltre, s’assiste al fenomeno della citazione “cumulativa” di questa clausola insieme a tutte le altre dell’art. 41, comma secondo, Cost.²⁰⁹.

Così come nel caso della sicurezza, sebbene un collegamento con altre disposizioni costituzionali parrebbe emergere espressamente solo in 2 decisioni, relative rispettivamente alla libertà a contrarre matrimonio²¹⁰ e alla tutela della salute e della sicurezza dell’ercente attività²¹¹, il rapporto “privilegiato” con le norme costituzionali a tutela del lavoratore subordinato parrebbe piuttosto evidente.

²⁰² Corte cost., 24 aprile 1967, sent. n. 51.

²⁰³ Corte cost., 25 giugno 1980, sent. n. 99.

²⁰⁴ Corte cost., 22 dicembre 1980, sent. n. 189.

²⁰⁵ Corte cost., 30 dicembre 1958, sent. n. 78, dove la Corte esemplifica cosa, in concreto, potrebbe costituire violazione della dignità umana.

²⁰⁶ Corte cost., 9 luglio 1963, sent. n. 125.

²⁰⁷ Corte cost., 24 aprile 1967, sent. n. 51, dove pure ci si trova di fronte a un semplice esempio offerto dalla Corte di ciò che potrebbe ledere la dignità umana.

²⁰⁸ Corte cost., 4 febbraio 1970, sent. n. 12.

²⁰⁹ Corte cost., 18 maggio 1959, sent. n. 32; Corte cost., 26 aprile 1962, sent. n. 41; Corte cost., 23 aprile 1974, sent. n. 111; Corte cost., 9 marzo 1989, sent. n. 103.

²¹⁰ Corte cost., 5 marzo 1969, sent. n. 27, dove il riferimento è agli artt. 2, 3, 4, 31, 35 e 37 Cost.

²¹¹ Corte cost., 10 dicembre 1987, sent. n. 479, con riferimento agli artt. 2 e 32 Cost.

4.9.1. 'Dignità umana' ed 'esistenza libera e dignitosa' (art. 36 Cost.)

In questa direzione, del resto, parrebbero potersi trarre delle indicazioni all'interno dello stesso articolato costituzionale, che – come è noto – all'art. 36 parla appunto con riferimento al lavoratore del diritto ad una «retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Non è forse inutile, allora, analizzare in connessione con la 'dignità umana' di cui all'art. 41 Cost. anche le pronunce relative alla formula parzialmente analoga dell'art. 36.

Qui su 60 decisioni potenzialmente rilevanti, 47 (78,3%) risultano di sola menzione²¹².

Delle 13 pronunce specificamente rilevanti, in 3 decisioni la Corte parrebbe ricorrere a sinonimi, come quando afferma che il

²¹² *Corte cost.*, 4 maggio 1960, sent. n. 30; *Corte cost.*, 26 aprile 1962, sent. n. 41; *Corte cost.*, 13 luglio 1963, sent. n. 129; *Corte cost.*, 7 luglio 1964, sent. n. 75; *Corte cost.*, 12 luglio 1965, sent. n. 67; *Corte cost.*, 13 gennaio 1966, sent. n. 3; *Corte cost.*, 5 maggio 1967, sent. n. 60; *Corte cost.*, 12 luglio 1967, sent. n. 107; *Corte cost.*, 9 dicembre 1968, sent. n. 124; *Corte cost.*, 9 maggio 1973, sent. n. 57; *Corte cost.*, 16 luglio 1973, sent. n. 136; *Corte cost.*, 30 gennaio 1974, sent. n. 18; *Corte cost.*, 5 febbraio 1975, sent. n. 24; *Corte cost.*, 15 luglio 1975, sent. n. 209; *Corte cost.*, 1 giugno 1979, sent. n. 40; *Corte cost.*, 15 febbraio 1980, sent. n. 14; *Corte cost.*, 30 luglio 1980, sent. n. 141; *Corte cost.*, 6 dicembre 1984, sent. n. 277; *Corte cost.*, 7 febbraio 1985, sent. n. 34; *Corte cost.*, 15 luglio 1985, sent. n. 204; *Corte cost.*, 17 dicembre 1985, sent. n. 349; *Corte cost.*, 24 marzo 1986, sent. n. 52; *Corte cost.*, 7 luglio 1986, sent. n. 173; *Corte cost.*, 18 dicembre 1987, sent. n. 559; *Corte cost.*, 5 maggio 1988, sent. n. 501; *Corte cost.*, 26 luglio 1988, sent. n. 878; *Corte cost.*, 13 dicembre 1988, sent. n. 1089; *Corte cost.*, 9 marzo 1989, sent. n. 103; *Corte cost.*, 22 dicembre 1989, sent. n. 567; *Corte cost.*, 11 febbraio 1991, sent. n. 75; *Corte cost.*, 2 marzo 1991, sent. n. 96; *Corte cost.*, 15 marzo 1991, sent. n. 119; *Corte cost.*, 11 maggio 1992, sent. n. 210; *Corte cost.*, 26 marzo 1993, sent. n. 118; *Corte cost.*, 7 maggio 1993, sent. n. 226; *Corte cost.*, 16 dicembre 1993, sent. n. 441; *Corte cost.*, 27 luglio 1995, sent. n. 409; *Corte cost.*, 20 luglio 1999, sent. n. 330; *Corte cost.*, 27 aprile 2000, sent. n. 126; *Corte cost.*, 1 giugno 2000, ord. n. 174; *Corte cost.*, 24 luglio 2000, ord. n. 343; *Corte cost.*, 21 novembre 2000, sent. n. 516; *Corte cost.*, 17 luglio 2001, ord. n. 254; *Corte cost.*, 14 giugno 2002, ord. n. 241; *Corte cost.*, 22 novembre 2002, sent. n. 470; *Corte cost.*, 27 marzo 2003, sent. n. 82; *Corte cost.*, 23 gennaio 2004, sent. n. 30.

precetto costituzionale imporrebbe di assicurare al lavoratore e alla sua famiglia i «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» e a una «esistenza libera dal bisogno»²¹³, o una retribuzione tale da assicurare il soddisfacimento delle «peculiari necessità di vita del lavoratore»²¹⁴, o ancora il soddisfacimento delle «quotidiane esigenze di vita del lavoratore e della sua famiglia»²¹⁵.

Negli stessi e in altri casi (9 decisioni) la Corte specifica in concreto cosa *assicurerebbe* un'esistenza libera e dignitosa (le garanzie appropriate nei casi d'infortunio sul lavoro, malattia, gravidanza, puerperio²¹⁶; il diritto all'indennità di anzianità²¹⁷; i meccanismi di rivalutazione monetaria dei crediti da lavoro²¹⁸; la rivalutazione dei crediti da lavoro²¹⁹; l'indennità integrativa riferita alle variazioni del costo della vita²²⁰; la puntualità nel corrispondere la retribuzione²²¹) o cosa quanto meno *non lederebbe* il diritto in questione (il sequestro di parte della retribuzione a soddisfazione dei creditori²²²; il trattamento di quiescenza del personale statale²²³; il limite d'età per il godimento della pensione di superstiti²²⁴).

In 4 ulteriori decisioni, invece, la Corte si limita a negare che *tutti* gli elementi della retribuzione siano *di per sé* “coperti” dalla clausola in esame, da riferirsi invece alla *globalità* della retribuzione e non alle singole voci che la compongono²²⁵.

²¹³ *Corte cost.*, 13 marzo 1980, sent. n. 26.

²¹⁴ *Corte cost.*, 28 luglio 1988, sent. n. 926.

²¹⁵ *Corte cost.*, 2 novembre 2000, sent. n. 459.

²¹⁶ *Corte cost.*, 21 giugno 1966, sent. n. 74.

²¹⁷ *Corte cost.*, 27 giugno 1968, sent. n. 75.

²¹⁸ *Corte cost.*, 31 dicembre 1986, sent. n. 300.

²¹⁹ *Corte cost.*, 20 aprile 1989, sent. n. 204.

²²⁰ *Corte cost.*, 19 maggio 1993, sent. n. 243.

²²¹ *Corte cost.*, 2 novembre 2000, sent. n. 459.

²²² *Corte cost.*, 18 aprile 1974, sent. n. 101.

²²³ *Corte cost.*, 13 marzo 1980, sent. n. 26.

²²⁴ *Corte cost.*, 28 luglio 1988, sent. n. 926.

²²⁵ *Corte cost.*, 19 giugno 1973, sent. n. 82 (riferita all'indennità di buona uscita): «è il caso di precisare, a tal riguardo, che nella tutela costituzionale apprestata con l'art. 36, non si è voluto e non si può comprendere il diritto ad ogni e qualsiasi controprestazione a fronte di ogni e qualsiasi prestazione di lavoro, sibbene solo quelle controprestazioni che sinallagmaticamente collegate alle presta-

4.9.2. 'Dignità umana' e 'dignità sociale' (art. 3 Cost.)

Nella direzione ora indicata d'una colorazione "lavoristica" della dignità parrebbe deporre anche la più gran parte delle indicazioni riscontrabili dall'esame della diversa clausola della 'dignità sociale' di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost., spesso invocata come parametro specificativo dell'art. 41²²⁶.

Qui, su un totale di 35 decisioni potenzialmente rilevanti, 27 (77%)²²⁷ risultano di sola menzione.

Nelle 8 decisioni specificamente rilevanti, in 2 casi la Corte parrebbe provare a offrire, se non una *definizione*, quanto meno una *precisazione* circa il contenuto della clausola, affermando che la dignità sociale sarebbe quella «riconosciuta a ogni cittadino pur

zioni servano nell'economia del rapporto, proporzionate alla quantità e qualità del lavoro prestato, ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. L'art. 36 non copre, pertanto, tutto il terreno del trattamento economico del dipendente; e quindi al legislatore ordinario è rilasciato, nella pratica configurazione dei vari rapporti di lavoro o di impiego, di prevedere al di fuori di quella normativa controprestazioni (e nella specie, indennità), che, pur essendo *lato sensu* retributive, in effetti e a rigore non presentino tale carattere»; analoghi argomenti in *Corte cost.*, 6 dicembre 1979, sent. n. 141 (non cumulabilità di assegni o indennità); *Corte cost.*, 22 dicembre 1980, sent. n. 176 (mancata previsione di un compenso ai membri di commissione di concorso) e *Corte cost.*, 21 luglio 1983, sent. n. 229 (indennità a membri delle forze di polizia non estese a vigili urbani).

²²⁶ Come sembrerebbe evincersi anche da *Corte cost.*, 9 dicembre 1991, sent. n. 439

²²⁷ *Corte cost.*, 3 luglio 1956, sent. n. 11; *Corte cost.*, 17 aprile 1957, sent. n. 53; *Corte cost.*, 8 aprile 1958, sent. n. 30; *Corte cost.*, 28 novembre 1961, sent. n. 64; *Corte cost.*, 30 giugno 1964, sent. n. 68; *Corte cost.*, 8 luglio 1967, sent. n. 101; *Corte cost.*, 19 luglio 1968, sent. n. 109; *Corte cost.*, 19 dicembre 1968, sent. n. 126; *Corte cost.*, 5 marzo 1969, sent. n. 28; *Corte cost.*, 16 dicembre 1970, sent. n. 191; *Corte cost.*, 14 luglio 1971, sent. n. 174; *Corte cost.*, 5 luglio 1973, sent. n. 103; *Corte cost.*, 16 aprile 1975, sent. n. 87; *Corte cost.*, 15 luglio 1976, sent. n. 179; *Corte cost.*, 28 luglio 1976, sent. n. 199; *Corte cost.*, 25 maggio 1979, sent. n. 26; *Corte cost.*, 4 luglio 1979, sent. n. 55; *Corte cost.*, 1 febbraio 1983, sent. n. 15; *Corte cost.*, 24 febbraio 1992, sent. n. 62; *Corte cost.*, 29 gennaio 1996, sent. n. 15; *Corte cost.*, 4 novembre 1999, sent. n. 417; *Corte cost.*, 3 luglio 2002, sent. n. 306; *Corte cost.*, 19 gennaio 2007, ord. n. 4; *Corte cost.*, 16 marzo 2007, sent. n. 78; *Corte cost.*, 22 maggio 2009, sent. n. 159; *Corte cost.*, 11 marzo 2011, sent. n. 88; *Corte cost.*, 8 giugno 2011, sent. n. 175.

nella varietà delle occupazioni o professioni»²²⁸, o ancora quella riconducibile alla «posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro dipendente»²²⁹.

In 4 decisioni la Corte specifica invece cosa in concreto *non* leda la dignità sociale (il divieto d’iscrizione all’albo degli esercenti in economia e commercio senza previa cancellazione dall’albo dei ragionieri²³⁰, l’acquisizione di validi strumenti d’informazione utili all’accertamento della verità per legittimi fini di giustizia²³¹) o cosa vi sia *strumentale* (la previsione di garanzie specifiche nella formazione professionale del giovane²³², una disciplina volta a prevenire e contrastare il *mobbing*²³³), mentre in un caso la Corte viene (in un *obiter dictum*) a esemplificare alcuni casi che sarebbero *contrastanti* con la dignità sociale nel licenziamento intimato senza l’atto scritto, nei licenziamenti discriminatori e nei licenziamenti disciplinari senza osservanza di garanzie procedurali²³⁴.

Detto questo, parrebbe riduttivo circoscrivere *totalmente*, anche alla luce della giurisprudenza appena citata, il riferimento della dignità *umana* alla dignità del (solo) *lavoratore*.

Se infatti è vero che il collegamento con la dignità di quest’ultimo è *preponderante* – tant’è che a volte si collega espressamente la dignità sociale dell’art. 3 con l’art. 41 Cost. per indicarne il fine nel rispetto della personalità morale e civile del lavoratore²³⁵ – in altri casi la dignità sociale viene ricondotta alla dignità *della persona* quale «insieme dei diritti inviolabili dell’uomo»²³⁶ come indirettamente attestato anche dalla citazione cumulativa della clausola in parola con il contenuto dell’art. 2 Cost.²³⁷.

²²⁸ Corte cost., 26 gennaio 1957, sent. n. 3.

²²⁹ Corte cost., 9 marzo 1989, sent. n. 103.

²³⁰ Corte cost., 26 gennaio 1957, sent. n. 3.

²³¹ Corte cost., 21 novembre 1973, sent. n. 159.

²³² Corte cost., 12 aprile 1989, sent. n. 181.

²³³ Corte cost., 19 dicembre 2003, sent. n. 359.

²³⁴ Corte cost., 1 luglio 1992, sent. n. 309.

²³⁵ Corte cost., 9 marzo 1989, sent. n. 103.

²³⁶ Corte cost., 11 febbraio 1999, sent. n. 26.

²³⁷ Corte cost., 21 novembre 1973, sent. n. 159; Corte cost., 19 dicembre 2003, sent. n. 359.

Tanto nell'uno come nell'altro caso, comunque, le indicazioni contenutistiche rispetto alla ‘dignità’ non parrebbero mai particolarmente pregnanti, a definitiva conferma della difficoltà d'un chiaro utilizzo di quella che rimane tradizionalmente una formula di *extrema ratio* (invocabile cioè solo per casi davvero paradigmatici di violazione che è seriamente improbabile non comportino la violazione pure di precetti più specifici).

4.10. ‘Diritti inviolabili’

A conclusioni per molti versi analoghe a quelle della giurisprudenza relativa alle clausole generali della costituzione economica sembrerebbe infine approdarsi, pur nella diversità di situazioni, anche per quel che riguarda l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2 Cost., nella parte in cui la Corte argomenta l'interpretazione e, talvolta, l'eventuale concretizzazione della formula ‘diritti inviolabili’.

La discussione incentrata su questo articolo, relativa alla sua concettualizzazione, anche e soprattutto da parte della giurisprudenza, come norma a fattispecie “chiusa” oppure “aperta” (relativa a cosa, cioè, in merito “decida” la Corte), nonché – nella misura in cui s'acceda a tale ultima lettura – il dibattito su quali e quanti “nuovi diritti” siano stati riconosciuti per questa via rimarranno in questa sede necessariamente sullo sfondo.

Nella chiave d'una sua analisi come possibile clausola generale (C.G. n. 4) all'interno della dimensione giurisprudenziale, infatti, quel che invece interesserebbe di mettere qui in evidenza è piutto-

A dire il vero, quest'ultimo riferimento parrebbe testualmente un fuor d'opera, dato che nell'art. 2 Cost. la ‘dignità’ non viene menzionata in nessun modo. Cionondimeno, il suo radicamento nell'articolo è riscontrabile in diverse sentenze della Corte costituzionale, sia pure per lo più in semplici *obiter dicta*, in forza del suo collegamento coi diritti inviolabili dell'uomo (*Corte cost.*, 21 novembre 1973, sent. n. 159; *Corte cost.*, 28 novembre 1986, sent. n. 248; *Corte cost.*, 18 aprile 1991, sent. n. 167; *Corte cost.*, 23 luglio 1991, sent. n. 366; *Corte cost.*, 27 luglio 1992, sent. n. 368; *Corte cost.*, 8 ottobre 1996, sent. n. 334; *Corte cost.*, 22 ottobre 1999, sent. n. 388) o anche coi doveri inderogabili di solidarietà (*Corte cost.*, 22 giugno 1989, n. 346).

sto *il modo* con cui la Corte da una parte *motivi* l’una o l’altra opzione e, nei casi in cui effettivamente utilizzi l’articolo in questione come strumento per l’immissione di nuovi diritti inviolabili nell’ordinamento, *quale specifica “fonte d’integrazione” venga indicata* (e se del caso *argomentata*).

Ammettendo, insomma, che la locuzione ‘diritti inviolabili’ sia intesa nella giurisprudenza costituzionale come un sintagma valutativo esprime una clausola generale, come s’è poi venuta ad argomentare la natura giuridica o meta-giuridica dello standard e, nel caso di standard meta-giuridico, a quale dimensione meta-giuridica si attingerebbe? Detto in modo ancor più diretto, argomenta la Corte a sufficienza *da dove* essa tragga i “nuovi diritti” che poi mostra di riconoscere sulla base dell’articolo in questione?

Nei 18 casi²³⁸ in cui fino al 1987 la Corte mostra espressamente di riferirsi alla formula ‘diritti inviolabili’ come elemento costitutivo d’una fattispecie “chiusa” le argomentazioni mostrano con evidenza come il rinvio sarebbe da intendersi alle altre norme giuridiche, per lo più costituzionali, che espressamente conferiscono diritti.

Semberebbero facilmente interpretabili in tal senso le motivazioni in cui ad esempio si precisa come «l’art. 2 enuncia, solo in via generale, la tutelabilità di quei diritti di base, che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana, *mentre è nelle norme successive che quei diritti sono poi, singolarmente presi in considerazione e, come tali, in vario modo e misura, garantiti, tutelati e tutelabili*»²³⁹ o che «l’art. 2 deve essere necessariamente ricollegato alle altre norme costituzionali per identificare, anche nei loro limi-

²³⁸ *Corte cost.*, 3 luglio 1956, sent. n. 11; *Corte cost.*, 27 marzo 1962, sent. n. 29; *Corte cost.*, 26 giugno 1962, sent. n. 65; *Corte cost.*, 28 marzo 1968, sent. n. 16; *Corte cost.*, 24 gennaio 1969, sent. n. 1; *Corte cost.*, 21 marzo 1969, sent. n. 37; *Corte cost.*, 9 luglio 1970, sent. n. 122; *Corte cost.*, 2 febbraio 1972, sent. n. 12; *Corte cost.*, 4 maggio 1972, sent. n. 77; *Corte cost.*, 13 febbraio 1974, sent. n. 33; *Corte cost.*, 12 marzo 1975, sent. n. 56; *Corte cost.*, 7 maggio 1975, sent. n. 102; *Corte cost.*, 17 dicembre 1975, sent. n. 238; *Corte cost.*, 25 marzo 1976, sent. n. 57; *Corte cost.*, 1 agosto 1979, sent. n. 98; *Corte cost.*, 10 ottobre 1979, sent. n. 125; *Corte cost.*, 22 dicembre 1980, sent. n. 188; *Corte cost.*, 23 luglio 1987, sent. n. 283.

²³⁹ *Corte cost.*, 21 marzo 1969, sent. n. 37 (corsivo mio).

ti, tali diritti inviolabili»²⁴⁰, o ancora, con maggiore concessione anche ai possibili diritti inviolabili di tipo "legislativo", come «l'art. 2 proclama l'inderogabile valore di quei sommi beni che formano il patrimonio irrettrabile della persona umana, *rimettendone la tutela specifica ad altre norme costituzionali o a leggi ordinarie*»²⁴¹.

L'ovvia conseguenza di tale rinvio ad altre norme giuridiche era qui costituito dalla possibilità di violare l'art. 2 Cost. solo tramite (violazione di) "norma interposta": «questa Corte [...] ha affermato che l'art. 2 della Costituzione, nel tutelare i diritti inviolabili dell'uomo in via generale, si riferisce a diritti garantiti specificamente in altre norme della Costituzione e che, *esclusa la violazione della norma della Costituzione che tutela specificamente ogni singolo diritto inviolabile, è automaticamente esclusa anche la violazione dell'art. 2*»²⁴².

Sebbene, come si può notare anche solo da questi stralci, la Corte qui *non argomenta*, in riferimento alla formula 'diritti inviolabili', la propria opzione per una lettura "chiusa" (col connesso rinvio a uno standard esclusivamente giuridico) *in alternativa* alla diversa e possibile lettura "aperta", l'indicazione su quali fossero poi le norme (giuridiche) a fornire il contenuto concreto della clausola 'diritti inviolabili' sembrerebbe dare adito a pochi dubbi.

In una situazione per così dire "intermedia" fra la lettura dell'art. 2 come norma a fattispecie "chiusa" e a fattispecie "aperta" parrebbero collocarsi quelle ipotesi in cui la Corte da una parte non si limita a indicare il contenuto della formula 'diritti inviolabili' in quello delle altre norme sui diritti della Costituzione, mentre dall'altra individua, e radica appunto nella disposizione in discorso, dei diritti non tanto "nuovi", quanto piuttosto "impliciti", nel senso di strettamente "strumentali" alla realizzazione e alla tutela di quelli espressamente sanciti nel resto dell'articolato costituzionale.

Parrebbero questi i casi del diritto all'integrità fisica e della libertà di coscienza. Per il primo la Corte argomenta che non si potrebbe «dubitare che l'interesse alla tutela dell'integrità fisica ed

²⁴⁰ *Corte cost.*, 7 maggio 1975, sent. n. 102 (corsivo mio).

²⁴¹ *Corte cost.*, 13 febbraio 1974, sent. n. 33 (corsivo mio).

²⁴² *Corte cost.*, 23 luglio 1987, sent. n. 283 (corsivo mio).

incolumità delle persone rientri nel nucleo essenziale degli interessi generali, preminenti su ogni altro, sottostanti all'intera Costituzione e da questa perciò recepiti e garantiti (anche espressamente, attraverso l'ampia formulazione dell'art. 2 relativo ai "diritti inviolabili dell'uomo")»²⁴³; nel secondo viene a specificarsi come «a livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico»²⁴⁴.

In queste situazioni si può naturalmente discutere l'effettiva sussistenza del nesso di strumentalità riconosciuto dalla Corte, ma, al di là di come poi concretamente venga applicato, qui il modello argomentativo adottato risulta quanto meno riconoscibile (e a dire il vero anche abbastanza convincente): 'diritti inviolabili' sarebbero (1) tutti quelli riconosciuti per tali dalla Costituzione stessa e (2) tutti quelli che alla efficace tutela dei primi sarebbero necessari.

In definitiva, per quanto si possano contestare nel merito l'esattezza e la stringenza logica delle interpretazioni fornite in questa chiave dalla Corte costituzionale, fino a questo momento dal punto di vista argomentativo il panorama parrebbe relativamente comprensibile e dotato di una sua certa chiarezza.

Ben diverso e decisamente più sfocato quadro si propone allorché viceversa si scorra la giurisprudenza che intende 'diritti inviolabili' come motivo d'apertura della fattispecie²⁴⁵. Fermo restando

²⁴³ Corte cost., 4 gennaio 1977, sent. n. 4 (corsivi miei). Questa linea d'argomento parrebbe poi ripresa in Corte cost., 6 maggio 1985, sent. n. 132, dove con riferimento al diritto alla vita e all'integrità fisica si indica come esso sarebbe "presupposto" da tutti gli altri, e sarà ricondotto all'art. 2 Cost. mediante una semplice asserzione che dichiara la disposizione oggetto («la norma che di fronte alle lesioni corporee esclude il ristoro integrale del danno») lesiva dell'art. 2 Cost.

²⁴⁴ Corte cost., 19 dicembre 1991, sent. n. 467.

²⁴⁵ Non si prenderanno viceversa qui specificamente in esame le sentenze re-

che neppure qui si motiva l'opzione "aperta" come *alternativa* a quella "chiusa" – e in questo caso la carenza parrebbe più significativa, trattandosi di *revirement* –, la questione che più d'ogni altra

lative alla parte dell'art. 2 come norma di tutela delle "formazioni sociali" ed ai diritti di queste o dei singoli al loro interno.

Il tema, che talvolta è affiorato nella giurisprudenza costituzionale con riferimento all'attività di volontariato (*Corte cost.*, 28 febbraio 1992, sent. n. 75) e soprattutto nel filone relativo alla convivenza *more uxorio* (*Corte cost.*, 18 novembre 1986, sent. n. 237; *Corte cost.*, 18 gennaio 1996, sent. n. 8; la posizione appare già consolidata in *Corte cost.*, 3 novembre 2000, sent. n. 461; *Corte cost.*, 8 maggio 2009, sent. n. 140) da ultimo anche fra persone dello stesso sesso (*Corte cost.*, 15 aprile 2010, sent. n. 138), parrebbe infatti solo *indirettamente* riferibile all'interpretazione della formula 'diritti inviolabili' come clausola generale.

All'apparenza, pure qui non mancherebbero degli spunti per ritenere che la Corte intenda l'art. 2 in guisa di clausola generale, che consentirebbe di "adattare" l'ordinamento al mutare delle condizioni sociali, come quando si legge come «*la Corte, non indifferente alla trasformazione della coscienza e dei costumi sociali, [...] ha ricondotto il consolidato rapporto di convivenza all'ambito della protezione, offerta dall'art. 2, dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali e il matrimonio a quello dell'art. 29 della Costituzione*» (*Corte cost.*, 18 gennaio 1996, sent. n. 8, corsivo mio).

Di fatto, però, in tutta questa giurisprudenza l'unico "diritto inviolabile" che la Corte parrebbe aver finora direttamente riconosciuto *ex art. 2 Cost.* parrebbe quello di *non vedersi vietare* dall'ordinamento giuridico tale convivenza – "diritto" che nessuno aveva giuridicamente mai messo in discussione, se si pone mente che detta convivenza in sé non era concretamente proibita o sanzionata da alcuna norma giuridica.

La Corte si è viceversa sempre opposta alla vera (e sostanzialmente unica) ragione dei suddetti ricorsi, che variamente puntavano a estendere alcuni aspetti del regime matrimoniale a quello della convivenza "di fatto": «tenendo distinta l'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna, si rende possibile riconoscere a entrambe la loro propria specifica dignità; si evita di configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata e non si innesca alcuna impropria "rincorsa" verso la disciplina del matrimonio da parte di coloro che abbiano scelto di liberamente convivere» (*Corte cost.*, 18 gennaio 1996, sent. n. 8).

Trend recentemente confermato anche con riferimento alle coppie omosessuali, per le quali si tratterebbe di una «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio» (*Corte cost.*, 15 aprile 2010, sent. n. 138).

rimane nell’indistinto è quella relativa alle possibili “fonti d’integrazione” (della fattispecie).

Talvolta l’art. 2 parrebbe in tal senso utilizzato soltanto al fine di conferire piena dignità di “diritto *soggettivo*” a delle istanze di tutela “*oggettiva*” già riscontrabili in altre norme costituzionali, come accade per il diritto alla vita²⁴⁶, (in un certo modo) per il diritto a effettuare attività sportive e ricreative²⁴⁷ e per il diritto al riconoscimento della famiglia²⁴⁸. Qui l’art. 2 è citato in combinato disposto (si potrebbe anche dire “cumulativamente”) con altre disposizioni costituzionali (l’art. 27 per il diritto alla vita, gli artt. 17 e 18 per le attività sportive/ricreative, l’art. 30 per il riconoscimento della famiglia), rimanendo nondimeno del tutto imprecisato nelle argomentazioni della Corte il come e il perché tali specifiche direttrici di tutela oggettiva – e *non altre* (potenzialmente anche *tutte le altre*) – assurgerebbero al rango di diritti inviolabili.

²⁴⁶ *Corte cost.*, 27 giugno 1996, sent. n. 223. È la nota sentenza sul “caso Venezia”, dove per la parte che qui interessa si precisa come il divieto della pena di morte «introdotto dal quarto comma dell’art. 27, sottende un principio “che in molti sensi può dirsi italiano” – sono parole tratte dalla relazione della Commissione dell’Assemblea costituente al progetto di Costituzione, nella parte dedicata ai rapporti civili – principio che “ribadito nelle fasi e nei regimi di libertà del nostro Paese, è stato rimosso nei periodi di reazione e di violenza”, configurandosi nel sistema costituzionale *quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti dall’art. 2*» (corsivo mio).

²⁴⁷ *Corte cost.*, 12 marzo 1998, sent. n. 50, dove si legge come «il richiamo ai diritti inviolabili contenuto nell’ordinanza deve intendersi riferito agli artt. 2, 17 e 18 della Costituzione, che, come ricorda il giudice *a quo*, erano i parametri indicati dalla parte nel sollevare l’eccezione. E in effetti la disposizione colpisce comportamenti che sono *espressione della socialità della persona, che è il bene protetto da un complesso di disposizioni costituzionali tra le quali rientrano quelle richiamate*» (corsivo mio).

²⁴⁸ *Corte cost.*, 18 febbraio 1988, sent. n. 183, dove si parla espressamente di «un diritto inviolabile dell’uomo, che nella combinazione dei valori costituzionali di cui agli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione, si specifica nel *diritto al riconoscimento pleno iure di quella formazione sociale primaria che è la famiglia, i cui titolari sono sia la coppia adottante, sia il minore adottato (o affiliato)*» (corsivo mio).

In ulteriori ipotesi – relative al diritto all'onore²⁴⁹, all'abitazione²⁵⁰ e all'espatrio²⁵¹ – seppure non dichiarandolo espressamente ed anzi rimanendo sempre cautamente dubitativa sul punto (fors'anche per non generare l'aspettativa di facili automatismi), la Corte parrebbe individuare la fonte, se non altro "di cognizione", dei nuovi diritti in *atti di diritto internazionale*. Qui lo standard richiamato dalla clausola generale in questione parrebbe ancora *giuridico*, sebbene *non giuridico-statale*.

Nei due noti *leading cases* sulla libertà sessuale la Corte parrebbe viceversa intendere la formula dei 'diritti inviolabili' come

²⁴⁹ *Corte cost.*, 12 aprile 1973, sent. n. 38, dove si osserva che le norme impugnate «non contrastano con le norme costituzionali ed anzi mirano a tutelare e a realizzare i fini dell'art. 2 affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, gli artt. 10 del codice civile, 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633».

²⁵⁰ *Corte cost.*, 7 aprile 1988, sent. n. 404, dove si afferma che le statuizioni *de quibus* «pur espresse in ordine allo specifico *favor*, di cui all'art. 47, secondo comma, della Costituzione, per l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, hanno una portata più generale ricollegandosi al fondamentale diritto umano all'abitazione riscontrabile nell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948) e nell'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali (approvato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale della Nazioni Unite e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978, in seguito ad autorizzazione disposta con legge 25 ottobre 1977, n. 881)», così che il legislatore avrebbe riconosciuto «un diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione».

Si noti peraltro come il diritto all'abitazione, riconosciuto anche in séguito (*Corte cost.*, 7 aprile 1988, sent. n. 404; *Corte cost.*, 20 dicembre 1989, sent. n. 559; *Corte cost.*, 19 novembre 1991, sent. n. 419) come un «connotato della forma costituzionale di Stato sociale» e pertanto riconnesso all'art. 2 Cost, parrebbe in effetti riconducibile alla disposizione in questione, ma più per la parte relativa ai doveri inderogabili di solidarietà che non rispetto al versante dei diritti inviolabili (solitamente concepiti come assoluti e direttamente azionabili, cosa che evidentemente il diritto all'abitazione non è).

²⁵¹ *Corte cost.*, 17 giugno 1992, sent. n. 278, dove si precisa come «l'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 ha sancito per ogni individuo il diritto di "lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese". Quale che sia il valore delle Dichiarazioni di principi, non v'è dubbio che tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione della Repubblica sia da individuarsi anche il diritto di abbandonare il proprio paese».

rinviante a uno standard *meta-giuridico*, apparentemente costituito dalla “persona umana”.

In tal senso sembrerebbero da leggere quelle decisioni in cui s’afferma come le norme in materia di rettificazione d’attribuzione di sesso non contrastano con l’art. 2 Cost. perché è attribuito a ciascuno «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, *da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità*. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale»²⁵². O ancora dove si legge come il diritto alla libertà sessuale sarebbe da ricondurre all’art. 2 Cost. in quanto «*uno degli essenziali modi di espressione della persona umana*»²⁵³.

Il problema, qui, è che la specificazione contenutistica ottenuta sostituendo alla locuzione ‘diritti inviolabili’ quella ritenuta equivalente di ‘diritti funzionali allo svolgimento della personalità umana’ non parrebbe ottenere altro effetto se non quello di *spostare* il problema della “fonte d’integrazione”, senza tuttavia scioglierlo davvero in modo risolutivo. Accertare cosa in concreto sia (da ritenersi) funzionale allo svolgimento della personalità o alla tutela della persona, infatti, parrebbe *a sua volta* rinviare a un *ulteriore* insieme di criteri di giudizio (= regole sociali o di altra natura), che tuttavia nella citata giurisprudenza non vengono in alcun modo indicati.

La scarsa “informatività” di questo *trend* giurisprudenziale emerge d’altro canto con evidenza ancora maggiore in tutte quelle ipotesi in cui il diritto (in tutto o in parte) “nuovo” riconosciuto per il tramite dell’art. 2 viene semplicemente *menzionato*, limitandosi la corte a enunciarlo *tout court* o ricorrendo a formule variabilmente apodittiche come “non può non riconoscersi” “non può non essere compreso”, “non può non collocarsi” e avanti in questo modo.

²⁵² Corte cost., 24 maggio 1985, sent. n. 161 (corsivo mio).

²⁵³ Corte cost., 18 dicembre 1987, sent. n. 561 (corsivo mio).

Sono questi i casi della libertà a contrarre matrimonio²⁵⁴, forse anche del diritto ad ottenere una revisione del processo²⁵⁵, del diritto alla rettifica²⁵⁶, del diritto alla vita del concepito²⁵⁷, del diritto alla libertà morale del teste²⁵⁸, del diritto ad una famiglia adottiva in mancanza di quella di sangue²⁵⁹, del diritto all'onore e alla reputazione²⁶⁰, secondo alcuni del diritto alla *privacy*²⁶¹, del diritto

²⁵⁴ *Corte cost.*, 5 marzo 1969, sent. n. 27, dove si parla appunto di «diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non essere compresa la libertà di contrarre matrimonio» (corsivo mio).

²⁵⁵ *Corte cost.*, 5 marzo 1969, sent. n. 28, dove si precisa come l'istituto della revisione «risponde all'esigenza, di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità» (corsivo mio).

²⁵⁶ *Corte cost.*, 10 luglio 1974, sent. n. 225, ove, pur non citandosi espressamente l'art. 2 Cost., si osserva come sarebbe «riconosciuto e garantito – come imposto dal rispetto dei fondamentali diritti dell'uomo – il diritto anche del singolo alla rettifica».

²⁵⁷ *Corte cost.*, 18 febbraio 1975, sent. n. 27 (ripresa poi da *Corte cost.*, 10 febbraio 1997, sent. n. 35), dove si afferma come «l'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» (corsivo mio).

²⁵⁸ *Corte cost.*, 5 ottobre 1983, sent. n. 290, dove la Corte, in un *obiter dictum*, rimprovera al giudice *a quo* per non aver riferito le proprie censure proprio all'art. 2 Cost, oltre che all'art. 24 Cost, osservando come «il parlare di "pressione morale al fine di ottenere dichiarazioni utili alle indagini" non consentirebbe di chiamare in causa il diritto di difesa di per sé solo, ma, caso mai, in correlazione ai diritti inviolabili della persona ex art. 2 Cost.», senza tuttavia specificare con maggiore esattezza come questo ulteriore richiamo sarebbe stato giovevole alle ragioni del giudice *a quo*.

Il diritto alla libertà morale è ripreso, anche qui senza che ne sia argomentato il fondamento, nella successiva *Corte cost.*, 24 marzo 1986, sent. n. 54, dove si afferma che «non potrebbe il giudice disporre mezzi istruttori che mettessero in pericolo la vita o l'incolumità o risultassero lesivi della dignità della persona o invasivi dell'intimo della sua psiche, perché sarebbero in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost.».

²⁵⁹ *Corte cost.*, 1 luglio 1986, sent. n. 199.

²⁶⁰ *Corte cost.*, 29 dicembre 1988, sent. n. 1150, dove il passaggio rilevante è quello dove si osserva, senz'altro specificare, come la nostra Costituzione «riconosce i diritti inviolabili dell'uomo (fra cui il diritto all'onore e alla reputazione) come valori fondamentali dell'ordinamento giuridico».

²⁶¹ *Corte cost.*, 26 marzo 1990, sent. n. 139, dove pur non menzionando espressamente l'art. 2 Cost. come "tramite" diretto (e tantomeno esclusivo) del ri-

all'identità personale (e quindi anche al nome)²⁶², del non meglio precisato diritto al rispetto della personalità²⁶³, del diritto alla propria formazione culturale²⁶⁴, della libertà di autodeterminarsi nella vita privata²⁶⁵ e infine del diritto a uno *status filiationis*²⁶⁶.

Qui l'indicazione della “fonte d'integrazione” della fattispecie, vale a dire di uno standard (giuridico o, come pare più verosimile, meta-giuridico) dal quale trarre concretamente i contenuti di tali “nuovi” diritti inviolabili *manca del tutto*, il che naturalmente – a prescindere dalla valutazione più o meno favorevole formulabile in rapporto all'accresciuto livello di tutela per il singolo – parrebbe riproporre al massimo grado i ben noti problemi di *razionalità* decisionale più volte segnalati in queste pagine.

Senza l'indicazione del “dove” si attinga per la garanzia d'una dimensione inespressa di tutela soggettiva del singolo, infatti, ogni nuovo “riconoscimento” rischia fatalmente di essere percepito (e fors'anche di essere) né più né meno come un'autentica “creazione” (o “invenzione”), la qual cosa non soltanto non parrebbe *im-*

conoscimento la Corte dichiara che «il divieto di diffondere o di comunicare all'esterno del Servizio statistico nazionale i dati individuali» è posto dal legislatore affinché non siano «messi in pericolo beni individuali strettamente connessi al godimento di libertà costituzionali e, addirittura, di diritti inviolabili».

²⁶² *Corte cost.*, 3 febbraio 1994, sent. n. 13 (ripresa poi in *Corte cost.*, 23 luglio 1996, sent. n. 297; *Corte cost.*, 11 maggio 2001, sent. n. 120 e *Corte cost.*, 24 giugno 2002, sent. n. 268), dove laconicamente si afferma che «tra i diritti che formano il patrimonio irrettrabile della persona umana l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale».

²⁶³ *Corte cost.*, 30 luglio 1997, sent. n. 283 (ripresa da *Corte cost.*, 29 gennaio 2005, sent. n. 63), dove si parla di una «esigenza di tutela della personalità del teste affetto da infermità psichica, il che rinvia altresì all'imperativo costituzionale di rispetto e tutela della persona, riconducibile al parametro dell'art. 2 della Costituzione» (che, peraltro, il giudice *a quo* espressamente non invocava).

²⁶⁴ *Corte cost.*, 27 novembre 1998, sent. n. 383, dove in un *obiter dictum* si legge come «l'organizzazione dell'università, come servizio pubblico [...] coinvolge diritti costituzionali della persona umana come il diritto alla propria formazione culturale (art. 2 della Costituzione)».

²⁶⁵ *Corte cost.*, 24 luglio 2000, sent. n. 332, dove si afferma senz'altro aggiungere che l'art. 2 tutelerebbe «l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata».

²⁶⁶ *Corte cost.*, 28 novembre 2002, sent. n. 494, dove si legge come nel caso di specie «la violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione [...] è evidente e non richiede parole di spiegazione».

plicata dal modello delle clausole generali, ma neppure sembrerebbe all'interno di esso in alcun modo *desiderabile*.

CAPITOLO V
PROVE DI CONCLUSIONE
LE CLAUSOLE GENERALI COSTITUZIONALI
FRA SOGNO E REALTÀ

SOMMARIO: 5.1. I problemi ancora aperti. – 5.2. Una situazione “fatale”? (Intermezzo sulla presunta “inevitabilità” dello *status quo*). – 5.3. Le prospettive. Un diverso ruolo dei “fatti” nei giudizi di costituzionalità? – 5.4. (*segue*) Prime linee metodiche per uno spartito argomentativo.

5.1. I problemi ancora aperti

Come si può facilmente notare anche da questo breve scorcio di sintesi, la giurisprudenza costituzionale non parrebbe finora riuscita a implementare uno schema d’applicazione delle clausole generali stabilmente uniforme e tantomeno idoneo a costituire una guida affidabile per il destinatario dei relativi precetti costituzionali, al punto da far dubitare che *rebus sic stantibus* possa parlarsi d’una compiuta “sistematica” giurisprudenziale delle clausole generali costituzionali.

Se eccettuiamo il caso del ‘buon costume’, insomma, anche sul piano costituzionale sembrerebbe trovar conferma l’assunto per cui «la prassi giudiziaria rimane spesso molto lontana dal minimo di giustificazione che occorrerebbe per una razionalizzazione accettabile della base valutativa della decisione. In questa situazione, la decisione fondata su uno standard rischia assai di frequente di es-

sere sinonimo di valutazione soggettiva, inconoscibile e quindi irrazionale»¹.

Certo, è opportuno non generalizzare troppo. Come ormai si sarà capito dalla lettura di queste pagine, le clausole generali hanno molti volti, di modo che quando ci si confronta con esse parrebbe sempre rischioso azzardare considerazioni di portata "universalizzante", tanto per provare a illustrarne (descrittivamente) le caratteristiche, quanto per valutare (traendone poi indicazioni prescrittive) i costi/benefici della loro presenza all'interno dell'ordinamento.

Per citare forse il caso più evidente – ed emerso con auspicabile chiarezza già in conclusione della sezione precedente (*supra*, Cap. IV) –, si dovrà guardare al loro aspetto *potenziale*, così come descritto dalla *letteratura giuridica*, oppure alla loro dimensione *attuale*, così come riscontrabile (per lo meno in un suo rilevante frammento) nella concreta attività della *giurisprudenza*? E ancora, gli assetti attestatisi nella seconda sarebbero in grado di "falsificare" i modelli elaborati nella prima oppure sarebbero questi ultimi a dover costituire il parametro per una revisione di orientamenti giudiziali ancora lontani da uno statuto di razionalità soddisfacente?

Si tratta, evidentemente, di quesiti la cui risposta è tutt'altro che ovvia, se non altro perché dietro di essi allignano proprio quelle impegnative pregiudiziali metodologiche – su tutte: *quid jus* ("vigente" o "vivente")? – che nel Capitolo introduttivo (*supra*, § 1.6.) si sono evocate solo per confessare di non poterle qui affrontare per davvero.

Ferma restando dunque tale non piccola "ipoteca" in capo a ogni discorso che si potrebbe in questo senso articolare, dai risultati dell'analisi sinora svolta sembrerebbero potersi trarre almeno *alcune* prime considerazioni, le quali se certamente non riuscirebbero a (né vogliono) rappresentare un'autentica conclusione per i ragionamenti intorno alle clausole generali costituzionali, forse potrebbero in qualche modo contribuire all'impostazione d'una futura, più proficua riflessione sul tema.

¹ M. TARUFFO, *L'argomentazione delle decisioni basate su standards*, cit., p. 343.

La prima osservazione che vien da formulare ripercorrendo la strada che ci ha portati fino a qui è che sulle clausole generali, e ancor di più sulle clausole generali costituzionali, aleggia ancora molta confusione.

Nella stessa letteratura che se n'è occupata, le loro caratteristiche (semantiche, strutturali, funzionali) non sono tuttora così chiare come sarebbe lecito auspicare. Anche le trattazioni più consapevoli in materia di clausole generali, peraltro, si sono il più delle volte dimostrate soltanto parziali, e pure nei rarissimi casi in cui s'è riusciti a offrire degli scorci di più ampio respiro non si è mai arrivati a definire una metodologia davvero univoca per la concretizzazione delle relative figure giuridiche.

Se si dovesse indicare quel che tuttora è assente anche nei migliori studi riservati al tema, sarebbe appunto quel "manuale per l'applicazione" delle clausole generali che ancora dev'essere scritto. In mancanza, del resto, non c'è più di tanto da stupirsi se le indicazioni metodologiche si rifugiano quasi per rassegnazione (ma con modalità fatalmente generiche) in riferimenti alla generale problematica interpretativa – soprattutto a quella dell'ermeneutica giuridica, che al modello delle clausole generali parrebbe addirittura (un po' circolarmente) ispirarsi – e alla connessa esigenza di un'adeguata argomentazione di supporto.

E la situazione non migliora certo se si considera che pure con riferimento alle relative tecniche argomentative non si va tanto oltre la vaga indicazione che esse, in coerenza col tipo di standard solitamente richiamato (col tipo di "valori" solitamente enunciati) dalle clausole generali stesse, dovrebbero essere di carattere "morale".

Un rilievo che parrebbe forse in grado di liberare l'interprete (e soprattutto il giudice) dall'onere di verifiche empiriche ritenute dai più troppo gravose, ma che del resto, se non adeguatamente specificato, non parrebbe offrire altro vantaggio se non appunto questa stessa "liberatoria", concessa però a quel punto senza reale contropartita.

Ciò spiega anche, almeno in parte, come del "fenomeno clausole generali" possano offrirsi delle letture tanto diverse, talvolta estremamente favorevoli, talaltra altrettanto scettiche, per quel che

attiene l'“opportunità” di un loro più ampio inserimento nel tessuto ordinamentale. Questo, per altro verso, consente di capire meglio come anche la giurisprudenza *neppure volendo* (cosa peraltro tutta da dimostrare) avrebbe potuto valersi d'un quadro teorico di riferimento sufficientemente chiaro e solido.

D'altro canto, se guardiamo appunto alla giurisprudenza (costituzionale), quest'ultima, oltre a non trovare una precisa modellistica da applicare, neppure parrebbe sinora riuscita ad implementarne una *autonoma*.

Essa ha piuttosto, complessivamente, mostrato d'utilizzare le disposizioni espressive di norme contenenti clausole generali più o meno come tutte le altre (e peraltro nell'unico caso – vale a dire il ‘buon costume’ – in cui s'è data una consapevolezza più specifica circa le modalità di funzionamento di queste figure il sospetto è che ciò sia avvenuto soltanto grazie alla sostanziale coincidenza con la medesima nozione di diritto legislativo).

Il risultato di tale complessivo misconoscimento è stato che, attese le segnalate particolarità delle norme inclusive d'una clausola generale, a risentirne sono state fatalmente le relative argomentazioni. Spesso apodittiche, queste ultime, come più volte s'evidenziava anche per mezzo della relativa analisi, non per una particolare “colpa” dell'organo di giustizia costituzionale – che anzi, guardando ai risultati nel loro complesso, ha mediamente mostrato buona sensibilità rispetto alle tematiche trattate –, ma, verrebbe da dire, proprio a causa d'una comprensione soltanto parziale dello strumento normativo che s'andava “maneggiando”.

Ne è originato, come pure si vedeva, un quadro alquanto disomogeneo e certamente attestante una lontananza spesso notevole fra la frequente “vulgata” *teorica* sulle modalità di funzionamento delle clausole generali (con le benefiche funzioni da esse svolte) e i *dati concreti* della pratica giuridica.

In questa chiave, allora, non parrebbe forse inutile concludere queste riflessioni con qualche elemento di *pars construens*, prolettica ad un uso (se non “corretto”, quanto meno) più trasparente delle norme contenenti una clausola generale. Per dirla ancora con Michele Taruffo, «di fronte a questa situazione, e ai rischi che essa implica, la funzione dell'analisi teorica non è dunque di razionaliz-

zare ciò che accade nella prassi, ma di costruire modelli alternativi e prescrittivi di razionalità giustificativa: può darsi che essi abbiano qualche influenza positiva sulla prassi giudiziaria; quanto meno, possono fornire strumenti razionali per criticarla»².

5.2. Una situazione “fatale”? (Intermezzo sulla presunta “inevitabilità” dello status quo)

L’ovvia, ma logicamente ineludibile premessa per questo tentativo, s’intende, è che la situazione sopra descritta, soprattutto per quel che attiene al versante giurisprudenziale, non sia uno stato strutturalmente “fatale”, di cui si dovrebbe soltanto prendere atto, senza tuttavia poter – ‘potere’ in senso talora *normativo*, talora *fattuale* – incidere sulle relative cause.

Le considerazioni qui di séguito, dunque, non avranno verosimilmente presa su tutti coloro che (più o meno consciamente) tendono a considerare le dinamiche in concreto attestatesi nella giurisprudenza o *di per sé* (normativamente) da giustificare oppure *comunque* (fattualmente) immodificabili da parte della scienza giuridica.

Il primo aspetto, a meno di non costituire una criptoformulazione della tesi secondo cui il diritto da studiare (o addirittura il diritto “vero”) sarebbe quello (e *solo* quello) d’origine giurisprudenziale, parrebbe risolversi in un (positivo) giudizio *di valore* sull’operato della giurisprudenza, (giudizio) che in sé non interessa qui discutere. Per quel che attiene ai “compiti” della dottrina, basti rilevare come in questa chiave essi si risolverebbero in una “riconduzione a razionalità” (di quanto accade a livello giurisprudenziale) che, nel caso specifico delle clausole generali, costituirebbe una sorta di “razionalizzazione *a posteriori*” dalla flebile valenza apologetica e di quasi nessuna utilità pratica.

Qualche appunto merita invece il secondo aspetto, che come vedremo è più insidioso, giacché parrebbe fondato (anche) su un

² M. TARUFFO, *L’argomentazione delle decisioni basate su standards*, cit., p. 344.

giudizio *di fatto*: cambiare (in tutto o in parte) l'attuale stato di cose, anche per quel che riguarda la giurisprudenza, *potrebbe* anche essere desiderabile, *ma è impossibile* (o comunque assai difficoltoso), *dunque* conviene (pur magari rassegnatamente) adeguarvisi al meglio, al più "contenendo" i danni.

Ne offrono un esempio assai calzante quelle posizioni che, in ordine all'eventualità per gli organi giurisdicenti di svolgere quelle analisi di tipo empirico-statistico che certe letture delle clausole generali parrebbero suggerire, finiscono per escluderla argomentando come i giudici sarebbero sostanzialmente "impossibilitati" ad effettuarle, per la loro scarsa preparazione al compito o per l'oggettiva complessità (e/o opinabilità) delle relative operazioni.

Tanto basterebbe, in questa particolare rivisitazione del *nemo ad impossibilia tenetur*, per mostrare anche nel caso delle clausole generali la *necessità* di farsi bastare le "intuizioni" del giudice che si faccia interprete della società e dei suoi valori (dei suoi criteri di giudizio). Né, del resto – si potrebbe aggiungere –, la cosa dovrebbe sconvolgere o preoccupare più di tanto, poiché a ben vedere questo altro non sarebbe se non un caso particolare di quel più ampio modello di "interpretazione rivolta all'applicazione" su cui da tempo ormai insistono le correnti dell'ermeneutica giuridica.

Non v'è modo qui, ovviamente, di confrontarsi in maniera compiuta con tali posizioni nei loro molteplici e specifici sviluppi. In particolare non v'è modo d'indagare l'effettiva utilità per la comprensione e, soprattutto, per la *razionalizzazione* della problematica delle clausole generali del modello interpretativo "ermeneutico", rispetto al quale comunque la discussione parrebbe spesso assumere toni "fumosi", scivolando talvolta, come è stato scritto ancora di recente, in una sorta di « *philosophia pigrorum*, al comodo schermo di "pregiudizi" e "precomprensioni", in cui può nobilitarsi qualsiasi decisione giuridica. Il gergo dell'ermeneutica gadameriana si offre docilmente a ogni uso, rifiuta tutti i problemi o, meglio, li annega nell'indistinta "fusione di orizzonti", in cui il piccolo io può sempre recitare una qualche parte. La precomprensione, che è concetto descrittivo di un dato fenomenologico, si è inde-

bitamente convertita [...] in concetto di metodo e criterio di indagine scientifica»³.

Sia come sia, certo è che anche l'intuizionismo – su cui tale modello almeno in larga parte parrebbe essere fondato e sul quale più ampiamente confiderebbero le posizioni di coloro che indicano nel giudice un diretto ed autonomo interprete della società – a sua volta non parrebbe aver goduto sempre di “buona stampa”.

Si è infatti osservato come «l'intuizionismo risulta una metaetica particolarmente controversa. Esso, infatti, è fondato da un lato su ipotetiche capacità intuitive degli esseri umani (che non vengono ulteriormente illustrate) e, dall'altro lato, sul concetto di autoevidenza delle verità matematiche (che si applicherebbe anche alle cosiddette “verità” morali). Orbene, mentre possono muoversi all'intuizionismo molte delle critiche rivolte al “naturalismo”, e in particolare quelle centrate sull'impossibilità logica di derivare un dover essere da un essere, deve notarsi che lo stesso concetto di “autoevidenza” è tutt'altro che unanimemente riconosciuto anche in campo matematico. Si è dimostrato, per esempio, che nel campo della logica e della matematica alcune di quelle che appaiono a prima vista delle “verità evidenti” si rivelano a un'analisi più attenta degli errori marchiani. [...] L'intuizionismo in campo metaetico conduce a una sorta di irrazionalismo romantico»⁴.

Al di là di tali considerazioni, comunque, il dato più significativo rimane che lo stesso assunto *fattuale* relativo alla sostanziale

³ N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., p. 103 s.

Sul punto cfr. già L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 77: «la precomprensione ha un valore euristico: serve ad aprire gli occhi al contenuto del testo, a mettere in moto il processo interpretativo fornendo un primo orientamento. Sarebbe un grave errore assumerla come guida che conduce l'interpretazione, attraverso la scelta dei criteri metodologici, verso un risultato già predeterminato dalle convinzioni del giudice su ciò che è giusto, ossia dalle sue prevenzioni ideologiche. L'interprete non deve abbandonarsi alle sollecitazioni della precomprensione, ma deve tematizzarla in consonanza col testo e per questa via “trarsi fuori dal pregiudizio”. Altrimenti egli “sottomette l'alterità del testo ai propri preconcetti”; e se il testo potesse rispondergli, parlerebbe come lo Spirito della Terra a Faust: “Tu somigli allo Spirito che tu comprendi, non a me!”».

⁴ Così M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 253. Cfr. *ivi*, p. 252 ss. per una più ampia ed esaustiva trattazione delle varie forme di “intuizionismo” in campo etico.

impossibilità per il giudice (e quindi anche per il giudice costituzionale) di ricorrere a indagini di tipo empirico per fondare adeguatamente le proprie decisioni parrebbe di per sé semplicemente *falso*.

A costo di ribadire cose ovvie o già sufficientemente note, ma evidentemente non ancora del tutto metabolizzate nella letteratura (soprattutto in quella costituzionalistica), va infatti sottolineato come delle verifiche empiriche, in diverso modo rivolte all'accertamento dei criteri di giudizio effettivamente diffusi all'interno della compagine sociale di riferimento, sono *già* state concretamente effettuate da organi giudiziari⁵. Il tutto, peraltro, apparentemente senza eccessivi patemi⁶ o quanto meno senza sollevarne di maggiori rispetto a quelli che ordinariamente derivano dalle decisioni giudiziali fondate sulle "intuizioni" del singolo or-

⁵ Manca qui la possibilità di effettuare *serie* indagini statistiche su *quanto spesso quali e quanti* organi giurisdicenti chiamati ad applicare clausole generali effettuino concretamente ricerche di tipo empirico per motivare le proprie decisioni (del resto, tali indagini statistiche parrebbero concettualmente superflue per confutare l'argomento dell'*impossibilità* da parte di un giudice a svolgere ricerche empiriche, giacché a ciò basterebbe tecnicamente anche *un* unico caso).

Ad ogni modo, anche uno spoglio superficiale della letteratura (tedesca) relativa al buon costume (*guten Sitten*) parrebbe attestare senza difficoltà come le ricerche empiriche vengano di fatto effettuate dalla giurisprudenza, sebbene poi essa non decida *esclusivamente* sulla base delle stesse. Cfr. H. DREIER, *Die "guten Sitten" zwischen Normativität und Faktizität*, cit., p. 142 ss. e relative note, nonché, più ampiamente, C. ARMBRÜSTER, § 138, in AA.VV. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil*, München, 2012, p. 1449 ss.

⁶ Interessante per le riflessioni che qui si svolgono parrebbe anzi l'accoglienza molto positiva riservata tanto dalla dottrina, quanto dalla cittadinanza alla nota sentenza, relativa all'esercizio della prostituzione, del Tribunale Amministrativo di Berlino del 1 dicembre 2000 (VG 35 A 570.99), una cui massima esplicitamente affermava come «per la definizione delle rappresentazioni di valore etico-sociali oggi riconosciute nella nostra società il giudice non può basarsi sul proprio personale sentimento morale e deve piuttosto procurarsi indizi obiettivi tramite metodi empirici; allo scopo, per concretizzare il contenuto [...] della 'immoralità' (*Unsittlichkeit*) può rendersi necessario raccogliere e considerare, oltre alla giurisprudenza, alla prassi delle autorità, all'eco dei media e (con limitazioni) ai rilievi demoscopici, anche le opinioni delle persone del settore e dei soggetti di rilievo pubblico dotati di legittimazione democratica».

Cfr. A riguardo C. GUSY, *Zur Zulässigkeit der Prostitutionsausübung*, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2001, p. 375 s.

gano giudicante rispetto ai valori a suo credere diffusi nella società o alle sue autonome argomentazioni “moralì”.

Qui non si tratta, ovviamente, di sponsorizzare troppo facili “entusiasmi” rispetto all’introduzione d’ulteriori paradigmi scientifici – ad esempio di quelli statistici o demoscopici – “altri” rispetto a quelli tradizionalmente giuridici, enunciando per l’ennesima volta l’ancillarità della scienza giuridica a qualche altra forma di sapere dalla quale essa dipenderebbe. Ciascuna di queste “importazioni”, infatti, implica sempre costi collaterali e s’accolla del pari il rischio di “reazioni di rigetto” che vanno entrambi, com’è giusto, adeguatamente ponderati.

Un conto però, all’interno di un ragionamento sulle clausole generali, è *discutere* i relativi modelli confrontandoli e soppesandoli criticamente insieme alle altre possibili soluzioni (spesso peraltro, come si vedeva, neppure particolarmente “esaltanti”). Altro conto è invece *occultarne in toto* la presenza o la percorribilità, descrivendo di fatto l’argomentazione semplicemente intuitiva o quella di tipo “morale” come le *niche* “candidate” pervenute. Non si vede, in altre parole, come questa “scotomizzazione delle alternative” possa offrire un buon servizio alla causa delle clausole generali e a quella d’una loro compiuta sistematizzazione in un quadro razionalmente accettabile.

5.3. *Le prospettive. Un diverso ruolo dei “fatti” nei giudizi di costituzionalità?*

Quanto ora s’è accennato, peraltro, non parrebbe privo d’agganci neppure all’interno delle riflessioni sul diritto costituzionale processuale, dove da tempo s’insiste sull’importanza dei “fatti” quali presupposto del giudizio della Corte⁷.

⁷ Sul possibile rilievo dei “fatti” nel giudizio di costituzionalità cfr. recentemente G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, *passim*, ma part. p. 153 ss. E cfr. *ivi*, p. 155, per l’osservazione circa l’accresciuta «consapevolezza che la natura dell’oggetto (norme legislative) e dei parametri (norme costituzionali) non esclude affatto il rilievo che gli aspetti materiali o, se si preferisce, “fattuali” possono avere all’interno del giudizio».

Se è vero, insomma, che la Corte avrebbe precocemente dimostrato una tendenza a «indagare sulle realtà di fatto sottostanti alla questione di costituzionalità»⁸ e se con specifico riferimento a clausole generali come la 'utilità sociale' o il 'buon costume' si osservava già quarant'anni orsono come la relativa «determinazione non può non avvenire che per via interpretativa, per mezzo di un riferimento decisivo alla realtà sociale»⁹, perché non considerare anche la possibilità d'utilizzare ai fini del giudizio di legittimità costituzionale quei particolari "fatti sociali" dai quali si potrebbero (argomentatamente) desumere i criteri di giudizio diffusi nel dato istante di tempo nella comunità di riferimento?

E se è vero che ancora di recente s'è sottolineato il «valore giuridico della scienza»¹⁰ quale presupposto "di fatto" utilizzabile all'interno del giudizio di costituzionalità, perché non prendere più seriamente in considerazione le metodologie pure di quella statistica e demoscopica, se del caso pure attraverso l'ammissione di idonei mezzi di prova¹¹, allorché – come probabile – i giudici costituzionali non si ritenessero da soli in grado d'individuare e interpretare correttamente tali "fatti sociali"?

L'ipotesi – peraltro non formulata qui per la prima volta¹² – d'utilizzare particolari forme di "perizia" come mezzo di prova per l'accertamento delle "regole sociali" cui le clausole generali potrebbero fare rinvio non è priva di insidie e suggerisce certamente cautela, soprattutto nella misura in cui per questa via l'organo di

⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, p. 99, dove pure si sottolinea come questo non potesse che comportare una compressione della discrezionalità legislativa.

⁹ A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1498.

¹⁰ Così S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 615.

¹¹ La cui ammissione è ora regolata dalle attuali Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate il 7 ottobre 2008 (Gazzetta Ufficiale 7 novembre 2008, n. 261), che così recitano all'art. 12: «la Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione».

¹² Cfr. già C.E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle "regole sociali"*, Milano, 1965, p. 486 ss.

giustizia costituzionale si potrebbe più facilmente celare dietro lo schermo di presunti “dati di fatto” quando invece si tratterebbe pur sempre di loro particolari “interpretazioni”.

Nondimeno, fra delle interpretazioni basate su “fatti sociali” accertati correttamente (o comunque attraverso un meccanismo noto e verificabile nelle sue metodologie e procedure) e la loro “intuizione” da parte della stessa Corte non si vede quali forti argomenti depongano a favore della seconda opzione¹³.

A tal riguardo, comunque, per più ragioni non parrebbe del tutto convincente l'osservazione formulata da Claudio Luzzati, secondo il quale «ogni perizia in questo campo va esclusa in nome del principio *iura novit curia* se [...] nelle valutazioni del costume richiamate dai concetti vaghi socialmente tipici si vedono non semplici fatti, bensì strumenti per qualificare giuridicamente i fatti. Qui il lavoro del giudice somiglia sotto molti aspetti alla rilevazione delle consuetudini. D'altra parte non si può pretendere che i giudici si trasformino in sociologi. Non ci si aspetta certo che essi posseggano competenze specialistiche, conducano inchieste o effettui indagini statistiche. Ai giudici si domanda, invece, quella capacità di comprensione intuitiva delle regole del costume che si sviluppa nella vita sociale»¹⁴.

¹³ Non comunque quello, valido semmai per i giudizi ordinari, della «rilevanza del costo di soluzione delle controversie» per i litiganti, giustamente segnalato da F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali*, cit., p. 383, là dove si osserva come «l'aggiudicazione in base ad uno standard, se fatta in maniera coscienziosa, è tendenzialmente più costosa dell'aggiudicazione in base a una rule, il giudice deve infatti tener conto di molti più parametri e fatti (da questo punto di vista, e al contrario di quanto molti sembrano pensare, lo standard è spesso idoneo a favorire la parte più forte che può permettersi migliori consulenze o perizie, piuttosto che la parte più debole)».

Va a tal proposito sottolineato, infatti, come la costituzione delle parti nel giudizio di legittimità costituzionale “in via d'eccezione” sia solo eventuale (vedi per tutti R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985), e come, per altro verso, la motivazione “coscienziosa” da parte della Corte quando essa debba applicare una clausola generale non si configura certo come un *optional* (l'argomento sopra riportato, infatti, potrebbe essere semmai ragione per non inserire clausole generali nei testi legislativi o costituzionali, ma non certo per evitare di argomentare scrupolosamente la loro applicazione).

¹⁴ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 326.

A tale impostazione, infatti, peraltro ampiamente conforme a quella che parrebbe l'opinione più diffusa tra gli stessi giuristi, sembrerebbe tuttavia potersi obiettare che se è vero che le valutazioni del costume non sono *semplici fatti* (nel senso in cui lo potrebbero essere, ad esempio, le prove processuali), bensì *strumenti per la qualificazione dei fatti*, ciò tuttavia non li rende neppure automaticamente equiparabili alle *norme* (giuridiche), alle quali il principio *iura novit curia* si riferisce.

Ad ogni buon conto, se anche si volesse ritenere che le *valutazioni* sociali – che qui, per comodità, *supporremo* coerente applicazione dei criteri di giudizio (= le regole) che le ispirano (cfr. *supra*, § 2.3.4.) – siano coperte da quest'ultimo (così che sarebbe esclusa la possibilità di ricorrere a dei periti per accertarle "interpretativamente"), tanto non varrebbe per i *fatti* sociali, che tali valutazioni potrebbero *indirettamente* comprovare.

Più in generale, il problema non parrebbe tanto quello che dal giudice *ci si aspetta*, ma di come l'operazione a lui "demandata" possa da un lato ritenersi *correttamente esperita* e dall'altro lato *adeguatamente argomentata*.

Ed è proprio quest'ultimo versante che, come più volte ormai s'è avuto modo di esporre, parrebbe forse suggerire un parco ricorso alle "intuizioni". Seppure molto di frequente imprescindibili ed esperite con variabile successo nella vita di tutti i giorni, esse (intuizioni) risultano per loro natura assai difficili da motivare in una dimensione intersoggettiva e per questo finiscono il più delle volte per generare quelle formule largamente apodittiche (non a caso) tanto spesso segnalate nell'analisi della giurisprudenza costituzionale sulle clausole generali.

È persino ovvio, in ultima analisi, supporre che *il comune consociato* – per orientare i propri comportamenti rispetto a quel che è socialmente utile, conforme a buon costume e così avanti – difficilmente potrà addentrarsi in puntuali analisi sociologiche e procederà viceversa con quell'intuitivo e generico "senso sociale" che compete a tutti gli esseri umani civilizzati.

D'altro canto, tale considerazione non dovrebbe certo portare a ritenere *eo ipso* incongruo di richiedere qualcosa in più (di questo) a un organo *giudicante* dello Stato, chiamato a risolvere con-

troverse spesso originate – appunto – da percezioni soggettive diverse (e magari contrastanti) da parte dei consociati, e che dovendo motivare le sue sentenze difficilmente potrà farlo in modo (davvero persuasivo e, soprattutto,) razionalmente accettabile meramente contrapponendo la *propria* intuizione a quella del consociato.

5.4. (segue) *Prime linee metodiche per uno spartito argomentativo*

Da tutto quel che s'è detto, emerge sempre come l'attività argomentativa rimanga l'autentico "fulcro" d'ogni sistematica delle clausole generali. Osservazione vieppiù esatta, come appena s'è visto, nella misura in cui queste ultime vengano esaminate nella loro dimensione giurisprudenziale, all'interno della quale – a differenza, ad esempio, del legislatore¹⁵, ma anche del consociato comune – ciascuna concretizzazione delle norme contenenti una clausola generale dovrà essere sempre pubblicamente motivata.

S'è cercato d'altro canto già più volte di porre in evidenza come, attesa la *necessità* d'argomentare e l'*importanza* dell'argomentazione, questo non significa che "tutto sommato" un'argomentazione valga un'altra, *whatever works*.

Non è considerazione certamente nuova, del resto, quella secondo cui «l'argomentazione non cerca di ottenere l'adesione ad una tesi soltanto perché vera. Una tesi può essere preferita ad un'altra perché sembra più equa, più opportuna, più utile, più ragionevole, più adatta alla situazione. In certi casi [...] si possono preferire valori diversi dalla verità»¹⁶. Ma non serve chiamare in causa tali estreme occorrenze – apparentemente compatibili coi presupposti della "topica"¹⁷, della "nuova retorica"¹⁸ o delle altre

¹⁵ Cfr. ad esempio *Corte cost.*, 7 marzo 1964, sent. n. 14, dove si osserva come «di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto».

¹⁶ C. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1979, p. 178.

¹⁷ Il riferimento è ovviamente a T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962.

"logiche del preferibile"¹⁹ – per comprendere come, anche nel caso delle clausole generali, non tutte le strade che portino poi a una decisione parrebbero vantare la medesima sicurezza.

Anche rimanendo all'interno delle varie teorie dell'argomentazione (non meramente persuasiva, bensì) "razionale"²⁰, infatti, s'è già tentato di spiegare, ad esempio, come una sentenza motivata attraverso un'argomentazione di tipo "morale" articolata dal singolo giudice a partire dalle proprie "intuizioni" circa i valori o i criteri di giudizio diffusi a livello sociale parrebbe dotata d'un livello di verificabilità/falsificabilità e di plausibilità ben diverso da quello della pronuncia che, viceversa, proponesse questi ultimi come il risultato di rigorose indagini empiriche.

Del resto, la stessa contrapposizione, ogni tanto adombrata, fra una via "empirica" e una via "argomentativa" per la concretizzazione delle clausole generali parrebbe in ultima analisi non necessitata e in prospettiva, auspicabilmente, da superare.

Il possibile ricorso a indagini empiriche, si torna a dire, non dev'essere inteso come un facile schermo dietro il quale sia dato ripararsi *fingendo* di far parlare altri al proprio posto. Se così fosse, avrebbe certamente ragione Giorgio Pino quando sostiene che «l'argomento della coscienza sociale *a*) è un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, che in realtà opera una selezione occulta dei parametri di valutazione tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale; *b*) dà luogo a decisioni non trasparenti; *c*) è uno strumento potenzialmente regressivo di interpretazione costituzionale»²¹.

Tali rischi, tuttavia, non parrebbero il portato *necessario* dell'utilizzo di metodologie empiriche per reperire nella società i

¹⁸ Cfr. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2001.

¹⁹ L'espressione è di G. FURNARI LUVARÀ, *La logica del preferibile. Chäim Perelman e la «Nuova retorica»*, Soveria Mannelli (CZ), 1995.

²⁰ Rispetto alle quali cfr. tutta la seconda parte della monografia di R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 139 ss., nonché più recentemente ID. *et al.*, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, *passim*.

²¹ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 139.

dati che consentano di ricavare i criteri di giudizio effettivamente vigenti in un dato momento storico, quanto piuttosto il risultato *contingente* d'una ricerca effettuata *in malafede* o con *incerta metodologia*. Il problema, insomma, non parrebbe tanto quello della figura del *giudice-sociologo* – odierna conferma dello sconcolato rilievo di Forsthoff per cui «allo stato di oggi si addice molto di più il tecnico che il giurista»²² – quanto del giudice che *s'improvvisi* sociologo (e che magari *si arresti* al, e si accontenti del, solo dato sociologico).

Problema, questo, del tutto comune *anche* a molti tentativi d'argomentazione “morale”, tant'è che ancora di recente è stato giustamente sottolineato proprio come «la giurisprudenza dovrebbe ritenersi tenuta, in forza dell'obbligo costituzionale di motivazione, a sciogliere più spesso le consuete *metafore morali*, dietro le quali occulta – magari forzata dall'urgenza di decidere – *gli schemi del ragionamento che orientano le sue decisioni e le ricostruzioni del sistema che realmente vi presiedono*»²³.

Se questo è vero, e se dunque il (vero) punto è di rendere più solida la costruzione (e più sicura la sua ri-costruzione *a posteriori*) dell'edificio motivazionale, gli aspetti della ricerca empirica e quelli dell'argomentazione “morale” (avente cioè ad oggetto dei valori o criteri di giudizio di tipo morale) sembrerebbero poter fruttuosamente *convivere*, insieme alle tradizionali problematiche giuridiche, in quella metodologia delle clausole generali che ancora attende la sua compiuta sistemazione.

²² E. FORSTHOFF, *Il giurista scomodo*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 76.

²³ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 62 (corsivo mio), prefigurando un “disvelamento” che potrebbe anche avere degli effetti in tutto o in parte inattesi, come sottolineato di recente da H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, in ID., C. SCHMITT, *L'enigma della modernità*, Roma-Bari, 2012, p. 15, là dove s'osserva che «anche i fenomeni di adattamento semantico producono conseguenze, in quanto tali e indipendentemente dal loro valore esplicativo storico – *prendere nuovamente alla lettera ciò che era stato espresso metaforicamente ha sempre fatto parte dei fraintendimenti che producono storia*» (corsivo mio).

Sull'importanza delle metafore all'interno del diritto e della scienza giuridica vedi ora F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010.

Le ricerche di tipo empirico, infatti, potranno fornire dati utilissimi in rapporto a come la comunità concretamente *si comporta* e semmai anche a come essa concretamente *valuta* le singole questioni, ma – come già si vedeva (*supra*, § 2.3.4.) – né i comportamenti, né le valutazioni rilevanti rispetto a un dato standard (etico, economico-sociale, estetico e via dicendo) costituiscono *direttamente* il criterio di giudizio espresso dallo standard. I comportamenti e le valutazioni riscontrabili a livello sociale saranno sempre e solo degli *elementi di prova*, o meglio quegli "indizi" che – se gravi, precisi e concordanti – *grazie alla* (e *attraverso la*) *attività di argomentazione morale* consentiranno poi al giudice di *risalire* (abduktivamente) da essi al possibile criterio di giudizio.

Quest'attività non si risolverebbe in una mera "registrazione" di quanto accade a livello sociale, ed eventualmente potrebbe anche portare a individuare un criterio di giudizio in apparente contrasto con quel che concretamente si verifica nella società, ad esempio qualora il giudice provasse che comportamenti e valutazioni empiricamente riscontrabili a livello sociale costituiscono "falsa applicazione" di quei criteri ritenuti validi dagli stessi consociati (supponiamo ancora il caso di una valutazione sociale effettivamente diffusa, ma basata su un presupposto di fatto falso).

Come si può notare, tuttavia, a differenza di quel che talvolta parrebbe d'intendere con riferimento al "coinvolgimento" e all'"impegno" etico della magistratura nell'attuale forma di stato, qui al giudice (anche costituzionale) sarebbe sì richiesto sempre di riflettere, di contribuire al ragionamento giuridico e d'argomentare ogni passaggio logico effettuato, ma non più a partire dalle *proprie convinzioni* etico-morali o dalle *proprie intuizioni* circa quello che avviene nella società.

Né, a ben vedere, la proposta parrebbe poi tanto scandalosa. In fondo, la predisposizione da parte della giurisprudenza di «concetti giuridici adeguati alla società»²⁴ parrebbe passare *anche* da una seria considerazione delle dinamiche *effettivamente* in essere all'in-

²⁴ Secondo l'espressione di N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 105 ss.

terno di quest'ultima e non si vede proprio come ciò potrebbe essere inteso come un possibile "svilimento" della funzione giudiziale.

Del resto, non bisogna dimenticare che la metodologia per la concretizzazione delle clausole generali, anche costituzionali, riguarda solo per una piccola parte questioni d'ordine empirico e si distende viceversa su molteplici livelli, taluni dei quali più propriamente giuridici, costituendo nel suo complesso una tematica sulla quale qui ci si dovrà limitare a dei cenni, ma che meriterebbe ben altri approfondimenti.

Limitandosi dunque soltanto ai passaggi argomentativi "minimi", nel processo di precisazione della singola (norma contenente una) clausola generale sembrerebbero potersi individuare *non meno di tre distinti snodi problematici*, ognuno dei quali meritevole in prospettiva di un'autonoma riflessione.

Il primo (1), che si colloca ancora all'interno d'una dimensione linguistica, parrebbe consistere in una rigorosa analisi del documento costituzionale per distinguere al suo interno non soltanto i termini e i sintagmi valutativi dalle altre espressioni linguistiche che valutative non sono – ciò che sarebbe già di per sé un eccellente risultato, escludendo in radice la sussistenza di possibili clausole generali –, ma che ulteriormente sia volta a distinguere tra loro le diverse *tipologie* di valutatività (dei termini o dei sintagmi).

Se come abbiamo visto la valutatività d'un termine (o sintagma) consiste nella sua caratteristica di poter essere efficacemente definito/compreso solo attraverso un ulteriore insieme di *regole*, infatti, soprattutto sul piano costituzionale parrebbe utile un'indagine semantica più approfondita relativa alla possibilità d'individuare il più possibile precisamente dette regole e la loro "coloratura contentutistica" già a livello dell'analisi delle *disposizioni*.

In altre parole, si tratterebbe d'una prima circoscrizione dell'indeterminatezza costituzionale, resa possibile dal fatto che «*anche enunciati che contengono termini valutativi e indeterminati sono in grado di fornire indicazioni agli interpreti*: un termine valutativo e indeterminato non può letteralmente significare *qualsiasi*

cosa: ad un testo normativo, in quanto testo, non si può far dire tutto»²⁵.

E se certamente parrebbe del pari «vero che in questi casi il dato testuale è spesso una guida insufficiente per l'interprete»²⁶, proprio in ragione di ciò questa prima, parziale terapia contro il diffusissimo "morbo" contratto da coloro che parrebbero ormai votati a vedere "valori" e "rinvii alla morale" anche nei più reconditi anfratti dell'articolato costituzionale dovrebbe poi essere necessariamente completata con la fase *propriamente interpretativa* delle formule linguistiche valutative.

Bisogna infatti ribadire come quel che s'è detto sulle caratteristiche delle clausole generali non implichi alcuna perdita d'importanza rispetto alla fase dell'assegnazione di significato al testo costituzionale (alla sua interpretazione "in senso stretto") nella parte in cui esso esprima un termine o sintagma valutativo.

La (corretta) interpretazione degli enunciati costituzionali esprimenti una clausola generale, infatti, parrebbe banalmente *necessaria*, se non altro per individuare lo standard (meta-giuridico) o gli standard (giuridici e meta-giuridici) potenzialmente richiamati dal termine valutativo. Parrebbe in altre parole ovvio che i termini valutativi, in quanto espressioni linguistiche indeterminate, pongano (anche) problemi linguistici, i quali devono essere preliminarmente affrontati e risolti (riducendo in termini accettabili l'indeterminatezza delle formule) per poter sperare di rendere concretamente operativa la (norma contenente una) clausola generale.

La questione, del resto, a suo modo era già stata posta (in chiave d'interpretazione giudiziale) da Temistocle Martines quand'osservava che «poiché uno dei termini di raffronto nei giudizi di legittimità costituzionale è dato dalla norma costituzionale, a noi sembra che la Corte, nel caso in cui il testo normativo superprimario contenga un "concetto indeterminato", dovrebbe preliminarmente assegnare un significato allo stesso per poi procedere, in funzione di questo significato, all'interpretazione del testo»²⁷.

²⁵ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 132 (primo corsivo mio).

²⁶ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 132.

²⁷ T. MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte*

Segnatamente in questa fase parrebbero acquisir rilievo – verosimilmente, più in negativo che in positivo²⁸ – anche le eventuali direttive metodologiche relative all’interpretazione del testo costituzionale, ovviamente vincolanti (nei limiti in cui lo fossero generalmente) anche per l’interpretazione dei termini in questione, onde sopperire almeno in parte con un’interpretazione seriamente contestualizzata alla minore “tecnicizzazione” dei termini espressivi di clausole generali (rispetto a quella solitamente riscontrabile con riferimento ai termini valutativi del diritto legislativo)²⁹.

costituzionale, cit., p. 174; e cfr. *ivi*, p. 175, per il rilievo delle conseguenze di tale mancato approfondimento interpretativo (il riferimento critico è all’uso della clausola della ‘utilità sociale’ ex art. 41 Cost.): «in presenza di formule costituzionali generiche, la Corte rinuncia a specificarne il significato, con la conseguenza che, non venendo meno la ipoteticità del testo, il termine di raffronto dato dal testo normativo costituzionale resta imprecisato. E poiché proprio questo termine di raffronto non può essere utilizzato nella sua pienezza, la Corte deve riconoscere un’ampia sfera di discrezionalità al legislatore e limitarsi ad accertare [...] “la manifesta costatabilità della rispondenza delle norme denunciate ai criteri e concetti metagiuridici richiamati in Costituzione”». Si noti, tuttavia, come qui Martines parrebbe riferirsi proprio a quel tipo di interpretazione “definitoria” (della formula ‘utilità sociale’) che – come abbiamo visto – mal si attaglia alle caratteristiche strutturali e semantiche dei sintagmi valutativi.

²⁸ Vale a dire più per *escludere* certe forme e certe procedure d’assegnazione di senso, piuttosto che *imporne* una specifica. Parrebbe questa anche l’indicazione che per certi versi si trae dal lavoro di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., p. 135, dove dopo aver esposto una serie di regole metodologiche per la significazione del documento normativo si conclude osservando che «si potrebbe forse obiettare – e spesso, peraltro, l’obiezione viene presentata come una sorta di lasciapassare per ogni genere di virtuosismo interpretativo – che le regole di cui sopra non costituiscono ancora una vera e propria “funzione matematica” per l’assegnazione di significato: sarebbe insomma non del tutto sviluppata la *pars construens*, come se da ciò discendesse la necessità di rigettare l’intera teoria. Tuttavia, a ciò sarebbe facile replicare [...] come già la funzione d’escludere una serie di comportamenti dal novero delle interpretazioni (o almeno di quelle corrette) diviene, allo stato, un risultato d’importanza semplicemente enorme».

²⁹ Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 129: «per le disposizioni costituzionali di solito è meno marcato il processo di tecnicizzazione cui gli interpreti sottopongono le clausole elastiche ed indeterminate degli altri settori dell’ordinamento, tecnicizzazione resa possibile esattamente dalla circostanza che in quegli altri settori le clausole elastiche si applicano a serie di casi abbastanza omogenee (e quindi è più facile che si presentino fattispecie ricorrenti, si formino prassi consolidate ecc.)».

Elevando una volta ancora a paradigma 'utilità sociale' di cui all'art. 41 Cost., si tratterebbe così ad esempio per prima cosa d'indagare – con una rigorosa analisi semantica della locuzione, e con una considerazione di quest'ultima il più possibile "sistematica" all'interno del contesto documentale in cui si viene a inserire – sui possibili insiemi di regole idonei a esprimere i criteri d'applicazione del concetto *de quo*, giungendo in questo modo all'individuazione di quello (o di quelli) che in precedenza s'è definito lo standard richiamato dalla clausola generale.

Ed è da sottolineare che, segnatamente in questa fase, la collocazione del termine valutativo nel documento costituzionale potrebbe far assumere al primo sfumature di significato diverse rispetto alla medesima formula che ricorra pure nel diritto legislativo, richiamando così standard dal contenuto non (completamente) sovrapponibile³⁰.

Una volta sciolto il problema dell'individuazione dello standard (e della scelta fra più standard, se potenzialmente plurimi), occorrerà poi interrogarsi anche sul criterio *concretamente* richiamato dalla 'utilità sociale' all'interno della *pluralità* ad essa *astrattamente* riconducibile all'interno dello standard.

In questo secondo snodo problematico (2), parrebbe porre apparentemente meno problemi il caso – in realtà tutto da approfondire (cfr. *supra*, § 3.5.2.3.) – dei criteri selezionabili all'interno dell'eventuale standard *giuridico* (anche se non necessariamente giuridico-*statale*), che allora saranno costituiti, appunto, da norme di qualche ordinamento giuridico (che direttamente o indirettamente qualifichino cosa debba intendersi per 'socialmente utile').

Maggiori complessità – concretamente riscontrate anche nell'analisi critica della giurisprudenza costituzionale – sembrerebbero poi sempre profilarsi nell'ipotesi di rinvio a uno standard *meta-giuridico*, come nel nostro esempio succederebbe qualora si ri-

³⁰ Per un recente esempio di come può essere articolata una simile ricerca, cfr. l'analisi di V. PACILLO, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano, 2012, *passim*, ma part. p. 132 ss., ove si propone un concetto di 'buon costume costituzionale'.

tenesse che la clausola ‘utilità sociale’ rinviasse all’insieme delle regole *etico-sociali* (riguardanti l’ambito dei rapporti *economici*).

Qui verosimilmente – viste appunto le *concezioni* spesse volte (almeno in parte) divergenti che insistono sui relativi *concetti* valutativi³¹ – l’interpretazione consentirà d’individuare solo una “costellazione” (pur limitata) di criteri di giudizio alternativi astrattamente esprimibili all’interno dello standard richiamato dalla clausola generale.

All’interno di tale pluralità, in assenza d’una norma legislativa che venga a sciogliere autoritativamente l’incertezza a vantaggio di una delle concezioni potenzialmente in concorrenza, sembrerebbe valere la generale presunzione di libertà (per tutto ciò che non è espressamente vietato) per il singolo. Qualora viceversa il legislatore intervenga, facendo propria una (o, come parrebbe più probabile, un “mix”) delle concezioni in competizione, la natura evidentemente “politica” di tale opzione (vincolante per il singolo) dovrebbe inibire alla Corte costituzionale la possibilità d’un intervento di “rettifica”³², fatta salva ovviamente la possibilità di dichiarare costituzionalmente illegittime quelle scelte legislative che si dimostrassero irrispettose dei casi paradigmatici di *qualunque* etica socio-economica (*supra*, § 3.6.4.)³³.

³¹ Cfr. ancora G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 127: «le disposizioni che codificano diritti fondamentali sono solitamente formulate in termini estremamente generici e indeterminati, e connotati in senso valutativo ed assiologico. E l’interpretazione di questi termini presenta alcune difficoltà: non sono termini tecnici, nel senso che non sono termini di cui esiste una precisa definizione all’interno del linguaggio giuridico; sono termini che rinviano in parte al linguaggio comune e in parte a valori etico-politici; in una società pluralista, il significato di tali termini può essere problematico perché i valori etico-politici cui essi rimandano sono inevitabilmente controversi. I problemi di interpretazione di queste disposizioni dunque spesso nascono da, e nascondono, profondi disaccordi filosofico-politici».

³² L’eterno pericolo che lo stato costituzionale di diritto si trasformi altrimenti in un oligarchia giudiziale è sottolineato ancora una volta da B. RÜTHERS, *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat*, in *JZ*, 2002, p. 365 ss.

³³ Qui il paragone con la problematica del bilanciamento parrebbe, ovviamente *mutatis mutandis*, pertinente e proficuo. Cfr. sul punto J.J. MORESO, *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2006, n. 6., p. 139: «i casi paradigmatici, reali o ipotetici, hanno la funzione di restringere l’ambito delle ricostruzioni ammissibili: sono ammissibili solo quelle ricostruzioni che ricostruiscono i casi paradigmatici adeguatamente. I casi paradigmatici costituiscono lo

Il terzo snodo problematico (3) parrebbe infine quello in cui, nel caso di rinvio a standard meta-giuridico, verrebbe in questione non tanto la traduzione del concetto (di 'utilità sociale', di 'buon costume' e via dicendo) in "formule di rinvio" (ad altri sistemi di regole), quanto piuttosto l'*accertamento* del suo *concreto contenuto* in un dato istante di tempo. È qui che sembrerebbe possibile collocare le più volte menzionate indagini empiriche quali *presupposto* per una successiva argomentazione avente ad oggetto valori (= criteri di giudizio).

Sul punto si sono già spese molte parole e non è il caso d'attardarsi ancora, salvo ricordare come l'accertamento qui in discorso – dipendendo da (anche se non coincidendo con) una serie di elementi (ad esempio, le valutazioni sociali) non astrattamente predeterminabili "una volta per tutte", legati al progressivo mutare dell'assetto socio-economico nel corso del tempo – sembrerebbe in teoria da effettuare *ex novo* per ciascuna decisione non sostanzialmente coeva alle precedenti sul medesimo oggetto (o quanto meno bisognerebbe argomentare esaurientemente perché, nel caso, tale accertamento non venga effettuato).

Pur infatti restando invariata la "formula" che consentisse di definire, attraverso il rinvio a criteri di giudizio (in tutto o in parte) meta-giuridici, cosa sia in astratto 'socialmente utile', ciò che oggi in concreto risulta (o viene percepito come) socialmente utile, po-

sfondo, spesso inarticolato, su cui ha luogo il ragionamento pratico. Inoltre, il dibattito che esiste in Spagna e in Germania circa il significato delle clausole costituzionali che autorizzano il legislatore a sviluppare i diritti fondamentali con il limite del rispetto del loro *contenuto essenziale* forse può essere inteso così: il legislatore può sviluppare legislativamente il contenuto di un diritto sempre che tale regolamentazione non escluda dall'esercizio del diritto i casi che giudichiamo paradigmatici. Un caso paradigmatico di conflitto tra diritti sarebbe ad esempio quello dell'editore che distribuisce giornali con antrace: una disciplina legislativa che non permettesse di proteggere in questo caso il diritto all'integrità fisica contro la libertà di informazione sarebbe, a mio giudizio, incostituzionale. Ora, nello [stato] di indeterminatezza, in tutti quei casi in cui non sembrano esserci ragioni definitive a favore dell'una o dell'altra soluzione, ad esempio quale debba essere l'ambito della protezione dell'intimità contro l'intrusione dei mezzi di comunicazione, o nell'ambito della *Drittwirkung*, mi sembra ragionevole affidare la specificazione e lo sviluppo di questi diritti al potere legislativo. Si tratta di quello che potremmo chiamare *l'argomento del valore espressivo della democrazia*».

trebbe domani risultare (percepito come) socialmente dannoso e dunque la relativa norma parrebbe necessariamente da ri-declinare *nel suo specifico contenuto normativo* – vale a dire per quel che attiene l'esatto contenuto della fattispecie – *ogni volta* che dovesse essere applicata.

Non ci si nasconde che l'onere motivazionale richiesto per giustificare le scelte esplicitate nei passaggi ora riassunti potrebbe essere percepito come assai *impegnativo* o addirittura *eccessivo*, e forse strapperà un sorriso a tutti coloro i quali ritengano in sé velleitario auspicare dalla giurisprudenza un ripensamento rispetto a prassi e stilemi argomentativi ormai da tempo attestatisi senza che se ne generassero cataclismi.

Eppure, al tempo stesso, parrebbe difficile negare che senza una *seria e razionale argomentazione* di *ciascuno* degli snodi problematici ora menzionati l'uso delle clausole generali costituzionali rischierebbe ancora una volta da una parte di regredire a semplice “*decisione*” (più o meno “politica”), e dall'altra di negare da ultimo la loro stessa funzione.

È stato scritto che «il diritto sussiste *per* la realtà sociale e *in seguito ad essa*. Perciò non può non cogliere nei suoi concetti, istituti e forme, la realtà della vita sociale nei suoi contenuti, trasformandola poi giuridicamente (e configurandola normativamente). Le figure concrete del diritto debbono in certo modo *svilupparsi* dalla realtà della vita sociale, non per ritrarla semplicemente, ma per essere ad essa adeguate e quindi potere intervenire per conservarla o modificarla»³⁴.

Non v'è dubbio che Costituzione e clausole generali, nella loro reciproca interazione che qui si è almeno in parte cercato d'illustrare, possano avere qualcosa di significativo da dire in proposito. Ma, sembrerebbe doversi aggiungere, *a ben precise condizioni*.

Se infatti la Costituzione – come è stato detto – parrebbe nella sua interezza strutturalmente concepita “per durare”³⁵ e se le clau-

³⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2007, p. 21.

³⁵ Cfr. A. BALDASSARRE, *Relazione*, cit., p. 196: «non è una definizione da prendere alla leggera quella del famoso giudice Marshall quando scrisse proprio di

sole generali al suo interno parrebbero garantire *al massimo livello*, proprio per la loro struttura, segnatamente quella capacità d'adeguamento e d'adeguatezza alla società *reale* sulla quale pure le relative norme insistono, credo sia del pari ragionevole concludere che tale adeguatezza non possa essere meramente *presunta*, ma che necessiti invece d'essere sempre pienamente "*dimostrata*" (quanto meno nelle forme "umane" d'una paziente e meticolosa opera d'impegno argomentativo razionale).

Prendere sul serio le clausole generali, in altri termini, parrebbe l'unico modo per assicurare *davvero* alle relative norme della Costituzione la loro presa sulla realtà e garantirne così credibilmente (insieme e grazie alla loro effettività) una vita se non "eterna", quanto meno – se mi si passa la metafora – sufficientemente "lunga e prospera", venendo forse insieme a costituire il solo, parziale antidoto per quella visione secondo cui «la storia, considerando le norme come "creature del tempo" [...] e così piegando il metodo a servizio del precario e dell'effimero, tutto relativizza e immerge nella caducità»³⁶.

uno dei giudizi fondativi del giudizio di costituzionalità che "noi giudici dobbiamo considerare che le costituzioni sono scritte per l'eternità". Ovviamente era una frase enfatica, ma per dire esattamente questo, che la costituzione ha una relativa indipendenza dal tempo, è qualcosa che viene pensato per il lungo periodo».

Vedi anche M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1656 s.: «la decisione costituente è tale (e cioè propriamente costituente) solo se si pone come fondativa di un nuovo ordine, ma non vi è ordine se le prescrizioni dell'atto costituente sono effimere e se non vi è aspirazione all'(umanamente) eterno».

³⁶ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 61.

MAPPA DEL LIBRO

Il **Capitolo I** si prefigge dichiaratamente il compito (§ 1.) di rendere il lettore avvertito delle principali cause di confusione e fraintendimento terminologici e concettuali che contraddistinguono molte delle riflessioni sulle “clausole generali”. Un primo motivo di possibile equivoco (§ 1.1.) è la mancata distinzione, all’interno d’un “discorso sulle clausole generali”, fra la *fenomenologia giuridica concreta* (dunque le singole parti di norma che possono essere chiamate ‘clausole generali’: il ‘buon costume’, la ‘utilità sociale’, il ‘danno ingiusto’ e così avanti) e la *categoria concettuale* ‘clausole generali’, la quale ultima si mostra appartenere al linguaggio non del legislatore, bensì della c.d. dottrina giuridica (dei giuristi positivi e dei teorici del diritto).

Il linguaggio della dottrina, quando si riferisce alle “clausole generali”, in apparenza sembrerebbe limitarsi a *descrivere* (§ 1.2.) parti di norme accomunate da alcune caratteristiche condivise (la particolare indeterminatezza della fattispecie, il rinvio al meta-giuridico, la necessità di ricorrere alla “integrazione valutativa” per poterle applicare ecc.), le quali ultime fungerebbero da criterio di qualificazione valido a distinguerle da altri “elementi normativi” che di tali caratteristiche risulterebbero privi.

Tuttavia, un elemento di difficoltà consiste nel fatto che talvolta la dottrina non parrebbe limitarsi a descrivere certe fenomenologie normative col proprio discorso, utilizzando piuttosto quest’ultimo, anche nel caso delle “clausole generali”, a scopi *prescrittivi* (§ 1.3.). In questo senso, la qualifica di una norma come

inclusiva d'una "clausola generale" potrebbe non derivare dalla semplice osservazione delle caratteristiche della proposizione normativa in sé considerata, riscontrabili "a valle" al séguito di un'asettica analisi semantica della relativa disposizione, ma essere piuttosto il frutto di un'opzione interpretativa effettuata "a monte" e volta a "dotare" la norma di determinate caratteristiche.

Ulteriori problemi sono posti dalla "convenzionalità" del significato assunto dalla locuzione 'clausole generali' all'interno del discorso della dottrina. La nozione (*i.e.*, l'uso che di tale formula si effettua in dottrina) non è univoca (§ 1.4.) e dunque sotto la *stessa rubrica* ('clausole generali') può capitare che singoli giuristi o teorici del diritto si riferiscano a *fenomenologie* normative in tutto o in parte *differenti*. Specularmente (§ 1.5.), può capitare che la *medesima fenomenologia* venga chiamata con *nomi diversi* (non 'clausole generali', bensì 'norme elastiche', 'concetti giuridici indeterminati', 'concetti valvola' ecc.).

Da ciò parrebbe emergere l'esigenza di un'analisi che da una parte vada al di là dell'aspetto nominalistico, cogliendo caso per caso analogie e differenze nella realtà normativa di riferimento, e dall'altra parte si prefigga un ordinato procedere metodologico rispetto alle inevitabili scelte stipulative da effettuare per definire l'oggetto dello studio (*i.e.*, per definire convenzionalmente la nozione di 'clausole generali' da adottare).

Segnatamente in questo senso è da intendere il tentativo (§ 1.6.) di circoscrivere in termini accettabili fin dalle prime battute l'inevitabile gioco di reciproci "rimandi" fra la tematica delle "clausole generali" e quella della "interpretazione giuridica" (e costituzionale in specie). Qui si evidenzia già *in apicibus* come il tema delle "clausole generali" non soltanto, per un verso, parrebbe porre problemi d'interpretazione peculiari, tendenzialmente estranei alle norme che "clausole generali" non contengano, ma che, per altro verso, certe impostazioni in tema d'interpretazione giuridica finirebbero per privare un'analisi espressamente dedicata alle "clausole generali" della sua autonoma specificità.

L'opzione, dichiaratamente convenzionale, di muoversi tendenzialmente sui binari tracciati dal modello della teoria interpretativa "eclettica" (e non, ad esempio, sulla base d'un approccio

“ermeneutico” o marcatamente “scettico”), non si presenta tuttavia come una pregiudiziale teorica (assoluta), ma viene soltanto argomentata (in senso relativo) come la conseguenza strumentale della scelta d’un certo tema di ricerca.

Tali premesse portano allora (§ 1.7.) alla proposta di una prima definizione operativa di ‘clausole generali’ come specifiche parti di norma, riconducibili a elementi di espresse disposizioni normative adottate dal legislatore. Ne consegue l’esclusione stipulativa dal dominio dell’indagine di tutte le eventuali “clausole generali” prive di disposizione (“apocrife”), frutto *esclusivo* delle interpretazioni di giudici e giuristi.

Il **Capitolo II** affronta la tematica delle clausole generali nella trattazione offertane dai giuristi positivi di diritto “comune” (soprattutto gius-privatisti) e dai filosofi/teorici del diritto, a partire dalla constatazione (§ 2.1.) secondo cui proprio nel diritto subcostituzionale si sarebbe sviluppata la relativa fenomenologia normativa, che solo con la Costituzione di Weimar del 1919 avrebbe avuto (parziale) accesso al diritto pubblico/costituzionale.

A partire da una realtà alquanto disomogenea studiata dalla dottrina sotto il comune nome di ‘clausole generali’, dall’analisi delle norme accomunate da tale rubrica parrebbe storicamente emergere soprattutto le caratteristiche, imputate alle relative norme, di garantire un certo grado d’adeguamento, da parte dell’ordinamento giuridico, alla mutata realtà economico-sociale. Meno chiari sembrerebbero viceversa le tipologie e le modalità di tale adeguamento, nonché i soggetti deputati a porlo efficacemente in essere.

Alla ricerca degli elementi tradizionalmente riconnessi, in dottrina, alla fenomenologia delle “clausole generali” (§ 2.2.), ci s’imbatte anzitutto con la loro descrizione in termini di “tecnica legislativa” (§ 2.2.1.). Più in particolare, le clausole generali costituirebbero una specifica tecnica legislativa di costruzione della fattispecie normativa che si caratterizzerebbe per contrapposizione al metodo casistico, o di redazione “tassativa” della medesima (fattispecie). Le clausole generali implicherebbero dunque una descrizione soltanto “generica” o “riassuntiva” di quegli elementi al ricorrere dei

quali nel "mondo dei fatti" si verificherebbe la conseguenza prevista dalla norma nel "mondo del diritto".

Questo porta all'individuazione (§ 2.2.1.1.) d'alcuni primi possibili "sottotipi" della nozione di clausola generale quale tecnica legislativa di costruzione della fattispecie: quella di fattispecie generica, o altamente indeterminata (C.G. n. 1), sviluppata per contrapposizione con le fattispecie analitiche, tassative e determinate tradizionalmente tipiche del (o quanto meno auspiccate dal) diritto penale; quella di elemento della fattispecie dalla funzione espressamente "estensiva" d'una o più categorie "esemplificative" menzionate nella stessa fattispecie (C.G. n. 2); quella, infine, di "norma a fattispecie aperta" in cui detta "apertura" della fattispecie, pur riconducibile a un elemento espresso della disposizione, parrebbe dipendere in un senso più forte dall'*interpretazione* di quest'ultima (C.G. n. 3).

La caratterizzazione delle clausole generali *esclusivamente* per mezzo di una tecnica "non tassativa" di costruzione della fattispecie, tuttavia, per quanto talvolta ancora ricorra in letteratura, si segnala mediamente come recessiva (§ 2.2.1.2.). Per avere una clausola generale in senso stretto, infatti, sarebbe necessaria nello specifico la presenza all'interno della fattispecie normativa di *concetti valutativi*, i quali garantirebbero l'apertura della relativa norma a valori meta-giuridici (o comunque meta-legislativi).

Proprio tali concetti valutativi – che appunto richiederebbero all'interprete valutazioni più o meno incisivamente imparentate con giudizi di valore – sarebbero indicati in letteratura, come la fonte della peculiare indeterminatezza che parrebbe contraddistinguere le clausole generali (§ 2.2.2.), la quale a sua volta sarebbe necessariamente da distinguere da altre fenomenologie linguistiche ricorrenti nel discorso giuridico.

Non parrebbe rilevare in modo specifico la caratteristica dell'ambiguità (§ 2.2.2.1.), normalmente indicata come la possibilità di un termine, un sintagma o un enunciato d'esprimere, nelle circostanze d'enunciazione date, non già un *unico* significato, ma una *pluralità di significati* fra loro diversi e tuttavia egualmente ammissibili. E neppure sembrerebbe cogliere l'"essenza" dei termini valutativi la vaghezza comune (§ 2.2.2.2.), vale a dire la caratte-

ristica dei significati di non consentire in “casi di confine” più o meno numerosi d’individuare con certezza se il dato “oggetto del mondo” rientri o meno nell’ambito applicativo di un’espressione linguistica. Tale diffusissima forma d’imprecisione del linguaggio, presente in un certo grado in pressoché tutti i termini o sintagmi, certamente parrebbe essere propria *anche* delle formule solitamente ricondotte alle clausole generali, ma non sembrerebbe tuttavia definire il tratto *caratterizzante* della loro indeterminatezza.

Quest’ultimo si potrebbe viceversa più fruttuosamente identificare nella c.d. “vaghezza da rinvio” (§ 2.2.2.3.), che consisterebbe in quella caratteristica, propria appunto dei termini “valutativi”, di non poter essere “spiegati” per il tramite di semplici definizioni, imponendo piuttosto il ricorso ad ulteriori insiemi di regole per specificare i propri criteri di applicazione. Ciò che, in altre parole, contraddistinguerebbe un sintagma valutativo, come ad esempio ‘buon costume’, sarebbe da una parte l’inutilità di definirlo “per equivalente” con formule d’analogo significato come ‘buona creanza’, e dall’altra parte la necessità di ricorrere piuttosto all’insieme delle regole del costume per poterlo concretamente dotare di un riferimento.

Ulteriormente si viene a chiarire come, nel caso dei concetti valutativi identificabili con le clausole generali, le regole idonee a costituirne i criteri di applicazione sono sempre potenzialmente *anche* meta-giuridiche (sebbene in certi casi è possibile che in concreto l’indeterminatezza sia sciolta attraverso il ricorso ad altre regole giuridiche) e plurime (così che sarebbe sempre possibile declinare il contenuto concreto delle clausole generali secondo una molteplicità di parametri di giudizio).

Il tratto caratteristico delle clausole generali in senso stretto (C.G. n. 4) viene dunque così individuato nel loro essere quegli elementi della fattispecie normativa, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretabili come concetti i cui criteri d’applicazione non possano determinarsi che per il tramite di parametri di giudizio – quanto meno potenzialmente desumibili da un qualche insieme di regole meta-giuridiche (di solito sociali o del costume) – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione fra loro.

Sebbene talvolta le espressioni 'standard' (o 'standard valutativo') e 'clausola generale' siano considerate equivalenti in letteratura, per una maggiore analiticità si è stipulato (§ 2.2.3.) d'intendere per 'standard' l'insieme dei criteri di giudizio (= regole) della tipologia richiamata dalla singola clausola generale per il tramite dei termini valutativi. Tali standard, tradizionalmente individuati come insiemi di valori o valutazioni sociali o comunque sempre meta-giuridiche, parrebbero viceversa poter essere composti anche da regole giuridiche (§ 2.2.3.1.), seppure mai esclusivamente da esse.

Ulteriore caratteristica degli standard parrebbe quella di comprendere delle regole, (dei criteri di giudizio) dal contenuto non soltanto diacronicamente mutevole, ma anche dipendente, almeno in una certa misura, da giudizi di valore soggettivi (§ 2.2.3.2.). Proprio tale caratteristica implicherebbe la strutturale molteplicità dei criteri di giudizio rinvenibili all'interno di un medesimo standard per qualificare (in modo potenzialmente differente) le diverse condotte umane. E sempre sulla base di questa qualità si viene a precisare come, sebbene gli standard cui le clausole generali effettuano rinvio non parrebbero soltanto di carattere etico-morale (potendosi individuare ad esempio anche standard economico-sociali ed estetici), la qualifica di 'standard' per l'insieme delle regole tecnico-scientifiche potrebbe viceversa risultare più dubbia.

Di séguito (§ 2.2.3.3.) si prende in esame e si prova a interpretare la teoria (Mengoni) che intende gli standard come direttive, negandone la natura di rinvii recettizi. Rigettando l'idea che tale dottrina voglia semplicemente descrivere un'accresciuta discrezionalità acquisita dal giudice nelle istanze d'applicazione delle clausole generali, una sua possibile lettura potrebbe essere quella per cui il semplice rinvio allo standard, in ragione della strutturale pluralità di criteri di giudizio contenuti in quest'ultimo, non potrebbe mai consentire un'applicazione "meccanica" della norma contenente una clausola generale. Ulteriormente, spesso il criterio di giudizio alla luce selezionato all'interno dello standard parrebbe imporre al giudice uno sforzo ulteriore di generalizzazione per poter essere sensatamente applicato anche ai futuri casi simili.

La procedura di concretizzazione delle clausole generali (§ 2.3.) si qualifica anzitutto per differenza specifica rispetto alla tematica generale dell'interpretazione giuridica (§ 2.3.1.). Di quest'ultima, la prima condivide tutte le problematiche, alle quali tuttavia ne aggiunge altre tipicamente proprie. La prima è il riconoscimento di un termine o di un sintagma come "valutativi" (§ 2.3.2.), vale a dire il riconoscimento del loro poter essere efficacemente definiti soltanto attraverso un ulteriore insieme di regole. La seconda è appunto la ricerca di questo sistema di regole, operazione che consiste nell'individuazione dello standard. D'appresso, all'interno dello standard così individuato, si tratterà (§ 2.3.3.), attesa la pluralità di criteri di giudizio (= regole) in esso sempre riscontrabili, di "scegliere" un unico criterio di giudizio all'interno di detta pluralità, così da poterlo far "reagire" col caso concreto. Una volta scelta la regola che costituisce, nell'ipotesi concreta da risolvere alla luce della clausola generale, il criterio di giudizio, si tratterà poi (§ 2.3.4.) di "declinarlo all'oggi", indagandone il contenuto concreto *attuale*. Operazione, questa, che implicherà da una parte di risalire dai comportamenti e dalle valutazioni sociali al retrostante criterio di giudizio, e dall'altra parte vincolerà l'interprete ad effettuare tale operazione, tendenzialmente, ogni volta d'accapo, dovendosi nel caso delle clausole generali ritenere molto attenuata l'efficacia dei precedenti.

A fronte di tali premesse, il profilo probabilmente più impegnativo in connessione con le clausole generali si segnala dunque essere quello dei controlli e dei limiti relativi alla loro concretizzazione (§ 2.3.5.). I primi (controlli) parrebbero, allo stato, legati soprattutto alla motivazione di ciascuno dei passaggi problematici evidenziati in precedenza e alla capacità dei "casi paradigmatici" di falsificare le ricostruzioni più implausibili, quelle cioè alle quali manchi la compatibilità con *ciascuno* dei possibili criteri di giudizio rinvenibili all'interno dello standard. I secondi (limiti) sembrerebbero legati da una parte, in generale, al rispetto delle regole metodologiche e giuridiche per la significazione dei documenti normativi, e dall'altra, per le clausole generali di diritto comune, soprattutto alla compatibilità con le norme e i principi costituzionali.

Spesso accostati alle clausole generali per il tratto comune di un'accresciuta discrezionalità guadagnata dal loro interprete istituzionale, costrutti giuridici limitrofi come "equità" e "discrezionalità" parrebbero tuttavia da esse (clausole generali) utilmente distinguibili (§ 2.3.6.). Il giudizio di equità sembrerebbe infatti puntare alla realizzazione della giustizia nel caso concreto, per il tramite d'una decisione la cui *ratio* sarebbe dichiaratamente non generalizzabile. I concetti di discrezionalità, dal canto loro, oltre ad essere collocati elettivamente nella conseguenza normativa (a differenza delle clausole generali che, come si è visto, sono collocate nella fattispecie), parrebbero vedere come destinatari esclusivi il giudice o il funzionario della pubblica amministrazione, laddove le clausole generali si rivolgerebbero viceversa ai comuni consociati.

Proprio il rilievo da ultimo effettuato consentirebbe di revocare in dubbio quelle prospettive che vedono le clausole generali come "norme di delegazione", vale a dire come mandati che il legislatore avrebbe deciso di conferire ai giudici per il raggiungimento di ideali di giustizia (§ 2.4.). L'idea d'una delega in bianco agli organi dell'applicazione parrebbe da una parte smentita dalla struttura stessa delle clausole generali, configurandosi al più come la conseguenza di opzioni "giusrealistiche" in teoria del diritto (§ 2.4.1.). Dall'altra parte essa (idea) parrebbe basata sul fraintendimento della dottrina di Kelsen sulla delegazione riconnessa all'indeterminatezza intenzionale propria di alcune norme dell'ordinamento (§ 2.4.2.).

Tutto questo porta ad argomentare come poco feconda la limitazione dell'orizzonte soggettivo delle clausole generali ai soli soggetti istituzionali, e in particolare ai soli giudici, i quali ultimi (anche nel caso delle clausole generali) risulteranno sì fondamentali per il giurista, ma non a causa di "esclusive" in loro possesso quanto all'intendimento e all'applicazione delle clausole generali, bensì principalmente per via della pubblicità delle loro decisioni (§ 2.4.3.).

Le clausole generali non sono state soltanto oggetto di *analisi* da parte della dottrina, ma anche di *valutazioni* – più o meno favorevoli a seconda dei punti di vista – in merito alla loro utilità e alla loro desiderabilità negli attuali ordinamenti (§ 2.5.). Un tempo in-

dicare come elementi “di rottura” col modello positivistico e tendenzialmente incompatibili con i suoi ideali, parrebbe proprio il mutamento maturato in area positivistica negli ultimi anni a mitigare i motivi di contrasto, riducendo la questione non più all'*an*, ma semmai soltanto al *quantum* di adattabilità richiesta per ogni sistema giuridico e al modo con cui realizzarla (§ 2.5.1.). Specificamente su quest'ultimo aspetto si segnala come perdurino ancor oggi sensibili differenze d'opinione, legate tuttavia per lo più non tanto alle oggettive caratteristiche delle clausole generali e dei relativi percorsi di concretizzazione, bensì alla maggiore o minore fiducia nei soggetti (ancora i giudici) comunemente concepiti come loro applicatori privilegiati (§ 2.5.2.).

In linea di massima, all'interno della letteratura che s'è occupata di clausole generali, parrebbero individuabili “stagioni” di diverso segno (§ 2.5.3.). Ad un periodo di iniziale diffidenza, dove le clausole generali furono considerate al più un “male necessario”, è seguito un periodo in cui si è valutata positivamente la loro capacità di “assorbimento del reale” e di “conferimento di plasticità” all'ordinamento giuridico in aderenza continua e strutturale alle mutevoli valutazioni sociali. In prospettiva, tuttavia, proprio il presupposto di fatto sul quale parrebbe basarsi l'efficienza dello strumento di politica del diritto costituito dalle clausole generali – vale a dire la relativa uniformità e la pronta riconoscibilità dei valori diffusi a livello sociale – parrebbe vacillare all'interno delle c.d. “società pluraliste”, ponendo il problema d'un possibile anacronismo delle stesse clausole generali (§ 2.5.4.).

Conclusivamente (§ 2.6.) si riepilogano le diverse nozioni di clausole generali individuate all'interno del Capitolo e si riassume la pluralità di statuti e di problemi ad esse collegata.

Il **Capitolo III** da principio riprende (§ 3.1.) la problematica dell'assenza di una riflessione specificamente costituzionalistica sulla categoria delle clausole generali e ne individua le verosimili cause da un lato nella più difficile riscontrabilità nel caso delle norme costituzionali, della loro diretta applicabilità ai rapporti interprivati (*Drittwirkung*) da parte degli organi giudiziari, e dall'altro lato nell'interesse della letteratura costituzionalistica per figure al-

meno in parte consimili, in cui le clausole generali potrebbero risultare "disperse".

Di séguito (§ 3.2.) si mettono preliminarmente in relazione i concetti di 'clausola generale' precedentemente individuati con le caratteristiche proprie del linguaggio costituzionale e in questa chiave si segnala (§ 3.2.1.) l'eccessiva genericità della nozione di clausola generale come norma altamente indeterminata (C.G. n. 1) e la scarsa pregnanza della nozione di clausola generale come norma analogicamente estensiva (C.G. n. 2). Diverso si rivela il discorso sulla nozione di clausola generale come norma a fattispecie aperta (C.G. n. 3), la quale tuttavia si segnala come meritevole di uno specifico approfondimento non tanto per le sue qualità linguistiche, ma per la sua origine specificamente (o quanto meno prevalentemente) costituzionalistica.

Decisamente più feconda si palesa invece (§ 3.2.2.) la nozione di clausola generale "in senso stretto" (C.G. n. 4) individuata in precedenza, la quale da una parte già sul piano linguistico consente di distinguere espressioni che, pur rinviando al metagiuridico, non contengono termini o sintagmi valutativi (necessari perché si abbia una clausola generale), e dall'altra parte permette di tenere nella dovuta considerazione anche l'aspetto interpretativo. L'interpretazione del termine o del sintagma valutativo, infatti, dovrà pur sempre rinviare a uno standard all'interno del quale sia riscontrabile una pluralità di criteri di giudizio (= regole), sulla base dei quali qualificare la condotta umana (§ 3.2.3.): ciò che consente di distinguere ulteriormente le clausole generali da tutti quei rinvii costituzionali, tanto alla dimensione giuridica quanto a quella metagiuridica, che tuttavia non ammettano una qualificazione secondo *più* criteri di giudizio.

Di séguito (§ 3.2.4.) si effettuano alcune riflessioni ulteriori sul rapporto fra clausole generali e costrutti indeterminati interpretativi, sottolineando come, mano a mano che l'aspetto interpretativo cresca d'importanza nella conformazione delle figure giuridiche, divenga sempre più complesso distinguerle utilmente secondo i criteri precedentemente enunciati per individuare delle clausole generali in senso proprio. Problemi di questa natura si segnalano soprattutto con riferimento ad alcune norme talora ritenute "a fatti-

specie aperta”, come l’art. 2 Cost., e per i c.d. principi costituzionali secondo alcuni loro modelli: per l’analisi di entrambi questi casi si rinvia a un momento successivo dell’indagine. Attesa l’estrema varietà di nozioni di ‘principio’, si arriva viceversa a escludere già in astratto la coincidenza (o l’implicazione) concettuale fra la nozione di clausola generale e *tutte* le nozioni di principio.

Si passano poi ad analizzare alcune clausole generali come possibile esempio di tecnica di redazione “compromissoria” del testo costituzionale (§ 3.3.), indagando sul grado di consapevolezza dei Costituenti manifestato al momento dell’introduzione nel testo costituzionale delle relative formule linguistiche. A tal riguardo, si ricorda come al tempo furono segnalate con forza le incertezze di significato che in tal modo si sarebbero potute produrre, col connesso rischio di abusi, ma che si guardava per lo più con fiducia al legislatore democratico come al soggetto che si sarebbe fatto carico della precisazione dei concetti la cui formulazione si era lasciata volutamente imprecisa (§ 3.3.1.).

In questa chiave, le clausole generali costituzionali parrebbero potersi soltanto in parte accostare ai “compromessi dilatori” di cui parlava Carl Schmitt (§ 3.3.2.), giacché questi ultimi sarebbero caratterizzati dalla mancanza *assoluta* di una decisione contenutisticamente apprezzabile da parte delle norme che li veicolano. L’analisi evidenzia come questo possa talora accadere, e si è paventato accadesse in concreto, anche *attraverso* l’immissione di clausole generali limitative dei diritti (soprattutto economici) sanciti in costituzione: le clausole generali qui, tuttavia, rappresentano semplicemente fattori strumentali al raggiungimento di un eventuale compromesso (dilatatorio) che si sarebbe potuto realizzare anche con differenti modalità tecniche (§ 3.3.2.1.). Altro discorso è invece il compromesso raggiunto alla Costituente *sulle* clausole generali (§ 3.3.2.2.), vale a dire sul contenuto delle singole formule che si andavano così a introdurre nel testo. In questo caso l’affinità coi compromessi dilatori si rivela maggiore, ma l’indagine mostra come nel caso delle clausole generali (a differenza dei compromessi dilatori) vi sarebbe pur sempre un nucleo di contenuto (sia pure non del tutto predeterminato e diacronicamente mutevole) su cui convergerebbe il consenso.

Si arrivano così ad analizzare le possibili relazioni fra le clausole generali e i principi/valori del neocostituzionalismo (§ 3.4.), precisando come di quest'ultimo a essere preso specificamente in considerazione è essenzialmente solo il profilo del "rinvio" effettuato dai principi alla dimensione culturale (§ 3.4.1.). Anzitutto, all'interno della concezione neocostituzionalistica che individua nei principi un "ponte" fra diritto e cultura, si segnalano le difficoltà di quest'ultimo concetto ('cultura'), sempre a cavallo fra la dimensione dell'essere e quella del dover-essere (§ 3.4.2.). Un aiuto alla miglior comprensione della problematica parrebbe essere offerto dalla distinzione fra *concetti* e *concezioni* già elaborata da Rawls e ripresa nello specifico da Dworkin (§ 3.4.3.), della quale si segnalano marcate affinità col già descritto modello delle clausole generali. È sempre Dworkin a suggerire come il rinvio effettuato dai principi alla 'cultura' sarebbe in realtà principalmente da intendere come un rinvio alla 'morale' (sociale), rilievo che parrebbe trovare conferma anche dall'analisi degli altri principali autori aderenti al neocostituzionalismo (§ 3.4.4.).

Sulla base di tali considerazioni, s'effettua allora (§ 3.4.5.) il tentativo di rideclinare il vocabolario spesso molto evocativo che il neocostituzionalismo utilizza con riferimento ai principi/valori costituzionali alla luce della modellistica delle clausole generali, riscontrando interessanti paralleli fra i due approcci, dei quali tuttavia s'evidenzia anche la non integrale coincidenza (§ 3.4.6.). In particolare, nel modello neocostituzionalistico da una parte parrebbe darsi per scontato che i principi rinviino a una forma di argomentazione morale da effettuarsi da parte del giudice, non prendendo neppure in esame l'eventualità (prefigurata quanto meno come possibile nel modello delle clausole generali) d'effettuare analisi di tipo empirico sociologico per appurare i "valori" effettivamente diffusi a livello sociale. Dall'altra parte la riflessione sui modelli argomentativi, all'interno della prospettiva neocostituzionalistica, parrebbe concentrarsi in modo pressoché esclusivo sul bilanciamento (giudiziale) tra diversi principi, e non sull'accertamento del contenuto del singolo principio, col rischio che quest'ultimo passaggio rimanga del tutto sprovvisto d'una convincente motivazione (§ 3.4.7.).

Successivamente si prende in esame più nello specifico la già introdotta nozione di clausola generale (C.G. n. 3) come norma a fattispecie aperta, e si evidenzia come queste tipologie di “clausole aperte” sono oggi studiate, nella letteratura costituzionalistica, soprattutto come possibili strumenti di promozione dei diritti fondamentali (§ 3.5.1.). Siccome tuttavia tale categoria, intesa nella sua globalità, non parrebbe mostrare nelle relative formule caratteristiche semantiche significativamente comuni, suggerendo piuttosto indagini relative alle singole norme di specifici ordinamenti, l’indagine si concentra in séguito sull’art. 2 Cost.

In relazione ad esso ci s’interroga (§ 3.5.2.) sulla sua idoneità ad essere inteso, oltre che come norma a fattispecie aperta (C.G. n. 3), anche come clausola generale in senso proprio (C.G. n. 4). Cirscritto l’oggetto dell’indagine (§ 3.5.2.1.), per prima cosa ci si domanda se la locuzione ‘diritti inviolabili’ possa costituire un sintagma valutativo in senso stretto (§ 3.5.2.2.) e la risposta parrebbe di segno positivo. Più complesso, e frutto d’una delicata operazione interpretativa, è invece il quesito relativo al tipo di standard richiamato dalla formula ‘diritti inviolabili’ all’interno dell’art. 2, e a tal proposito s’argomentano (§ 3.5.2.3.) la possibilità e le condizioni per ritenere percorribile un richiamo a criteri di giudizio esterni alla costituzione formale. Il problema più pressante che si segnala sussistere una volta che si aderisca alla tesi dell’art. 2 come clausola generale in senso proprio è poi quello dell’individuazione delle fonti d’integrazione della fattispecie, rispetto alle quali la formula dei ‘diritti inviolabili’ nulla parrebbe in grado di comunicare e il cui contenuto rischia così tuttora di dipendere in senso forte dalle opzioni individuali dei singoli interpreti (§ 3.5.2.4.).

Anche per le clausole costituzionali della Costituzione si affronta poi il problema degli eventuali “custodi” istituzionali privilegiati (§ 3.6.), e si evidenzia come, in questo campo, siano spesso notevoli influssi ideologici a condizionare la trattazione della problematica: le riflessioni di Schmitt e Kelsen sullo “spostamento di potere” legato al possibile inserimento all’interno delle costituzioni di norme “indeterminate” (per molti versi assimilabili alle clausole generali) ne parrebbe offrire una ulteriore conferma sul piano storico (§ 3.6.1.).

Dal punto di vista tecnico, s’analizzano poi i differenti contributi che, nell’ambito delle rispettive competenze stabilite dalla Costituzione e dalle leggi a loro dedicate, possono offrire la magistratura ordinaria, il legislatore e la Corte costituzionale nella concretizzazione delle clausole generali costituzionali (§ 3.6.2.). A tal proposito si sottolinea (§ 3.6.3.) come l’“elasticità” guadagnata dalla Carta costituzionale grazie (anche) alle sue clausole generali non ne compromette la possibilità d’efficace garanzia da parte dell’organo di giustizia costituzionale. Anche nelle parti presidiate da clausole generali, infatti, saranno sempre riscontrabili – tramite dei controlli giurisdizionali sui “limiti esterni” (§ 3.6.4.) – dei contenuti legislativi sicuramente incompatibili col significato attuale della costituzione.

Riassunte le principali caratteristiche teoriche delle clausole generali costituzionali (§ 3.7.), nel **Capitolo IV** alcune tra le più significative di esse, di cui si segnala il valore paradigmatico (§ 4.1.), vengono poi studiate nella loro applicazione da parte della giurisprudenza costituzionale.

Inizialmente s’esamina la formula del ‘buon costume’ (§ 4.2.), in relazione alla quale la Corte mostra una buona consapevolezza rispetto alla “natura” di clausola generale, soprattutto per quel che riguarda il rinvio a uno standard meta-giuridico e alla sua mutevolezza di contenuti dal punto di vista diacronico.

In un secondo momento s’analizzano le formule rinvenibili all’interno della Costituzione economica – ‘utilità sociale’ (§ 4.3.), ‘fini sociali’ (§ 4.4.), ‘funzione sociale’ (§ 4.5.), ‘utilità generale’ (§ 4.6.), ‘sicurezza’ (§ 4.7.), ‘libertà’ (§ 4.8.) e ‘dignità’ (§ 4.9.) – rispetto alle quali, viceversa, parrebbe mancare un’indicazione stabile e chiara del parametro (giuridico o meta-giuridico) utilizzato per dare contenuto concreto alle rispettive clausole generali, col risultato che la relativa giurisprudenza assume spesso le vesti di una casistica sprovvista d’una compiuta omogeneità.

Un terzo momento dell’indagine è infine dedicato alla formula dei ‘diritti inviolabili’ di cui all’art. 2 Cost., rispetto alla quale si segnala una certa tendenza all’apoditticità dell’argomentazione proprio con riferimento al profilo, già in precedenza segnalato come problematico, delle possibili fonti d’integrazione della fattispe-

cie per i casi in cui la Corte mostri di riconoscere “nuovi” diritti inviolabili sulla base di tale disposizione.

Nel **Capitolo V** s’effettuano infine alcune considerazioni conclusive sulle clausole generali costituzionali, a partire dalla constatazione (§ 5.1.) secondo cui i “volti” teorico e applicativo delle clausole generali costituzionali parrebbero spesso divergere in modo sensibile. A fronte della funzione di costante e provvido adattamento alla società e alle sue cangianti esigenze che le clausole generali riuscirebbero a garantire secondo quanto si legge in dottrina, infatti, l’analisi della giurisprudenza costituzionale non parrebbe offrire indicazioni così univoche in tal senso, mostrando piuttosto tutte le conseguenze della perdurante mancanza d’una compiuta riflessione critica da parte della scienza giuridica sugli esatti procedimenti di concretizzazione delle clausole generali stesse.

In vista di tale riflessione critica, si segnala anzitutto (§ 5.2.) come l’argomento spesso riproposto secondo cui il giudice sarebbe di fatto “impossibilitato” a svolgere con riguardo alle clausole generali indagini di tipo empirico-sociologico e che quindi dovrebbe viceversa “per forza di cose” limitarsi ad argomentare sulla base delle proprie “intuizioni morali” si rivela fattualmente falso e prescrittivamente assai pericoloso. In prospettiva, gli aspetti di un’accurata indagine empirica e d’una compiuta argomentazione morale parrebbero non già da contrapporre, ma piuttosto opportunamente da combinare, nel caso delle clausole generali, in un giudizio di legittimità costituzionale che dia opportuno rilievo anche ai “fatti” costituiti dalle valutazioni sociali (§ 5.3.).

In questa chiave le riflessioni si concludono (§ 5.4.) indicando i principali snodi che un modello argomentativo per la concretizzazione delle clausole generali dovrebbe necessariamente affrontare, a partire dalla dimensione dell’analisi semantica del testo costituzionale, passando dall’individuazione dello standard e dalla scelta di un criterio di giudizio fra i più riscontrabili al suo interno, ed arrivando infine alla sua messa in rapporto con il momento storico dell’applicazione.

TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI

<i>AöR</i>	Archiv des öffentlichen Rechts
<i>DöV</i>	Die öffentliche Verwaltung
<i>Dig. disc. pubbl.</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>Dir. eccl.</i>	Diritto ecclesiastico
<i>Dir. pen. cont.</i>	Diritto penale contemporaneo
<i>Dir. pubbl.</i>	Diritto pubblico
<i>Dir. soc.</i>	Diritto e Società
<i>DRiZ</i>	Deutsche Richterzeitung
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. Novecento</i>	Enciclopedia del Novecento
<i>Eur. e dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>JuS</i>	Juristische Schulung
<i>JA</i>	Juristische Arbeitsblätter
<i>JW</i>	Juristische Wochenschrift
<i>JZ</i>	Juristenzeitung
<i>Mat. st. cult. giur.</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>Nvss. dig. it.</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Quad. cost.</i>	Quaderni costituzionali
<i>Rass. dir. civ.</i>	Rassegna di diritto civile
<i>Rass. dir. pubbl.</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>Rass. parl.</i>	Rassegna parlamentare
<i>Riv. crit. dir. priv.</i>	Rivista critica di diritto privato
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. comm.</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>Riv. dir. cost.</i>	Rivista di diritto costituzionale
<i>Riv. fil. dir.</i>	Rivista di filosofia del diritto
<i>Riv. it. sc. pol.</i>	Rivista italiana di scienza politica

Riv. int. fil. dir.

Riv. trim. dir. proc. civ.

Riv. trim. dir. pubbl.

Soc. dir.

Rivista internazionale di filosofia del diritto

Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

Rivista trimestrale di diritto pubblico

Sociologia del diritto

INDICE DELLE OPERE CITATE

- AA.VV., *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden, 1978.
- AA.VV., *Neo-costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?*, in *Teoria politica*, numero speciale, Annali I, 2011.
- AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002.
- ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994.
- ALEXY R., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997.
- ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998.
- ALEXY R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 2002.
- ALEXY R., KOCH H.-J., KUHLEN L., RÜBMANN H., *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003.
- ALEXY R., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005.
- ALPA G., *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998.
- ALPA G., *Le formule aperte*, in ID. (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, Torino, 2000.
- ALSTON W.P., *Filosofia del linguaggio*, Bologna, 1971.
- ANGIOLINI V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995.
- APPEL I., *Konkretisierung rechtlicher Anforderungen durch technische Regeln*, in R. HENDLER, P. MARBURGER, M. REINHARDT, M. SCHRÖDER

- (a cura di), *Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht*, Berlin, 2006.
- ARMBRÜSTER C., § 138, in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil*, München, 2012.
- ASCARELLI T., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949.
- ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, Padova, 1957.
- ATIENZA M., MANERO J.R., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004.
- BACHOF O., *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *JZ*, 1955.
- BAGOLINI L., *La scelta del metodo nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957.
- BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973.
- BALDASSARRE A., (voce) *Libertà*, in *Enc. giur.*, 1990.
- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991.
- BALDASSARRE A., *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in A.I.C. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997.
- BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.
- BALDASSARRE A., *L'interpretazione della Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.
- BALDASSARRE A., *Relazione*, in A.I.C. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno Annuale A.I.C. Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004.
- BALDASSARRE A., *Replica*, in A.I.C. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno Annuale A.I.C. Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004.
- BALDASSARRE A., *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Napoli, 2007.
- BALDASSARRE A., *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007.
- BALOSSINI C.E., *La rilevanza giuridica delle "regole sociali"*, Milano, 1965.
- BARBERA A., *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962.

- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.
- BARBERA A., Art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975.
- BARBERA A., “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004.
- BARBERA A., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in AA.VV., “una e indivisibile”, Milano, 2007.
- BARBERA A., *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 2009.
- BARBERA A., *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010.
- BARBERIS M., *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990.
- BARBERIS M., *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 2000.
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2003.
- BARBERIS M., *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2007.
- BARBERIS M., *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto*, 2011.
- BARBERIS M., *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2012.
- BARBERIS M., *Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo dei valori*, in *Teoria politica*, 2012, n. 2.
- BARBERIS M., *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012.
- BARBERIS M., *Dei difetti della giurisprudenza costituzionale*, in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, “Nuovi” *dialoghi sull'interpretazione*, Modena, 2013.
- BARBERIS M., *Una teoria “protestante” dell'interpretazione costituzionale*, in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, “Nuovi” *dialoghi sull'interpretazione*, Modena, 2013.
- BARBERIS M., VIGNUDELLI A., “Nuovi” *dialoghi sull'interpretazione*, Modena, 2013.
- BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.
- BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982.

- BARTOLE S., (voce) *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, 1986.
- BARTOLE S., (voce) *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989.
- BARTOLE S., *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in A.I.C. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997.
- BARTOLE S., *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012.
- BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988.
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949.
- BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, II, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990.
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- BIN R., *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007.
- BIN R., *La Costituzione fra testo e applicazione*, in *Ars Interpretandi*, 2009.
- BIRKENSTOCK R.G., *Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen*, Köln, 2004.
- BLUMENBERG H., *La legittimità dell'età moderna*, in ID., C. SCHMITT, *L'enigma della modernità*, Roma-Bari, 2012.
- BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.
- BOBBIO N., (voce) *Metodo*, in *Nvss. dig. it.*, 1964.
- BOBBIO N., (voce) *Principi generali di diritto*, in *Nvss. dig. it.*, 1966.
- BOBBIO N., *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970.
- BOBBIO N., *Come intendere il pluralismo*, in G. ROSSINI (a cura di), *Il pluralismo*, Roma, 1977.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984.
- BOBBIO N., (voce) *Scienza giuridica*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1997.
- BÖCKENFÖRDE E.-W., *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *NJW*, 1974.
- BÖCKENFÖRDE E.-W., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2007.

- BOGNETTI G., *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quad. cost.*, 2008.
- BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2009.
- BONGIOVANNI G., *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir.*, Annali, 2011.
- BÖRNER F., *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1989.
- BOSCH N., *Bestimmtheitsgebot und unbestimmte Rechtsbegriffe – Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisionsinstanz*, in *JA*, 2010.
- BRECCIA U., *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e diritto*, 2007.
- BREUER R., *Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*, in *AöR*, 1976.
- BRÜGGEMANN J., *Die richterliche Begründungspflicht*, Berlin, 1971.
- BÜCHLER-TSCHUDIN V., *Demokratie und Kompromiss*, Basel-Stuttgart, 1980.
- BULLINGER M., *Ermessen der öffentlichen Verwaltung*, in *JZ*, 1984.
- CAIANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, II, Torino, 1920.
- CALOGERO G., CESARINI SFORZA W., JEMOLO A.C., PUGLIATTI S., *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, 2004.
- CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964.
- CARRIÒ G.R., *Sull'interpretazione giuridica*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989.
- CASSESE S., *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014.
- CELANO B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002.
- CELANO B., *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005.
- CERVATI A.A., *Studio del diritto costituzionale, cultura e impegno etico dei giuristi*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005.

- CHELI E., *Libertà e iniziativa privata nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960.
- CHELI E., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012.
- CHIARELLI G., *Elasticità della costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.
- CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007.
- CHIASSONI P., *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011.
- CHIASSONI P., *Positivismo giuridico. Un'investigazione analitica*, Modena, 2013.
- COMANDUCCI P., *Interpretazione della Costituzione*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998.
- COMANDUCCI P., *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998.
- COMANDUCCI P., *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002.
- CONTENTO G., *Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione"*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995.
- CORDERO F., *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Torino, 2008.
- CORSALE M., (voce) *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, 1983.
- COSTANZO P., *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. REVENGA SANCHEZ, E. PAJARES MONTOLIO, J. RODRIGUEZ-DRINCOURT (a cura di), *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Madrid, 2007.
- COSTANZO P., *Tecniche normative e tutela dei diritti fondamentali*, in A. RUGGERI, L. D'ANDREA, A. SAITTA, G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007.
- COSTANZO P., *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009.
- COTTA S., *Bobbio: un positivista inquieto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983.

- CRISAFULLI V., *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- CRISAFULLI V., (voce) *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, 1964.
- CRISAFULLI V., (voce) *Costituzione*, in *Enc. Novecento*, Roma, 1974.
- D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989.
- D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992.
- D'AMICO G., *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, Napoli, 2007.
- D'AMICO G., *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011.
- D'ATENA A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2006.
- DALLA TORRE G., *Considerazioni sui caratteri originali della Costituzione italiana del 1948*, in *Iustitia*, 1999.
- DAWSON J.P., *The General Clauses, Viewed from a Distance*, in *Rabels Zeitschrift*, 1977.
- DENOZZA F., *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011.
- DICIOTTI E., *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1992.
- DICIOTTI E., *Come interpretare la Costituzione?*, in *Ragion pratica*, 1995.
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.
- DICIOTTI E., *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999.
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988.
- DI PLINIO G., *Costituzione e scienza economica*, in *Il Politico*, 2009, n. 3.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.
- DOGLIANI M., *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993.
- DOGLIANI M., *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in A.I.C. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. At-*

- ti del XVII Convegno Annuale A.I.C. Milano, 11-12 ottobre 2002, Padova, 2004.
- DOGLIANI M., *La Costituzione italiana (otto concetti di costituzione)*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali*, Modena, 2011.
- DOGLIANI M., *Il doppio 'temperamento' del giuspositivismo nell'opera di Alessandro Pace*, in *Dir. pubbl.*, 2012.
- DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.
- DREIER H., *Über den Sinn der Wissenschaft – eine Rekapitulation von Max Webers Wertfreiheitspostulat*, in K. WAECHTER (a cura di), *Grenzüberschreitende Diskurse. Festgabe für Hubert Treiber*, Wiesbaden, 2010.
- DREIER H., *Die "guten Sitten" zwischen Normativität und Faktizität*, in F. HARRER, H. HONSELL, P. MADER (a cura di), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag*, Wien, 2011.
- DREIER H., *Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden*, in C. JABLONER, G. KUCSKO-STADLMAYER, G. MUZAK, B. PERTHOLD-STOITZNER, K. STÖGER (a cura di), *Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Wien, 2011.
- DWORKIN R., *L'impero del diritto*, Milano, 1989.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.
- DWORKIN R., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010.
- EHMKE H., *„Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960.
- ELIA L., (voce) *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, 1970.
- ENDERLE B., *Blankettstrafgesetze. Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2000.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
- ESSER J., *Grundsatz und Norm in der richterlicher Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956.
- ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983.
- ESPOSITO C., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1953.
- FABIANI E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999.
- FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.

- FABIANI E., (voce) *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali, 2012.
- FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987.
- FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999.
- FARIAS D., *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969.
- FARIAS D., *Linee metodiche generali per l'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969.
- FARIAS D., *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981.
- FASSÒ G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, II, Milano, 1982.
- FERRANDO G., *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998.
- FERRAJOLI L., *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966.
- FERRAJOLI L., *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, 1970.
- FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010.
- FERRO G.A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012.
- FIORAVANTI M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009.
- FIORILLO M., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del Convegno di Otranto - Lecce, 3-4 giugno 2004, Torino, 2005.
- FORSTHOFF E., *La trasformazione della legge fondamentale*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, 1973.
- FORSTHOFF E., *Il giurista scomodo*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, 1973.
- FLORIDIA G.G., *'Costituzione': il nome e le cose*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1994.
- FURNARI LUVARÀ G., *La logica del preferibile. Chäim Perelman e la «Nuova retorica»*, Soveria Mannelli (CZ), 1995.

- GALGANO F., *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010.
- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985.
- GIUPPONI T.F., *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010.
- GREIFFENHAGEN M., *Kulturen des Kompromisses*, Opladen, 1999.
- GROPALI A., *I giudizi di valore ed i nuovi metodi di interpretazione della legge*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957.
- GROSSI P.F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.
- GROSSI P.F., (voce) *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, 1972.
- GUARNERI A., *Le clausole generali*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999.
- GUASTINI R., *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985.
- GUASTINI R., *Disposizione vs. norma*, in *Giur. cost.*, 1989.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.
- GUASTINI R., *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1996.
- GUASTINI R., *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi*, 1997.
- GUASTINI R., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pubbl.*, 1998.
- GUASTINI R., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002.
- GUASTINI R., *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.
- GUASTINI R., *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2005.
- GUASTINI R., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006.
- GUASTINI R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007.
- GUASTINI R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008.

- GUASTINI R., *Interpretazione e dintorni. Esercizi di nominalismo esasperato e positivismo desueto*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.
- GUASTINI R., *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, 2012.
- GUSY C., *Zur Zulässigkeit der Prostitutionsausübung*, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2001.
- HÄBERLE P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, a cura di J. Luther, Roma, 2001.
- HÄBERLE P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003.
- HAFT F., *Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, in *JuS*, 1975.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002.
- HAUBELT H.W., *Die Konkretisierung von Generalklauseln*, Augsburg, 1978.
- HECK P., *Das Problem der Rechtsgewinnung²*, Tübingen, 1933.
- HEDEMANN J.W., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933.
- HELD-DAAB U., *Das freie Ermessen*, Berlin, 1996.
- HERRMANN H., *Eingedämmte Generalklauseln*, in *JZ*, 1955.
- HOFMANN H., *Il diritto del diritto, il diritto del potere e l'unità della Costituzione*, Modena, 2013.
- IRTI N., (voce) *Rilevanza giuridica*, in *Nvss. dig. it.*, 1968.
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005.
- IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.
- IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.
- IRTI N., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.
- IRTI N., *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013.
- ITALIA V., *La forma delle leggi*, Milano, 2012.
- ITALIA V., *La gerarchia delle leggi*, Milano, 2013.
- JESCH D., *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *AöR*, 1957.
- JÖHR W.A., *Der Kompromiss als Problem der Gesellschafts-, Wirtschafts- und Staatsethik*, Tübingen, 1958.
- JORI M., *I principi nel diritto italiano*, in *Soc. dir.*, 1983.
- JORI M., *Semiotica giuridica*, in M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto²*, Torino, 1995.
- JUSTEN D., *Unbestimmte Rechtsbegriffe mit „Beurteilungsspielraum“ im Strafvollzugsgesetz*, Mainz, 1995.

- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1974.
- KELSEN H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981.
- H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981.
- KELSEN H., *Sulla teoria dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.
- KOCH H.-J., *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht. Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung*, Frankfurt am Main, 1979.
- KOUTNATZIS S.-I.G., *Kompromisshafte Verfassungsnormen. Grundlagen und Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Verfassung*, Baden-Baden, 2010.
- KRAHL M., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1986.
- KREBS W., *Die juristische Methode im Verwaltungsrecht*, in E. SCHMIDT-ARMANN, W. HOFFMANN-RIEM (a cura di), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden, 2004.
- KUHN T.S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1999.
- VON KUNTZMANN-AUERT M., *Die Generalklausel im öffentlichen Recht*, Köln, 1960.
- LARENZ K., *Der „Bedeutungswandel“ der Rechtsnormen und seine Berücksichtigung in der Rechtssprechung*, in DRiZ, 1959.
- LARENZ K., *Entwicklungstendenzen in der heutigen Zivilrecht dogmatik*, in JZ, 1962.
- LARENZ K., *Schuldrecht*¹⁵, I, München, 1982.
- LA TORRE M., *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, 1999.
- LEISNER W., *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht*, Tübingen, 1964.
- LEMMEL H.-P., *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970.

- LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011.
- LILLO P., *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001.
- LIPARI N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003.
- LIPARI N., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus*, 1999.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996.
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006.
- LUCIANI M., *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni preliminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.
- LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009.
- LUHMANN N., *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978.
- LUTHER J., *La scienza häberliana delle costituzioni*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2002.
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.
- LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.
- LUZZATI C., *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012.
- LUZZATI C., *La "normalizzazione" delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013.
- MANIACI G., *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, 2005.
- MARTINES T., *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969.

- MAZZARESE T., *Interpretazione della costituzione. Quali pregiudizi ideologici?* in *Ars Interpretandi*, 2008.
- MENGGONI L., *La polemica di Betti con Gadamer*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- MENGGONI L., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars Interpretandi*, 1996.
- MENGGONI L., *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermenutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.
- MENGGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermenutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.
- MERUZZI G., *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005.
- MEZZETTI L., *Valori, principi, regole*, in ID. (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011.
- MODUGNO F., *Il concetto di Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977.
- MODUGNO F., (voce) *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, 1991.
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1996.
- MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998.
- MODUGNO F. (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Napoli, 2008.
- MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.
- MORESO J.J., *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2006, n. 6.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- MORRONE A., (voce) *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2008.
- MORRONE A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 2012.
- MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014.

- MÜHLEISEN O.-H., (voce) *Kompromiss*, in GÖRRES GESELLSCHAFT (a cura di), *Staatslexicon. Recht – Wirtschaft – Gesellschaft*, III, Freiburg, 1987.
- NAUCKE W., *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973.
- NINO C., *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, 1996.
- NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 2002.
- NIVARRA L., *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007.
- OCCHIOCUPO N., *La Corte costituzionale: "esigenza intrinseca" della Costituzione repubblicana*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. 3. Legalità e garanzie*, Roma-Bari, 2006.
- OGOREK R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1986.
- ORRÚ G., *Richterrecht*, Milano, 1983.
- ORRÚ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1999.
- PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001.
- PACE A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003.
- PACILLO V., *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano, 2012.
- PALADIN L., *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964.
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1984.
- PALADIN L., *La Corte costituzionale*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.
- PANIZZA R., ROMBOLI R. (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Pisa, 2006.
- PASTORE B., *Certezza, linguaggio legislativo e atteggiamenti interpretativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1989.
- PATTARO E., *Aspetti etici del concetto di standard giuridico*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000.
- PEDRINI F., *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, in *Quad. cost.*, 2006.

- PEDRINI F., *Clausole generali e Costituzione. Una prima mappa concettuale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009.
- PEDRINI F., *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quad. cost.*, 2012.
- PEDRINI F., *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)*, in *Lo Stato*, 2013.
- PEGORARO L., *Semántica de «control político» (elementos reconstructivos para un análisis comparado)*, in J.L. PRADO MAILLARD (a cura di), *El control político en el derecho comparado*, Granada, 2010.
- PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Rimini, 2012.
- PENNOCK J.R., CHAPMAN J. W. (a cura di), *Compromise in Ethics, Law and Politics*, New York, 1979.
- PERELMAN C., *Logica giuridica e nuova retorica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1979.
- PERELMAN C., VANDER ELST R. (a cura di), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2001.
- PERGOLESÌ F., *Rigidità ed elasticità della costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Cernusco, s.d. (1972).
- PERLINGIERI P., *Sull'attività della Corte costituzionale*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1976.
- PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980.
- PERLINGIERI P., *Salvatore Pugliatti e il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996.
- PERLINGIERI P., *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999.
- PERLINGIERI P., FEMIA P., *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000.
- PERLINGIERI P., MESSINETTI R., *Art. 2*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001.
- PERLINGIERI P., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006.
- PETERS H., (voce) *Generalklausel*, in GÖRRES-GESELLSCHAFT (a cura di), *Staatslexikon*, III, Freiburg, 1959.

- PINO A., *La ricerca giuridica. Finalità – oggetto – metodo*, Padova, 1996.
- PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007.
- PINO G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.
- PINO G., *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2011, n. 11.
- PINO G., *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011.
- PINO G., *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 2013.
- PINO G., *Di interpretazione e interpreti della costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e costituzione', di Aljs Vignudelli*, in *Dir. soc.*, 2013.
- PIZZETTI F., *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995.
- PIZZORUSSO A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1988.
- PLANGEMANN H., TIETZSCH R. (a cura di), *“Stand der Wissenschaft” und „Stand der Technik” als unbestimmte Rechtsbegriffe*, Tübingen, 1980.
- POGGI A., *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995.
- POLACCO V., *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, Venezia, 1908.
- POZZOLO S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001.
- POZZOLO S., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2008.
- PUGLIATTI S., *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione. Aula magna dell'Università di Messina 19 dicembre 1973*, Milano, 1993.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, Milano, 2010.
- REGASTO S.F., *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra “valori” e “principi” in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini, 1997.
- RESCIGNO G.U., *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003.
- RESCIGNO G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005.
- RESCIGNO G.U., *Diritto costituzionale. Approccio metodologico*, Modena, 2011.
- RESCIGNO P., *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998.
- RESCIGNO P., *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1998.

- RESCIGNO P., *Una nuova stagione per le clausole generali*, in ID. (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011.
- RIDOLA P., *Gli studi di diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001.
- RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.
- RIVIEZZO A., *Il doppio Stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013.
- RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960.
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967.
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987.
- RODOTÀ S., *Le clausole generali*, in AA.VV., *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, I, Torino, 1991.
- RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.
- RODOTÀ S., *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998.
- RÖGSEN H., *Die Handhabung gesetzlicher Generalklauseln in der Revisionsinstanz*, in *DöV*, 1966.
- ROMANO S., *Le prime carte costituzionali (1907)*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950.
- ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.
- ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.
- ROSELLI F., *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988.
- ROSELLI F., *Dovere di conoscere la giurisprudenza*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999.
- ROSENFELD M., *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000.
- ROSS A., *Diritto e giustizia*, Torino, 2001.
- ROSSI P., *La elasticità dello Statuto italiano*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, I, Padova, 1940.

- RUGGERI A., *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in A.I.C. (a cura di), *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997.
- RUGGERI A., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 2006.
- RÜTHERS B., *Die Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968.
- RÜTHERS B., *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat*, in *JZ*, 2002.
- RÜTHERS B., *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in *JZ*, 2006.
- RÜTHERS B., *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007.
- SANCHÍS L.P., *Costituzionalismo e positivismo*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1996.
- SARTORI G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1997.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCALISI V., *Fonti - Teoria - Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012.
- SCARPELLI U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953.
- SCARPELLI U., *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962.
- SCARPELLI U., LUZZATI C., *Compendio di filosofia del diritto*, Torino, 2001.
- SCHEYHING R., *Pluralismus und Generalklausel*, Tübingen, 1976.
- SCHIAVELLO A., *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2003, n. 3.
- SCHMIDT M., *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, Berlin-New York, 2009.
- SCHMITT C., *Principii politici del Nazionalsocialismo*, Firenze, 1935.
- SCHMITT C., *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.
- SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984.
- SCHULZE-FIELITZ H., (voce) *Kompromiss*, in W. HEUN, M. HONECKER, M. MORLOK, J. WIELAND (a cura di), *Evangelisches Staatslexikon. Neuauflage*, Stuttgart, 2006.
- SILVESTRI G., *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989.

- SILVESTRI G., *La parabola della sovranità*, in *Riv. dir. cost.*, 1996.
- SORRENTINO F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987.
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.
- TARELLO G., «Diritto», in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e meta-teoria del diritto*, Bologna, 1974.
- TARELLO G., *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in *Pol. dir.*, 1977.
- TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989.
- TARUFFO M., *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999.
- TEGA D., *I diritti in crisi*, Milano, 2012.
- TEUBNER G., *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main, 1971.
- TROIANO S., *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.
- VELLUZZI V., *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica*, 2006, n. 1 (www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm).
- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.
- VIEWHWEG T., *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962.
- VIGNUDELLI A., *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011.
- VIGNUDELLI A., *Interpreti vs. Legislatore. La contesa del primato sulla produzione del diritto alla luce della Carta costituzionale repubblicana*, in *Rass. parl.*, 2012.
- VIGNUDELLI A., *Honni soït qui mal y (re-)pense. Una seconda risposta (e qualche ulteriore domanda) a Mauro Barberis*, in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione, Modena, 2013.
- VIGNUDELLI A., *Amicus Plato (reloaded)*, in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione, Modena, 2013.
- VIGNUDELLI A., *Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea*, in *Lo Stato*, 2013.
- VIGNUDELLI A., *Come un Post Scriptum. "Interpretazione e Costituzione" tra Prequel e Sequel*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XIV/2014.

- VIOLA F., *H. L. A. Hart e la struttura aperta del diritto*, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974.
- VIOLA F., *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, Padova, 2003.
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2004.
- VIRGA P., *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948.
- WENDT O., *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906.
- WERNER F., *Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht*, in K.A. BETTERMANN, C.H. ULE (a cura di), *Recht und Gericht in unserer Zeit*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971.
- WIßMANN H., *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*, Tübingen, 2008.
- WURZEL K.G., *Das juristische Denken*², Wien-Leipzig, 1924.
- ZAGREBELSKY G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, 1994.
- ZAGREBELSKY G., *Storia e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996.
- ZAGREBELSKY G., *Relazione*, in A.I.C. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno Annuale A.I.C. Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004.
- ZAGREBELSKY G., *Diritto per: Valori, Principi o Regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002.
- ZAGREBELSKY G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.
- ZITELMANN E., *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879.
- ZUMSTEIN B., *Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts*, St. Gallen, 2001.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA RICHIAMATA

revisione aggiornata all'agosto 2013

Anno 1956

Corte cost., 3 luglio 1956, sent. n. 11.

Anno 1957

Corte cost., 26 gennaio 1957, sent. n. 3.
Corte cost., 26 gennaio 1957, sent. n. 28.
Corte cost., 26 gennaio 1957, sent. n. 29.
Corte cost., 26 gennaio 1957, sent. n. 33.
Corte cost., 18 marzo 1957, sent. n. 45.
Corte cost., 13 aprile 1957, sent. n. 50.
Corte cost., 8 luglio 1957, sent. n. 103.
Corte cost., 8 luglio 1957, sent. n. 121.
Corte cost., 12 dicembre 1957, sent. n. 129.

Anno 1958

Corte cost., 18 gennaio 1958, sent. n. 4.
Corte cost., 8 aprile 1958, sent. n. 30.
Corte cost., 2 luglio 1958, sent. n. 47.
Corte cost., 24 novembre 1958, sent. n. 59.
Corte cost., 30 dicembre 1958, sent. n. 78.

Anno 1959

Corte cost., 9 marzo 1959, sent. n. 9.
Corte cost., 18 maggio 1959, sent. n. 32.
Corte cost., 27 luglio 1959, sent. n. 35.
Corte cost., 9 luglio 1959, sent. n. 38.

Anno 1960

Corte cost., 26 gennaio 1960, sent. n. 1.
Corte cost., 18 febbraio 1960, sent. n. 5.
Corte cost., 23 marzo 1960, sent. n. 11.
Corte cost., 4 maggio 1960, sent. n. 30.
Corte cost., 13 luglio 1960, sent. n. 59.
Corte cost., 16 dicembre 1960, sent. n. 70.

Anno 1961

Corte cost., 24 giugno 1961, sent. n. 35.
Corte cost., 11 luglio 1961, sent. n. 49.

Anno 1962

Corte cost., 14 febbraio 1962, sent. n. 4.
Corte cost., 14 febbraio 1962, sent. n. 5.
Corte cost., 27 febbraio 1962, sent. n. 7.
Corte cost., 2 marzo 1962, sent. n. 13.
Corte cost., 16 marzo 1962, sent. n. 16.
Corte cost., 16 marzo 1962, sent. n. 19.
Corte cost., 27 marzo 1962, sent. n. 29.
Corte cost., 26 aprile 1962, sent. n. 41.
Corte cost., 14 giugno 1962, sent. n. 53.
Corte cost., 14 giugno 1962, sent. n. 54.
Corte cost., 26 giugno 1962, sent. n. 65.

Anno 1963

Corte cost., 12 febbraio 1963, sent. n. 1.
Corte cost., 16 febbraio 1963, sent. n. 12.
Corte cost., 9 aprile 1963, sent. n. 39.
Corte cost., 9 aprile 1963, sent. n. 46.
Corte cost., 24 marzo 1963, sent. n. 53.
Corte cost., 3 maggio 1963, sent. n. 55.
Corte cost., 10 maggio 1963, sent. n. 64.
Corte cost., 8 giugno 1963, sent. n. 85.
Corte cost., 9 luglio 1963, sent. n. 121.
Corte cost., 9 luglio 1963, sent. n. 125.
Corte cost., 13 luglio 1963, sent. n. 129.
Corte cost., 12 novembre 1963, ord. n. 139.
Corte cost., 13 dicembre 1963, ord. n. 158.

Anno 1964

Corte cost., 7 marzo 1964, sent. n. 14.

Corte cost., 14 marzo 1964, sent. n. 21.
Corte cost., 23 marzo 1964, sent. n. 23.
Corte cost., 23 marzo 1964, sent. n. 24.
Corte cost., 23 marzo 1964, ord. n. 27.
Corte cost., 23 maggio 1964, sent. n. 40.
Corte cost., 23 giugno 1964, sent. n. 54.
Corte cost., 30 giugno 1964, sent. n. 68.
Corte cost., 7 luglio 1964, sent. n. 75.
Corte cost., 11 dicembre 1964, ord. n. 87.

Anno 1965

Corte cost., 19 febbraio 1965, sent. n. 9.
Corte cost., 9 aprile 1965, sent. n. 22.
Corte cost., 14 aprile 1965, sent. n. 25.
Corte cost., 23 aprile 1965, sent. n. 30.
Corte cost., 31 maggio 1965, sent. n. 38.
Corte cost., 31 maggio 1965, sent. n. 39.
Corte cost., 9 giugno 1965, sent. n. 45.
Corte cost., 6 luglio 1965, sent. n. 58.
Corte cost., 6 luglio 1965, sent. n. 59.
Corte cost., 12 luglio 1965, sent. n. 67.

Anno 1966

Corte cost., 13 gennaio 1966, sent. n. 3.
Corte cost., 20 gennaio 1966, sent. n. 6.
Corte cost., 28 aprile 1966, sent. n. 30.
Corte cost., 14 maggio 1966, sent. n. 38.
Corte cost., 23 maggio 1966, sent. n. 44.
Corte cost., 10 giugno 1966, sent. n. 65.
Corte cost., 21 giugno 1966, sent. n. 73.
Corte cost., 21 giugno 1966, sent. n. 74.
Corte cost., 21 giugno 1966, sent. n. 75.
Corte cost., 6 luglio 1966, sent. n. 87.
Corte cost., 6 luglio 1966, sent. n. 91.
Corte cost., 11 luglio 1966, sent. n. 94.
Corte cost., 11 luglio 1966, sent. n. 95.

Anno 1967

Corte cost., 9 marzo 1967, sent. n. 24.
Corte cost., 24 aprile 1967, sent. n. 50.
Corte cost., 24 aprile 1967, sent. n. 51.
Corte cost., 5 maggio 1967, sent. n. 60.
Corte cost., 8 luglio 1967, sent. n. 101.
Corte cost., 12 luglio 1967, sent. n. 107.
Corte cost., 23 novembre 1967, sent. n. 120.

Anno 1968

Corte cost., 28 marzo 1968, sent. n. 16.
Corte cost., 17 aprile 1968, sent. n. 21.
Corte cost., 29 maggio 1968, sent. n. 23.
Corte cost., 29 maggio 1968, sent. n. 55.
Corte cost., 6 giugno 1968, sent. n. 57.

Corte cost., 6 giugno 1968, sent. n. 60.
Corte cost., 27 giugno 1968, sent. n. 75.
Corte cost., 19 luglio 1968, sent. n. 109.
Corte cost., 28 novembre 1968, sent. n. 120.
Corte cost., 9 dicembre 1968, sent. n. 124.
Corte cost., 19 dicembre 1968, sent. n. 126.
Corte cost., 30 dicembre 1968, sent. n. 141.

Anno 1969

Corte cost., 24 gennaio 1969, sent. n. 1.
Corte cost., 5 marzo 1969, sent. n. 27.
Corte cost., 5 marzo 1969, sent. n. 28.
Corte cost., 17 marzo 1969, ord. n. 36.
Corte cost., 21 marzo 1969, sent. n. 37.
Corte cost., 3 aprile 1969, sent. n. 63.
Corte cost., 11 aprile 1969, sent. n. 77.
Corte cost., 10 giugno 1969, sent. n. 97.
Corte cost., 10 giugno 1969, ord. n. 102.
Corte cost., 26 giugno 1969, sent. n. 104.

Anno 1970

Corte cost., 4 febbraio 1970, sent. n. 12.
Corte cost., 15 aprile 1970, sent. n. 58.
Corte cost., 4 maggio 1970, sent. n. 65.
Corte cost., 3 giugno 1970, sent. n. 78.
Corte cost., 9 luglio 1970, sent. n. 122.
Corte cost., 16 luglio 1970, sent. n. 144.
Corte cost., 18 novembre 1970, sent. n. 159.
Corte cost., 16 dicembre 1970, sent. n. 191.
Corte cost., 28 dicembre 1970, sent. n. 194.

Anno 1971

Corte cost., 2 febbraio 1971, sent. n. 10.
Corte cost., 16 marzo 1971, sent. n. 49.
Corte cost., 26 aprile 1971, sent. n. 79.
Corte cost., 22 giugno 1971, sent. n. 137.
Corte cost., 14 luglio 1971, sent. n. 174.
Corte cost., 28 dicembre 1971, sent. n. 210.

Anno 1972

Corte cost., 2 febbraio 1972, sent. n. 12.
Corte cost., 23 aprile 1972, sent. n. 65.
Corte cost., 4 maggio 1972, sent. n. 77.
Corte cost., 18 maggio 1972, sent. n. 93.
Corte cost., 24 luglio 1972, sent. n. 144.
Corte cost., 27 luglio 1972, sent. n. 155.
Corte cost., 21 dicembre 1972, sent. n. 188.
Corte cost., 29 dicembre 1972, sent. n. 199.

Anno 1973

Corte cost., 20 febbraio 1973, sent. n. 9.
Corte cost., 27 febbraio 1973, sent. n. 15.

Corte cost., 12 aprile 1973, sent. n. 37.
Corte cost., 12 aprile 1973, sent. n. 38.
Corte cost., 30 aprile 1973, sent. n. 46.
Corte cost., 9 maggio 1973, sent. n. 57.
Corte cost., 19 giugno 1973, sent. n. 82.
Corte cost., 27 giugno 1973, sent. n. 91.
Corte cost., 5 luglio 1973, sent. n. 103.
Corte cost., 5 luglio 1973, sent. n. 110.
Corte cost., 21 novembre 1973, sent. n. 159.

Anno 1974

Corte cost., 30 gennaio 1974, sent. n. 18.
Corte cost., 30 gennaio 1974, sent. n. 20.
Corte cost., 13 febbraio 1974, sent. n. 33.
Corte cost., 27 febbraio 1974, sent. n. 41.
Corte cost., 6 marzo 1974, sent. n. 53.
Corte cost., 27 marzo 1974, sent. n. 86.
Corte cost., 18 aprile 1974, sent. n. 101.
Corte cost., 23 aprile 1974, sent. n. 111.
Corte cost., 23 aprile 1974, sent. n. 107.
Corte cost., 23 aprile 1974, sent. n. 111.
Corte cost., 4 luglio 1974, sent. n. 202.
Corte cost., 10 luglio 1974, sent. n. 225.
Corte cost., 10 luglio 1974, sent. n. 226.
Corte cost., 10 luglio 1974, sent. n. 227.
Corte cost., 23 luglio 1974, sent. n. 247.

Anno 1975

Corte cost., 5 febbraio 1975, sent. n. 18.
Corte cost., 5 febbraio 1975, sent. n. 24.
Corte cost., 18 febbraio 1975, sent. n. 27.
Corte cost., 25 febbraio 1975, sent. n. 30.
Corte cost., 12 marzo 1975, sent. n. 56.
Corte cost., 27 marzo 1975, sent. n. 82.
Corte cost., 16 aprile 1975, sent. n. 87.
Corte cost., 7 maggio 1975, sent. n. 102.
Corte cost., 10 luglio 1975, sent. n. 200.
Corte cost., 15 luglio 1975, sent. n. 209.
Corte cost., 17 luglio 1975, sent. n. 220.
Corte cost., 30 ottobre 1975, sent. n. 237.
Corte cost., 17 dicembre 1975, sent. n. 238.

Anno 1976

Corte cost., 15 gennaio 1976, sent. n. 3.
Corte cost., 15 gennaio 1976, sent. n. 4.
Corte cost., 25 marzo 1976, sent. n. 57.
Corte cost., 28 aprile 1976, sent. n. 96.
Corte cost., 20 maggio 1976, sent. n. 123.
Corte cost., 15 luglio 1976, sent. n. 179.
Corte cost., 22 luglio 1976, sent. n. 186.
Corte cost., 28 luglio 1976, sent. n. 199.
Corte cost., 28 luglio 1976, sent. n. 202.

Corte cost., 3 agosto 1976, sent. n. 209.
Corte cost., 3 agosto 1976, sent. n. 211.
Corte cost., 3 agosto 1976, sent. n. 221.
Corte cost., 18 novembre 1976, sent. n. 225.
Corte cost., 20 dicembre 1976, sent. n. 245.
Corte cost., 29 dicembre 1976, sent. n. 260.

Anno 1977

Corte cost., 4 gennaio 1977, sent. n. 4.
Corte cost., 30 maggio 1977, sent. n. 94.
Corte cost., 2 giugno 1977, sent. n. 107.
Corte cost., 9 giugno 1977, sent. n. 109.
Corte cost., 22 dicembre 1977, sent. n. 153.

Anno 1979

Corte cost., 25 maggio 1979, sent. n. 26.
Corte cost., 1 giugno 1979, sent. n. 40.
Corte cost., 4 luglio 1979, sent. n. 55.
Corte cost., 1 agosto 1979, sent. n. 98.
Corte cost., 10 ottobre 1979, sent. n. 125.
Corte cost., 6 dicembre 1979, sent. n. 141.

Anno 1980

Corte cost., 23 gennaio 1980, sent. n. 1.
Corte cost., 15 febbraio 1980, sent. n. 13.
Corte cost., 15 febbraio 1980, sent. n. 14.
Corte cost., 15 febbraio 1980, sent. n. 20.
Corte cost., 13 marzo 1980, sent. n. 26.
Corte cost., 25 marzo 1980, sent. n. 33.
Corte cost., 25 marzo 1980, sent. n. 35.
Corte cost., 25 marzo 1980, sent. n. 36.
Corte cost., 22 aprile 1980, sent. n. 58.
Corte cost., 26 giugno 1980, sent. n. 99.
Corte cost., 30 luglio 1980, sent. n. 141.
Corte cost., 22 dicembre 1980, sent. n. 176.
Corte cost., 22 dicembre 1980, sent. n. 188.
Corte cost., 22 dicembre 1980, sent. n. 189.

Anno 1981

Corte cost., 28 gennaio 1981, sent. n. 4.
Corte cost., 26 maggio 1981, sent. n. 74.
Corte cost., 21 luglio 1981, sent. n. 148.
Corte cost., 16 novembre 1981, sent. n. 181.

Anno 1982

Corte cost., 1 febbraio 1982, sent. n. 7.
Corte cost., 25 marzo 1982, sent. n. 57.
Corte cost., 12 maggio 1982, sent. n. 92.
Corte cost., 14 luglio 1982, ord. n. 137.
Corte cost., 17 novembre 1982, sent. n. 188.
Corte cost., 17 novembre 1982, ord. n. 191.
Corte cost., 16 dicembre 1982, sent. n. 220.

Corte cost., 16 dicembre 1982, sent. n. 223.
Corte cost., 22 dicembre 1982, sent. n. 229.

Anno 1983

Corte cost., 1 febbraio 1983, sent. n. 15.
Corte cost., 5 maggio 1983, sent. n. 126.
Corte cost., 5 maggio 1983, sent. n. 127.
Corte cost., 16 giugno 1983, ord. n. 176.
Corte cost., 29 giugno 1983, ord. n. 196.
Corte cost., 21 luglio 1983, sent. n. 229.
Corte cost., 28 luglio 1983, sent. n. 252.
Corte cost., 29 settembre 1983, sent. n. 279.
Corte cost., 5 ottobre 1983, sent. n. 290.
Corte cost., 6 ottobre 1983, sent. n. 300.
Corte cost., 10 ottobre 1983, sent. n. 301.
Corte cost., 18 ottobre 1983, sent. n. 313.
Corte cost., 21 dicembre 1983, ord. n. 352.
Corte cost., 29 dicembre 1983, ord. n. 364.

Anno 1984

Corte cost., 22 febbraio 1984, ord. n. 49.
Corte cost., 7 marzo 1984, ord. n. 59.
Corte cost., 14 marzo 1984, ord. n. 74.
Corte cost., 5 aprile 1984, sent. n. 89.
Corte cost., 7 maggio 1984, sent. n. 138.
Corte cost., 18 luglio 1984, ord. n. 216.
Corte cost., 6 dicembre 1984, ord. n. 274.
Corte cost., 6 dicembre 1984, ord. n. 275.
Corte cost., 6 dicembre 1984, sent. n. 277.

Anno 1985

Corte cost., 23 gennaio 1985, ord. n. 19.
Corte cost., 7 febbraio 1985, sent. n. 34.
Corte cost., 7 febbraio 1985, sent. n. 35.
Corte cost., 13 febbraio 1985, sent. n. 36.
Corte cost., 28 marzo 1985, ord. n. 88.
Corte cost., 17 aprile 1985, sent. n. 103.
Corte cost., 6 maggio 1985, sent. n. 132.
Corte cost., 24 maggio 1985, sent. n. 161.
Corte cost., 15 luglio 1985, sent. n. 204.
Corte cost., 14 ottobre 1985, sent. n. 231.
Corte cost., 29 ottobre 1985, ord. n. 248.
Corte cost., 29 ottobre 1985, ord. n. 250.
Corte cost., 13 dicembre 1985, ord. n. 344.
Corte cost., 17 dicembre 1985, sent. n. 349.
Corte cost., 30 dicembre 1985, sent. n. 368.

Anno 1986

Corte cost., 3 marzo 1986, sent. n. 42.
Corte cost., 24 marzo 1986, sent. n. 52.
Corte cost., 24 marzo 1986, sent. n. 53.
Corte cost., 24 marzo 1986, sent. n. 54.

Corte cost., 24 marzo 1986, ord. n. 61.
Corte cost., 23 aprile 1986, sent. n. 108.
Corte cost., 7 luglio 1986, sent. n. 173.
Corte cost., 7 luglio 1986, sent. n. 174.
Corte cost., 15 luglio 1986, sent. n. 195.
Corte cost., 18 luglio 1986, sent. n. 199.
Corte cost., 18 novembre 1986, sent. n. 237.
Corte cost., 28 novembre 1986, sent. n. 248.
Corte cost., 15 dicembre 1986, sent. n. 268.
Corte cost., 31 dicembre 1986, sent. n. 300.

Anno 1987

Corte cost., 22 gennaio 1987, sent. n. 14.
Corte cost., 13 maggio 1987, sent. n. 153.
Corte cost., 25 maggio 1987, sent. n. 192.
Corte cost., 25 maggio 1987, sent. n. 194.
Corte cost., 23 luglio 1987, sent. n. 283.
Corte cost., 10 dicembre 1987, sent. n. 479.
Corte cost., 18 dicembre 1987, sent. n. 559.
Corte cost., 18 dicembre 1987, sent. n. 561.
Corte cost., 30 dicembre 1987, sent. n. 622.
Corte cost., 30 dicembre 1987, sent. n. 641.

Anno 1988

Corte cost., 19 gennaio 1988, ord. n. 36.
Corte cost., 21 gennaio 1988, ord. n. 62.
Corte cost., 21 gennaio 1988, ord. n. 71.
Corte cost., 2 febbraio 1988, sent. n. 123.
Corte cost., 11 febbraio 1988, sent. n. 159.
Corte cost., 18 febbraio 1988, sent. n. 183.
Corte cost., 17 marzo 1988, sent. n. 311.
Corte cost., 31 marzo 1988, sent. n. 369.
Corte cost., 7 aprile 1988, sent. n. 404.
Corte cost., 14 aprile 1988, sent. n. 446.
Corte cost., 5 maggio 1988, sent. n. 501.
Corte cost., 31 maggio 1988, ord. n. 607.
Corte cost., 14 luglio 1988, sent. n. 826.
Corte cost., 26 luglio 1988, sent. n. 878.
Corte cost., 28 luglio 1988, sent. n. 926.
Corte cost., 9 novembre 1988, sent. n. 1028.
Corte cost., 15 novembre 1988, sent. n. 1030.
Corte cost., 6 dicembre 1988, sent. n. 1063.
Corte cost., 6 dicembre 1988, sent. n. 1066.
Corte cost., 6 dicembre 1988, ord. n. 1080.
Corte cost., 13 dicembre 1988, sent. n. 1089.
Corte cost., 29 dicembre 1988, sent. n. 1150.

Anno 1989

Corte cost., 9 marzo 1989, sent. n. 103.
Corte cost., 9 marzo 1989, ord. n. 105.
Corte cost., 12 aprile 1989, sent. n. 181.
Corte cost., 12 aprile 1989, ord. n. 192.

Corte cost., 20 aprile 1989, sent. n. 204.
Corte cost., 22 giugno 1989, sent. n. 346.
Corte cost., 11 luglio 1989, sent. n. 391.
Corte cost., 27 luglio 1989, sent. n. 459.
Corte cost., 30 novembre 1989, ord. n. 519.
Corte cost., 20 dicembre 1989, sent. n. 559.
Corte cost., 22 dicembre 1989, sent. n. 567.
Corte cost., 29 dicembre 1989, sent. n. 586.
Corte cost., 29 dicembre 1989, ord. n. 589.

Anno 1990

Corte cost., 2 febbraio 1990, sent. n. 63.
Corte cost., 2 marzo 1990, sent. n. 102.
Corte cost., 9 marzo 1990, sent. n. 118.
Corte cost., 16 marzo 1990, sent. n. 127.
Corte cost., 26 marzo 1990, sent. n. 139.
Corte cost., 15 maggio 1990, sent. n. 241.
Corte cost., 5 luglio 1990, sent. n. 316.
Corte cost., 13 luglio 1990, sent. n. 328.
Corte cost., 31 luglio 1990, sent. n. 384.
Corte cost., 3 ottobre 1990, sent. n. 430.
Corte cost., 19 dicembre 1990, sent. n. 548.

Anno 1991

Corte cost., 6 febbraio 1991, sent. n. 51.
Corte cost., 8 febbraio 1991, sent. n. 63.
Corte cost., 11 febbraio 1991, sent. n. 75.
Corte cost., 2 marzo 1991, sent. n. 96.
Corte cost., 15 marzo 1991, sent. n. 119.
Corte cost., 18 aprile 1991, sent. n. 167.
Corte cost., 12 giugno 1991, sent. n. 277.
Corte cost., 23 luglio 1991, sent. n. 366.
Corte cost., 31 ottobre 1991, sent. n. 393.
Corte cost., 19 novembre 1991, sent. n. 419.
Corte cost., 22 novembre 1991, sent. n. 420.
Corte cost., 9 dicembre 1991, sent. n. 439.
Corte cost., 19 dicembre 1991, sent. n. 467.
Corte cost., 19 dicembre 1991, sent. n. 478.

Anno 1992

Corte cost., 24 febbraio 1992, sent. n. 62.
Corte cost., 28 febbraio 1992, sent. n. 75.
Corte cost., 11 maggio 1992, sent. n. 210.
Corte cost., 17 giugno 1992, sent. n. 278.
Corte cost., 24 giugno 1992, sent. n. 301.
Corte cost., 1 luglio 1992, sent. n. 309.
Corte cost., 27 luglio 1992, sent. n. 368.
Corte cost., 30 luglio 1992, sent. n. 388.
Corte cost., 19 novembre 1992, sent. n. 465.

Anno 1993

Corte cost., 19 gennaio 1993, sent. n. 10.

Corte cost., 15 marzo 1993, ord. n. 93.
Corte cost., 26 marzo 1993, sent. n. 112.
Corte cost., 26 marzo 1993, sent. n. 118.
Corte cost., 27 aprile 1993, sent. n. 195.
Corte cost., 7 maggio 1993, sent. n. 226.
Corte cost., 19 maggio 1993, sent. n. 243.
Corte cost., 16 giugno 1993, sent. n. 283.
Corte cost., 9 luglio 1993, sent. n. 310.
Corte cost., 28 luglio 1993, sent. n. 356.
Corte cost., 25 novembre 1993, sent. n. 417.
Corte cost., 16 dicembre 1993, sent. n. 441.
Corte cost., 28 dicembre 1993, sent. n. 466.
Corte cost., 31 dicembre 1993, sent. n. 500.

Anno 1994

Corte cost., 3 febbraio 1994, sent. n. 13.
Corte cost., 3 febbraio 1994, sent. n. 22.
Corte cost., 23 febbraio 1994, ord. n. 59.
Corte cost., 2 giugno 1994, ord. n. 215.
Corte cost., 23 giugno 1994, sent. n. 257.
Corte cost., 22 luglio 1994, sent. n. 330.
Corte cost., 22 luglio 1994, ord. n. 334.
Corte cost., 7 novembre 1994, sent. n. 379.

Anno 1995

Corte cost., 12 gennaio 1995, sent. n. 1.
Corte cost., 13 febbraio 1995, sent. n. 34.
Corte cost., 6 aprile 1995, sent. n. 108.
Corte cost., 6 aprile 1995, sent. n. 110.
Corte cost., 8 maggio 1995, sent. n. 155.
Corte cost., 23 maggio 1995, sent. n. 188.
Corte cost., 27 luglio 1995, sent. n. 409.
Corte cost., 28 luglio 1995, sent. n. 417.
Corte cost., 12 settembre 1995, sent. n. 427.
Corte cost., 18 ottobre 1995, sent. n. 440.
Corte cost., 24 ottobre 1995, sent. n. 447.
Corte cost., 26 ottobre 1995, sent. n. 462.
Corte cost., 29 dicembre 1995, sent. n. 529.

Anno 1996

Corte cost., 18 gennaio 1996, sent. n. 8.
Corte cost., 29 gennaio 1996, sent. n. 13.
Corte cost., 29 gennaio 1996, sent. n. 15.
Corte cost., 18 aprile 1996, sent. n. 120.
Corte cost., 27 maggio 1996, sent. n. 171.
Corte cost., 27 giugno 1996, sent. n. 223.
Corte cost., 4 luglio 1996, sent. n. 236.
Corte cost., 22 luglio 1996, ord. n. 274.
Corte cost., 23 luglio 1996, sent. n. 297.
Corte cost., 23 luglio 1996, sent. n. 302.
Corte cost., 25 luglio 1996, sent. n. 312.
Corte cost., 8 ottobre 1996, sent. n. 334.

Corte cost., 8 ottobre 1996, sent. n. 335.
Corte cost., 5 novembre 1996, sent. n. 386.
Corte cost., 20 dicembre 1996, sent. n. 399.
Corte cost., 27 dicembre 1996, sent. n. 419.
Corte cost., 30 dicembre 1996, sent. n. 430.

Anno 1997

Corte cost., 10 febbraio 1997, sent. n. 35.
Corte cost., 3 marzo 1997, sent. n. 58.
Corte cost., 4 giugno 1997, sent. n. 170.
Corte cost., 30 luglio 1997, sent. n. 283.
Corte cost., 16 ottobre 1997, ord. n. 310.

Anno 1998

Corte cost., 18 febbraio 1998, ord. n. 20.
Corte cost., 12 marzo 1998, sent. n. 50.
Corte cost., 1 aprile 1998, sent. n. 85.
Corte cost., 23 aprile 1998, sent. n. 135.
Corte cost., 3 giugno 1998, sent. n. 196.
Corte cost., 24 luglio 1998, sent. n. 321.
Corte cost., 27 novembre 1998, sent. n. 383.
Corte cost., 14 dicembre 1998, sent. n. 408.
Corte cost., 28 dicembre 1998, ord. n. 448.

Anno 1999

Corte cost., 11 febbraio 1999, sent. n. 26.
Corte cost., 10 maggio 1999, sent. n. 156.
Corte cost., 10 maggio 1999, sent. n. 167.
Corte cost., 20 maggio 1999, sent. n. 179.
Corte cost., 30 giugno 1999, ord. n. 276.
Corte cost., 9 luglio 1999, ord. n. 289.
Corte cost., 20 luglio 1999, sent. n. 330.
Corte cost., 22 ottobre 1999, sent. n. 388.
Corte cost., 29 ottobre 1999, sent. n. 405.
Corte cost., 4 novembre 1999, sent. n. 417.
Corte cost., 10 novembre 1999, sent. n. 426.

Anno 2000

Corte cost., 4 febbraio 2000, sent. n. 24.
Corte cost., 17 marzo 2000, sent. n. 70.
Corte cost., 27 aprile 2000, sent. n. 126.
Corte cost., 31 maggio 2000, sent. n. 164.
Corte cost., 1 giugno 2000, ord. n. 174.
Corte cost., 6 luglio 2000, ord. n. 260.
Corte cost., 17 luglio 2000, sent. n. 293.
Corte cost., 24 luglio 2000, sent. n. 332.
Corte cost., 24 luglio 2000, ord. n. 343.
Corte cost., 25 luglio 2000, sent. n. 351.
Corte cost., 27 luglio 2000, sent. n. 379.
Corte cost., 28 luglio 2000, sent. n. 393.
Corte cost., 13 ottobre 2000, sent. n. 419.
Corte cost., 2 novembre 2000, sent. n. 459.

Corte cost., 3 novembre 2000, sent. n. 461.
Corte cost., 9 novembre 2000, sent. n. 482.
Corte cost., 21 novembre 2000, sent. n. 516.
Verwaltungsgericht Berlin, 1 dicembre 2000
 (VG 35 A 570.99).

Anno 2001

Corte cost., 11 maggio 2001, sent. n. 120.
Corte cost., 22 maggio 2001, sent. n. 159.
Corte cost., 14 giugno 2001, sent. n. 190.
Corte cost., 22 giugno 2001, sent. n. 205.
Corte cost., 26 giugno 2001, sent. n. 206.
Corte cost., 12 luglio 2001, sent. n. 243.
Corte cost., 17 luglio 2001, ord. n. 254.
Corte cost., 25 luglio 2001, sent. n. 291.
Corte cost., 27 luglio 2001, ord. n. 319.
Corte cost., 24 ottobre 2001, sent. n. 341.
Corte cost., 24 ottobre 2001, sent. n. 342.

Anno 2002

Corte cost., 25 febbraio 2002, sent. n. 29.
Corte cost., 21 marzo 2002, ord. n. 85.
Corte cost., 5 aprile 2002, ord. n. 92.
Corte cost., 3 maggio 2002, ord. n. 151.
Corte cost., 24 giugno 2002, sent. n. 268.
Corte cost., 3 luglio 2002, sent. n. 306.
Corte cost., 17 luglio 2002, sent. n. 355.
Corte cost., 26 luglio 2002, sent. n. 407.
Corte cost., 29 ottobre 2002, ord. n. 432.
Corte cost., 31 ottobre 2002, ord. n. 436.
Corte cost., 20 novembre 2002, sent. n. 466.
Corte cost., 22 novembre 2002, sent. n. 470.
Corte cost., 28 novembre 2002, sent. n. 494.

Anno 2003

Corte cost., 15 gennaio 2003, ord. n. 6.
Corte cost., 4 febbraio 2003, sent. n. 27.
Corte cost., 13 febbraio 2003, ord. n. 51.
Corte cost., 27 marzo 2003, sent. n. 82.
Corte cost., 16 aprile 2003, sent. n. 125.
Corte cost., 4 giugno 2003, sent. n. 185.
Corte cost., 11 luglio 2003, ord. n. 237.
Corte cost., 29 settembre 2003, sent. n. 301.
Corte cost., 19 dicembre 2003, sent. n. 359.

Anno 2004

Corte cost., 15 gennaio 2004, sent. n. 5.
Corte cost., 23 gennaio 2004, sent. n. 30.
Corte cost., 2 marzo 2004, ord. n. 80.
Corte cost., 1 giugno 2004, sent. n. 161.
Corte cost., 22 giugno 2004, sent. n. 176.
Corte cost., 28 giugno 2004, sent. n. 196.

Corte cost., 6 luglio 2004, ord. n. 211.
Corte cost., 19 luglio 2004, sent. n. 238.
Corte cost., 29 novembre 2004, ord. n. 368.

Anno 2005

Corte cost., 27 gennaio 2005, ord. n. 41.
Corte cost., 29 gennaio 2005, sent. n. 63.
Corte cost., 21 aprile 2005, sent. n. 161.
Corte cost., 26 maggio 2005, ord. n. 208.
Corte cost., 16 giugno 2005, ord. n. 237.
Corte cost., 7 luglio 2005, sent. n. 272.
Corte cost., 27 luglio 2005, ord. n. 340.
Corte cost., 29 luglio 2005, sent. n. 345.

Anno 2006

Corte cost., 17 marzo 2006, sent. n. 116.
Corte cost., 5 maggio 2006, ord. n. 187.
Corte cost., 11 maggio 2006, ord. n. 199.
Corte cost., 13 giugno 2006, sent. n. 223.
Corte cost., 7 luglio 2006, sent. n. 279.
Corte cost., 28 dicembre 2006, ord. n. 463.

Anno 2007

Corte cost., 19 gennaio 2007, ord. n. 4.
Corte cost., 9 marzo 2007, sent. n. 64.
Corte cost., 16 marzo 2007, sent. n. 78.
Corte cost., 24 ottobre 2007, sent. n. 348.
Corte cost., 24 ottobre 2007, sent. n. 349.

Anno 2008

Corte cost., 25 gennaio 2008, sent. n. 9.
Corte cost., 20 giugno 2008, sent. n. 219.
Corte cost., 4 luglio 2008, ord. n. 255.
Corte cost., 30 luglio 2008, sent. n. 308.
Corte cost., 1 agosto 2008, sent. n. 326.
Corte cost., 1 agosto 2008, sent. n. 327.
Corte cost., 19 dicembre 2008, sent. n. 428.

Anno 2009

Corte cost., 30 gennaio 2009, sent. n. 21.
Corte cost., 30 gennaio 2009, sent. n. 24.
Corte cost., 8 maggio 2009, sent. n. 140.
Corte cost., 22 maggio 2009, sent. n. 159.
Corte cost., 22 maggio 2009, ord. n. 162.
Corte cost., 29 maggio 2009, sent. n. 167.

Corte cost., 9 luglio 2009, sent. n. 206.
Corte cost., 18 dicembre 2009, sent. n. 335.

Anno 2010

Corte cost., 14 gennaio 2010, ord. n. 5.
Corte cost., 21 gennaio 2010, sent. n. 15.
Corte cost., 1 aprile 2010, sent. n. 124.
Corte cost., 15 aprile 2010, sent. n. 138.
Corte cost., 10 giugno 2010, sent. n. 200.
Corte cost., 8 luglio 2010, sent. n. 247.
Corte cost., 22 luglio 2010, sent. n. 270.
Corte cost., 23 luglio 2010, sent. n. 282.
Corte cost., 8 ottobre 2010, sent. n. 289.
Corte cost., 5 novembre 2010, sent. n. 312.

Anno 2011

Corte cost., 12 gennaio 2011, ord. n. 12.
Corte cost., 3 marzo 2011, sent. n. 67.
Corte cost., 11 marzo 2011, sent. n. 88.
Corte cost., 8 giugno 2011, sent. n. 175.
Corte cost., 25 luglio 2011, sent. n. 244.
Corte cost., 28 ottobre 2011, sent. n. 280.
Corte cost., 10 novembre 2011, sent. n. 300.
Corte cost., 22 dicembre 2011, sent. n. 338.

Anno 2012

Corte cost., 7 febbraio 2012, sent. n. 18.
Corte cost., 9 febbraio 2012, sent. n. 21.
Corte cost., 23 marzo 2012, sent. n. 68.
Corte cost., 28 marzo 2012, sent. n. 70.
Corte cost., 12 aprile 2012, sent. n. 87.
Corte cost., 12 aprile 2012, sent. n. 88.
Corte cost., 18 aprile 2012, sent. n. 96.
Corte cost., 31 maggio 2012, sent. n. 134.
Corte cost., 19 luglio 2012, sent. n. 192.
Corte cost., 20 luglio 2012, sent. n. 200.
Corte cost., 31 ottobre 2012, sent. n. 241.

Anno 2013

Corte cost., 23 gennaio 2013, sent. n. 8.
Corte cost., 20 marzo 2013, sent. n. 46.
Corte cost., 28 marzo 2013, sent. n. 51.
Corte cost., 9 maggio 2013, sent. n. 85.
Corte cost., 22 maggio 2013, sent. n. 94.

SOMMARIO

Premessa	7
----------	---

CAPITOLO I INTRODUZIONE CENNI METODOLOGICI E AVVERTENZE STIPULATIVE

1. Indicazioni preliminari	11
1.1. 'Clausole generali': una categoria del linguaggio dottrinario	12
1.2. Il valore descrittivo della categoria (le clausole generali come qualificazione di specifiche norme/disposizioni dell'ordinamento)	18
1.3. (<i>segue</i>) Il pericolo di un uso "prescrittivo" della categoria (le clausole generali come modalità interpretativa di norme/disposizioni dell'ordinamento)	24
1.4. 'Clausole generali': un concetto dai molti nomi	29
1.5. (<i>segue</i>) 'Clausole generali': un nome per più concetti	33
1.6. Clausole generali e interpretazione giuridica: un problema aperto	36
1.7. (<i>segue</i>) Una stipulazione operativa: le clausole generali come (parti di) norme riconducibili a (elementi di) espresse disposizioni	48

CAPITOLO II LE "CLAUSOLE GENERALI" NELLA LETTERATURA DEI GIURISTI POSITIVI E DEI FILOSOFI DEL DIRITTO

2. I concetti di 'clausola generale'. Le clausole generali nella letteratura dei giuristi positivi e dei filosofi del diritto	54
2.1. Clausole generali e diritto sub-costituzionale: cenni storici e prima ipotesi di base comune	56
2.2. Gli elementi tradizionali	63

2.2.1. Le clausole generali come tecnica legislativa	63
2.2.1.1. Tre sottocategorie di clausole generali	66
2.2.1.2. Oltre la fattispecie	72
2.2.2. (<i>segue</i>) L'indeterminatezza	75
2.2.2.1. Ambiguità	80
2.2.2.2. Vaghezza comune	84
2.2.2.3. Vaghezza "da rinvio"	87
2.2.3. (<i>segue</i>) Gli standard valutativi	98
2.2.3.1. Gli standard come concetti di valore (giuridici e meta-giuridici)	99
2.2.3.2. Gli standard e i giudizi di valore	103
2.2.3.3. La funzione degli standard fra rinvii e direttive	108
2.3. La procedura di concretizzazione fra interpretazione e politica del diritto	113
2.3.1. Interpretazione "comune" e interpretazione "delle clausole generali"	113
2.3.2. L'interpretazione dei termini o sintagmi valutativi (ovvero: l'individuazione dello standard)	121
2.3.3. La scelta del criterio di giudizio <i>all'interno</i> dello standard	125
2.3.4. La concretizzazione del criterio di giudizio	127
2.3.5. La concretizzazione delle clausole generali fra controlli e limiti	132
2.3.6. Appendice: i concetti limitrofi (equità e discrezionalità)	137
2.4. I "soggetti" delle clausole generali: le clausole generali come norme di delegazione?	146
2.4.1. Giudici delle clausole generali e teoria dell'interpretazione	151
2.4.2. Fraintendimenti "kelseniani"	154
2.4.3. Le clausole generali in una dimensione "plurisoggettiva"	158
2.5. Bilancio e critica	160
2.5.1. Clausole generali e positivismo fra problemi e pseudo-problemi	161
2.5.2. Ancora su clausole generali e <i>Richterrecht</i>	164
2.5.3. Gli atteggiamenti valutativi della dottrina: ieri, oggi, domani	166
2.5.4. (<i>segue</i>) Clausole generali e società "pluralista"	169
2.6. Sinossi: una pluralità di statuti e di problemi	172

CAPITOLO III "CLAUSOLE GENERALI" E COSTITUZIONE

3.1. La categoria delle 'clausole generali' nella scienza del diritto costituzionale: una "latitanza" singolare?	182
3.2. Concetti di 'clausola generale' e linguaggio della Costituzione	188
3.2.1. Norme altamente indeterminate (C.G. n. 1), norme analogicamente estensive (C.G. n. 2) e norme a fattispecie aperta (C.G. n. 3) nel "contesto linguistico" costituzionale	188
3.2.2. Le clausole generali "in senso proprio" (C.G. n. 4): ancora sulla "valutatività" dei termini o sintagmi	195
3.2.3. (<i>segue</i>) La pluralità dei criteri di giudizio	199
3.2.4. Costrutti indeterminati "interpretativi" (<i>rinvio</i>)	203

3.3. Le clausole generali costituzionali (C.G. n. 4): una tecnica “compromissoria”?	211
3.3.1. Il dibattito alla Costituente	212
3.3.2. Compromessi “dilatatori”	217
3.3.2.1. Il compromesso <i>attraverso</i> le clausole generali costituzionali	220
3.3.2.2. Il compromesso <i>sulle</i> clausole generali costituzionali	224
3.4. I principi/valori come clausole generali del neocostituzionalismo	225
3.4.1. Delimitazione dell’indagine	225
3.4.2. I principi costituzionali come “ponte” fra diritto e cultura	230
3.4.3. Concetti <i>vs.</i> concezioni (una parentesi su Ronald Dworkin)	233
3.4.4. I principi costituzionali come forme di rinvio alla morale	236
3.4.5. Principi costituzionali come clausole generali? (Prime “prove di traduzione”)	239
3.4.6. Clausole generali e interpretazione per valori: i limiti della connessione	246
3.4.7. (<i>segue</i>) Principi costituzionali e <i>gap</i> argomentativi allo “specchio” delle clausole generali	251
3.5. Clausole generali e norme a fattispecie aperta: una breve panoramica	256
3.5.1. Le clausole generali “aperte” (C.G. n. 3) come forme di promozione dei diritti fondamentali	256
3.5.2. L’art. 2 Cost. come clausola generale in senso proprio (C.G. n. 4): analisi e critica	262
3.5.2.1. Delimitazione della problematica	262
3.5.2.2. ‘Diritti inviolabili’: un sintagma valutativo?	264
3.5.2.3. Oltre la Costituzione formale? Un esercizio di interpretazione	265
3.5.2.4. L’integrazione della fattispecie tra problemi e prospettive	269
3.6. Clausole generali (costituzionali) sotto “custodia”?	274
3.6.1. Un antecedente storico: Schmitt e Kelsen sullo “spostamento di potere”	277
3.6.2. Le clausole generali costituzionali tra magistratura ordinaria, legislatore e Corte costituzionale	283
3.6.3. L’“elasticità” della Costituzione	287
3.6.4. Appendice: legittimità <i>vs.</i> merito	290
3.7. Una breve sintesi	293

CAPITOLO IV
LE “CLAUSOLE GENERALI”
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

4.1. Le clausole generali costituzionali nella dimensione giurisprudenziale: alcuni casi di studio	297
4.2. ‘Buon costume’	301
4.3. ‘Utilità sociale’	306
4.4. ‘Fini sociali’	316
4.5. ‘Funzione sociale’	320
4.6. ‘Utilità generale’	324

4.7. 'Sicurezza'	326
4.8. 'Libertà'	328
4.9. 'Dignità'	330
4.9.1. 'Dignità umana' ed 'esistenza libera e dignitosa' (art. 36 Cost.)	332
4.9.2. 'Dignità umana' e 'dignità sociale' (art. 3 Cost.)	334
4.10. 'Diritti inviolabili'	336

CAPITOLO V

PROVE DI CONCLUSIONE

LE CLAUSOLE GENERALI COSTITUZIONALI FRA SOGNO E REALTÀ

5.1. I problemi ancora aperti	347
5.2. Una situazione "fatale"? (Intermezzo sulla presunta "inevitabilità" dello <i>status quo</i>)	351
5.3. Le prospettive. Un diverso ruolo dei "fatti" nei giudizi di costituzionalità?	355
5.4. (<i>segue</i>) Prime linee metodiche per uno spartito argomentativo	359
 Mappa del libro	 371
 Tavola delle abbreviazioni	 387
 Indice delle opere citate	 389
 Indice della giurisprudenza richiamata	 411

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOCZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOCZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI E., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI E., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., "Ubi venus mutatur", 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrari nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiusoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illicito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LISSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze*. *Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2014
presso Editografica – Rastignano (BO)