

# Orizzonti del Diritto Commerciale

II Convegno Nazionale – Roma, 11-12 febbraio 2011

Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale

MARIO LIBERTINI

**Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione.**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intreccio del tema delle clausole generali con quello dei poteri del giudice, nel dibattito dell'ultimo quarantennio. – 3. Le clausole generali in senso lato, come testi normativi contenenti "sintagmi indeterminati". – 4. I criteri di integrazione dei sintagmi indeterminati: "coscienza sociale" o "principi giuridici"? – 5. Le nozioni giuridiche indeterminate in una prospettiva di "giuspositivismo moderato". – 6. Una precisazione in materia di eterointegrazione di nozioni giuridiche indeterminate. – 7. Il problema del controllo di legittimità delle decisioni applicative di clausole generali. – 8. Dalla fase ideologica alla fase costruttiva del dibattito sulle clausole generali. L'esigenza di maggiore chiarezza analitica. – 9. La distinzione fra clausole, norme e principi generali nel pensiero di Mengoni e di Rodotà. – 10. L'esigenza di un migliore inquadramento di queste figure nella teoria generale della norma giuridica. Alcune premesse elementari. – 11. Le norme di condotta a fattispecie indeterminata. – 12. Norme generali e norme speciali. – 13. I principi giuridici nella teoria della norma giuridica. – 14. Le clausole generali in senso stretto, come norme di attribuzione al giudice di un potere discrezionale di bilanciamento di interessi nel caso concreto. – 15. Interpretazione ed applicazione delle clausole generali in senso stretto. – 16. Le macroclausole generali (buona fede, abuso del diritto, *exceptio doli generalis*, etc.). – 17. Clausole generali e diritto commerciale.

---

1. Questo scritto tenta di ripercorrere il dibattito che si è svolto nella cultura giuridica italiana degli ultimi 40 anni sul tema delle clausole generali nella legislazione, di individuare alcuni problemi irrisolti e di proporre qualche soluzione.

L'orizzonte della riflessione sarà esclusivamente di diritto domestico, per cui sarà omesso ogni confronto diretto con il dibattito di matrice americana, in larga parte interferente, che è riassunto nella nota formula "*Rules vs. Standards*".

2. Come punto di partenza della riflessione si può rilevare che il dibattito sulle clausole generali, da quando è stato avviato con la celebre prolusione di Stefano Rodotà del 1967, ha visto sempre intrecciarsi un tema di teoria generale, relativo al concetto di “clausola generale” (e alla collocazione di questo nella teoria della norma giuridica, dell’ordinamento, delle fonti di diritto) e un altro tema, che è pure di teoria delle fonti ma è soprattutto di “politica del diritto”, che riguarda il ruolo della giurisprudenza e i poteri “creativi” del giudice.

L’intreccio fra i due temi era presente proprio nell’impostazione del saggio di Rodotà: il centro dell’argomentazione era allora costituito, com’è noto, dalla contrapposizione fra “legislazione per principi” e legislazione per fattispecie casistiche, e da un giudizio di valore favorevole al primo dei due modelli di legislazione; ciò in un quadro ideologico che auspicava una leale cooperazione fra potere legislativo e potere giudiziario (con una implicita, ma trasparente attribuzione di una funzione propulsiva a quest’ultimo). Alle “clausole generali”, non definite analiticamente in quella sede, si attribuiva il compito di realizzare una funzione “omeostatica”, cioè una funzione di progressivo e pacifico adattamento del diritto applicato alle esigenze di una realtà in continuo mutamento.

Sulla linea tracciata da Rodotà, il dibattito successivo si è svolto tenendo costantemente intrecciato il tema “clausole generali” con quello “poteri del giudice”. Inevitabilmente, il tema del ruolo, più o meno creativo, della giurisprudenza, ha assunto nel dibattito importanza centrale, per la sua valenza in termini di “politica del diritto”. Da qui la minore urgenza di un approfondimento analitico della nozione di “clausola generale” e il tendenziale consolidamento, nell’uso linguistico corrente, di una nozione molto ampia, e non rigorosamente definita, di “clausola generale”<sup>1</sup>.

Se, a quarant’anni di distanza, si vuol cercare di tracciare una sintesi dei risultati di questo dibattito, e delle modificazioni da esso introdotte nella cultura giuridica italiana, si può dire che, sul primo versante (poteri del giudice e ruolo della giurisprudenza) si è assistito ad un radicale rivolgimento delle idee correnti; sul secondo versante (teoria analitica delle clausole generali) vi è ancora, invece, molta incertezza.

---

<sup>1</sup> Per la verità, gli usi linguistici correnti sono ancora più labirintici, perché diverse voci, anche autorevoli, occupandosi sostanzialmente della stessa materia (e in una prospettiva più distaccata da quella, molto “giuspolitica”, che ha segnato l’inizio della riflessione in materia, alla fine degli anni Sessanta), preferiscono sostituire l’espressione “clausole generali” con altre come “standards valutativi” (di derivazione angloamericana) o “concetti-valvola”, o altri ancora. Per una ricognizione delle dottrine, comunque non completa e ormai bisognosa di aggiornamento, v. M.FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, “standards” valutativi e principi generali dell’ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558 ss.

Il discorso svolto nel testo muove quindi da un’esigenza di semplificazione, si spera costruttiva.

Sul primo punto, basta constatare alcuni moduli culturali ed usi linguistici che possono dirsi di uso corrente, nella comunicazione giuridica odierna:

- a) una prima constatazione riguarda l'affermazione, ormai pressoché generalizzata, relativa al "potere creativo della giurisprudenza"; affermazione, per la verità, variamente declinata, talora in termini solamente descrittivi e sociogiuridici, tal'altra anche in termini di "dover essere", cioè di riconoscimento di fonte formale alla produzione giurisprudenziale;
- b) una seconda riguarda l'uso, oggi pienamente legittimato (anche se non sempre coerentemente sviluppato) dell'argomentazione per principi, sia nell'interpretazione di singole disposizioni, sia soprattutto nella concreta costruzione della disciplina dei rapporti fra privati.

Quaranta anni fa, quando il dibattito sulle clausole generali è stato avviato, prevalevano, almeno nella cultura giuridica privatistica, atteggiamenti opposti. Non solo la giurisprudenza non era mai considerata fonte formale di diritto, ma si negava dai più che essa apportasse un *quid pluris* a quanto già implicitamente contenuto nel sistema legislativo. Quanto agli argomenti impiegati dalla dottrina giuridica, si oscillava tra la fedeltà esegetica e l'impiego della dogmatica concettualistica. Il richiamo ai principi e alla necessità di esprimere giudizi di valore nell'interpretazione era teorizzato solo da qualche voce, pur autorevole (come Ascarelli), che era considerata allora fin troppo innovativa ed eterodossa.

Sul secondo punto, si deve invece constatare che, nell'uso corrente di espressioni come "clausole generali", "principi generali", "norme generali", e simili, persiste oggi, come allora, molta confusione terminologica. Un esempio significativo si può trarre dalla recente, notissima sentenza di Cass.civ., ss.uu., 18 settembre 2009, n. 21606. Qui la buona fede, nel corso di tre frasi successive, viene prima definita come "clausola generale", poi come "principio generale", infine come "obbligo" a carico della parte (cioè come [effetto di una] norma di condotta<sup>2</sup>).

Più avanti si cercherà di sostenere che un approfondimento analitico, sul significato da attribuire a questi termini, si rende oggi necessario. Tuttavia, in prima battuta sembra opportuno svolgere qualche osservazione costruttiva sul fenomeno che possiamo designare come "clausola generale in senso lato".

---

<sup>2</sup> "La clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). I principi di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede e correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica".

3. Questo uso linguistico (cioè l'uso di una accezione molto ampia di "clausola generale") è stato peraltro teorizzato da uno degli studiosi più attenti della materia, F. Roselli, il quale ha consapevolmente costruito la sua riflessione su una nozione di clausola generale come "*disposizione precettiva.. formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate, sì da esservi implicito il richiamo a regole della morale o del costume oppure proprie di determinate cerchie sociali, o discipline, o arti, o professioni*"<sup>3</sup>. Questa concezione porta necessariamente a riconoscere che "*la contrapposizione fra clausole generali e norme definitorie.. è relativa*"<sup>4</sup>.

La clausola generale diviene, in questa prospettiva, un concetto idealtipico, atto a designare tutti i testi normativi contenenti espressioni ampie e non precisamente determinate; cioè una entità dai confini fluidi, se pur riconoscibile con criteri socioculturali e storici.

E' questo oggi il significato dell'espressione, nell'uso corrente dei giuristi italiani.

Più precisamente, mi sembra possibile affermare (sviluppando, con qualche variante, i risultati del recente volume di V. Velluzzi) che, negli usi linguistici correnti, il termine "clausola generale" designa oggi diverse categorie di norme, tutte caratterizzate dalla presenza, all'interno del testo normativo, di "sintagmi indeterminati"; cioè di termini che richiedono un'attribuzione di significato che lascia all'interprete ampi margini di discrezionalità e impone il ricorso a giudizi di valore, al fine di scegliere fra diversi possibili parametri di giudizio<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> F. ROSELLI, *Le clausole generali*, oggi, in *Diritto romano attuale*, 10/2003, 37.

<sup>4</sup> F. ROSELLI, *ibid.*

<sup>5</sup> Come anticipato nel testo, queste indicazioni utilizzano, in parte, i risultati a cui giunge la ricerca di V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010. Questo a. si pone il problema di formulare una definizione "esplicativa" di c.g. (cioè una definizione ricognitiva degli usi linguistici correnti del termine, presso i giuristi italiani) e così giunge alla seguente definizione: "*la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile.. se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti*".

A mio avviso, la ricostruzione di V., per tanti aspetti interessante, non può essere pienamente accettata nella parte in cui ritiene di poter definire la c.g., sulla scorta degli usi linguistici correnti, come un "sintagma indeterminato" (cioè una parte di una norma e non una norma completa). In realtà, negli usi linguistici correnti, a parte qualche enunciato dottrinale rigoroso, tendenzialmente corrispondente alla definizione ora ricostruita da V. (v. C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986, 21 ss.), il termine c.g. viene di solito impiegato per designare norme complete, ancorché usualmente ritenute per qualche aspetto diverse dalle norme ordinarie, e comunque di solito non definite con precisione.

Questa concezione fluida – tornando a quanto sostenuto da F.Roselli<sup>6</sup> - non è di per sé priva di utilità pratica (cioè di utilità, ai fini dell'applicazione di norme di diritto). Direi anzi che si può affermare, ancor più nettamente, che essa non è priva di valore euristico.

Ritengo infatti che sulle “clausole generali in senso lato” (i.e. “nozioni giuridiche indeterminate”) si possano innestare alcuni seri problemi di diritto positivo, che ancora attendono una compiuta sistemazione teorica.

4. Il primo, fondamentale problema è quello dei criteri di integrazione della nozione giuridica “indeterminata”<sup>7</sup>, contenuta in un testo normativo.

Una tesi molto diffusa, e a tutt'oggi prevalente, ritiene che le norme contenenti nozioni indeterminate equivalgano a deleghe in bianco, date dal legislatore al giudice, il quale dovrebbe completare la norma rifacendosi a norme tecniche o a norme tratte dalla morale sociale<sup>8</sup>.

---

L'analisi di V. ha consentito di mettere in luce il risultato per cui il minimo comun denominatore degli usi linguistici correnti è costituito dalla presenza, all'interno della norma qualificata come c.g., di un sintagma indeterminato, ma sembra riduttiva (proprio sul piano ricognitivo, o “esplicativo” che dir si voglia) la definizione che riduce la c.g. a questo sintagma (cioè ad un segmento dell'intero enunciato normativo).

<sup>6</sup> F.ROSELLI (nt. 3).

<sup>7</sup> D'ora in poi si userà l'espressione “indeterminato” nel senso, sopra definito (seguendo sostanzialmente l'indicazione di Velluzzi), di termine che richiede un'attribuzione di significato che lascia all'interprete ampi margini di discrezionalità e impone il ricorso a giudizi di valore, al fine di scegliere fra diversi possibili parametri di giudizio. Do peraltro per scontata la diffusa osservazione che tale nozione può applicarsi a qualsiasi espressione del linguaggio naturale e che le “nozioni giuridiche indeterminate” si distinguono da altri elementi dei testi normativi solo perché presentano il connotato in questione in un grado particolarmente elevato.

<sup>8</sup> Fra i tanti v. l'autorevole voce di P.RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv.dir.comm.*, 1998, I, 1 ss. (“Nelle clausole generali opera la delega a ricercare valori fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo”).

Un approfondimento analitico della tesi, mediante l'elaborazione del concetto di “vaghezza socialmente tipica”, si è avuto da parte di C.LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, 299 ss.

Per la critica all'assunto della necessaria “etero integrazione” delle norme a contenuto indeterminato v. V.VELLUZZI (nt. 5), 65 ss., in base alla condivisibile considerazione (v. anche *infra*, nel testo) che nessuna necessità logica impone di escludere la possibilità di auto-integrazione delle norme in questione mediante criteri di valutazione tratti da fonti formali dell'ordinamento.

Qualcuno, probabilmente razionalizzando un modo di pensare diffuso nel senso comune dei giuristi, ha anche teorizzato che il *proprium* delle clausole generali consisterebbe proprio in questa delega del legislatore alla “eterointegrazione” della norma mediante la discrezionalità giudiziale, mentre si dovrebbe parlare di “norme generali” e non di “clausole generali” per tutte quelle norme che, pur contenendo nozioni giuridiche indeterminate, richiedono di essere integrate mediante il ricorso ad altre norme giuridiche, di rango superiore, e non mediante il ricorso a criteri tratti dalla realtà sociale<sup>9</sup>.

Dico subito che questa teoria non mi sembra convincente, per diverse ragioni.

In primo luogo, se guardiamo ai testi normativi, dobbiamo constatare che, in quelli contenenti nozioni indeterminate, non vi è quasi mai il rinvio agli usi o ad altri criteri di eterointegrazione (v. comunque *infra*, § 6; il rinvio agli usi è relativamente frequente, ma di solito in norme di dettaglio e non in norme a contenuto generale<sup>10</sup>).

In secondo luogo, si può osservare che l’idea della “delega in bianco” al giudice, se un tempo poteva apparire una conseguenza necessitata, di fronte ad un testo normativo con contenuti indeterminati (per un giurista positivista di fine Ottocento, una norma a contenuto indeterminato o era una non-norma o era una norma definitoria di un “concetto-valvola”, cioè una delega al giudice), non è più tale negli ordinamenti contemporanei, che sono ordinamenti “costituzionalizzati”. Gli ordinamenti contemporanei contengono una grande quantità di disposizioni di principio, sancite in fonti formali (per quanto riguarda l’ordinamento italiano, il riferimento oggi non è più solo alla Costituzione, ma anche ai principi del diritto europeo e del diritto internazionale). Appare dunque improbabile che, di fronte ad una norma a contenuto indeterminato, il giudice non possa – purché voglia – tentare di attribuirle significato facendo appello ai principi formalmente sanciti nell’ordinamento.

A questo punto viene facile osservare che, nell’attribuire un significato alle disposizioni di principio, riemerge con forza l’autonomia del giurista-interprete, che

---

In termini ancora più netti (se ne ho ben inteso il significato) vanno le riflessioni di M.BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006, cap. I, peraltro fondate sul postulato giusfilosofico dell’autoreferenzialità del sistema giuridico.

<sup>9</sup> In tal senso G.D’AMICO, *Le clausole generali (a proposito di un libro recente)*, di prossima pubblicazione (ringrazio l’a. per averne consentito la lettura e la citazione anticipate).

<sup>10</sup> Anche nella clausola generale in materia di concorrenza sleale, come introdotta dalla Convenzione dell’Aja del 1925, che impiega la locuzione “usi onesti del commercio”, l’aggettivo “onesto” introduce un elemento valutativo, che impedisce di intendere la clausola come pura e semplice delega alla prassi sociale ed economica.

farà appello alla cultura generale e specialistica e a valori presenti nella società in cui egli opera (del resto, l'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea adotta esplicitamente il criterio interpretativo delle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri").

Ciò è certamente vero. Rimane tuttavia, a mio avviso, una linea di demarcazione significativa tra:

- a) la posizione di chi ammette la legittimità di motivazioni autoreferenziali nelle sentenze (e, in genere, negli enunciati di diritto positivo); cioè ritiene autosufficiente una motivazione che si rifaccia direttamente alla giurisprudenza "consolidata", o magari alla "dottrina dominante"<sup>11</sup>; cioè ancora, in una parola, attribuisca alla "giurisprudenza" (in vario modo intesa) carattere di "fonte di diritto", e
- b) la posizione di chi ritiene che le motivazioni idonee a legittimare l'atto di esercizio di un potere giuridico (decisione del giudice, provvedimento amministrativo, etc.) debbano far capo pur sempre a fonti formali, tassativamente predeterminate, e quindi a testi normativi riconosciuti come vincolanti o comunque a principi giuridici formalmente riconosciuti.

In altri termini, credo che permanga una differenza di fondo tra una giurisprudenza che riconosca se stessa come "fonte", e quindi si proclami depositaria di una sorte di potere sapienziale originario (secondo una tradizione culturale che affonda le proprie radici nel diritto romano e comune) e una giurisprudenza che ritenga di doversi misurare, di fronte a tutti i problemi applicativi complessi che si presentano nella vita quotidiana, con i "principi" riconosciuti in un ordinamento dato, e quindi ritenga doveroso impiegare correntemente l'argomentazione per principi nel ragionamento giuridico.

In ambedue le prospettive sarà innegabile la presenza di un contributo "creativo" del giurista-interprete. Tuttavia, mi sembra evidente che, nella seconda prospettiva (argomentazione per principi), l'onere argomentativo diventi maggiore e, in particolare, si accentui l'esigenza di esplicitare i giudizi di valore che il giurista-interprete pone a base della soluzione preferita.

---

<sup>11</sup> Nella giurisprudenza amministrativa si afferma che "è ormai pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia" (Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482, ove indicazioni di giurisprudenza precedente conforme). L'espressione citata attiene al sindacato di legittimità sull'esercizio del potere discrezionale amministrativo, ma è significativa del riemergere, nell'esperienza giuridica di oggi, di modelli culturali che attribuiscono alla giurisprudenza consolidata e alla *communis opinio* dottrinale valore di fonte formale di diritto, in contrasto con l'impostazione del giuspositivismo legalistico, che sembrava essersi affermata definitivamente dall'Ottocento in poi.

In conclusione, non credo che possa coltivarsi la proposta di distinguere norme a contenuto indeterminato destinate all'eterointegrazione giudiziaria e norme a contenuto indeterminato destinate ad essere integrate mediante il richiamo ad altre norme. Una distinzione di tal genere non ha riscontro quasi mai nei testi normativi; piuttosto, il vero problema che si pone, di fronte ad ogni norma a contenuto indeterminato, è quello di una scelta di metodo (o, si potrebbe anche dire "ideologica") fra criteri di integrazione che fanno capo direttamente alla "coscienza sociale" e criteri di integrazione che fanno capo ai "principi giuridici".

5. La riflessione ora svolta può essere arricchita proprio dal richiamo di alcuni punti centrali della discussione sulle "clausole generali", da cui abbiamo preso le mosse.

Se è vero che, nel sentire prevalente, le clausole generali (in senso lato) son norme contenenti una delega in bianco al giudice, si deve subito aggiungere che, nel dibattito in materia, questa tesi non è mai stata intesa nel senso che la clausola generale dia luogo ad una delega al giudizio personale del singolo giudice. Nessuno ha mai inteso la "delega" come attribuzione di potere autonomo al singolo giudice, nel singolo giudizio particolare e concreto (questo è, se mai, il carattere proprio del giudizio di equità). Più o meno consapevolmente, come destinatario della "delega" si intende il potere giudiziario, il complesso della giurisprudenza.

Questa prospettiva si comprende meglio se si fa capo ad un'esigenza che è costantemente affermata nel dibattito in materia di nozioni giuridiche indeterminate (o "clausole generali in senso lato"): l'esigenza di stabilizzazione e prevedibilità delle decisioni derivanti dall'applicazione di clausole generali stesse.

A tale esigenza, nella prospettiva prevalente che collega "clausola generale" ed "etero integrazione della legge scritta", sono state date varie risposte, che vanno dalle riaffermazioni di giusnaturalismo (soprattutto, nel campo del diritto commerciale, nella versione laica del richiamo alla "natura delle cose")<sup>12</sup> alla costruzione della giurisprudenza come fonte di diritto, attraverso la valorizzazione dei precedenti e la relativa cristallizzazione dei *Fallgruppen*, tratti dall'esperienza giurisprudenziale<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Da ultimo F.GALGANO, *Le anime moderne del diritto privato romano*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2010, 141 ss.

<sup>13</sup> Fra i tanti v. G.ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

Al di là delle differenze di formulazione, queste tesi si muovono tutte nella prospettiva del riconoscimento di una prevalenza della consuetudine, giudiziale e dottrinale, sulle leggi scritte e, in genere, sulle fonti formali.

In altri termini la diffusa tesi che afferma una necessaria corrispondenza tra “clausola generale in senso lato” e “delega in bianco al giudice” porta comunque a radicalizzare il problema, a cui si è accennato alla fine del n. precedente, perché con essa le clausole generali divengono formule di riconoscimento della prevalenza della consuetudine giudiziale o sociale sulla legge scritta, con tutto ciò che ne consegue sul piano delle ideologie giuridiche<sup>14</sup>.

In questa prospettiva, per molti, riconoscere l’esistenza di una “clausola generale” significa allora riconoscere al giudice poteri incontrollabili, sicché la discussione in materia finisce per abbandonare il terreno della costruzione razionale del significato di una certa norma, per incentrarsi invece sulla ricerca di strumenti atti a limitare la discrezionalità giudiziale (è quanto è avvenuto, per esempio, nel dibattito sulla “ingiustizia del danno” dell’art. 2043 c.c., su cui torneremo *infra*, § 15).

Si deve però notare che, nel dibattito in materia di “concretizzazione delle clausole generali”, esiste anche una corrente di pensiero, che è stata definita in termini di “giuspositivismo moderato”<sup>15</sup>, che ritiene che l’interpretazione delle clausole generali stesse debba avvenire non, come prevalentemente si afferma, con criteri “extragiuridici”, bensì, in primo luogo, con criteri di interpretazione sistematica, cioè ricorrendo a principi e valori riconosciuti dall’ordinamento positivo<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Per un esempio recente v. G.FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, 37 ss., ove si denuncia con vivo allarme la proposta legislativa di agganciare a principi generali del diritto l’applicazione di clausole generali da parte del giudice del lavoro. Se però si evita il condizionamento del dibattito politico contingente, si può convenire che un simile collegamento – in un ordinamento democratico di cui si condividano i principi generali – dovrebbe essere considerato normale, ed anzi (come si cerca di affermare subito *infra* nel testo) auspicabile.

In senso diametralmente opposto a quello dell’a. prima citato, v., come più recente, M.R.MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova giur. civile commentata*, 2010, II, 329 ss., che denuncia (richiamando adesivamente F. Denozza) l’affermarsi, nell’esperienza giuridica italiana, di un “moralismo senza principi, la cui concretizzazione è affidata all’arbitrio dei giudici”, aggiungendo che “le sirene.. delle clausole generali hanno fatto apparire ‘asfittiche’ le prospettive legate alle regole e così, man mano, queste ultime sono divenute sempre più estranee al ceto dei giuristi”.

<sup>15</sup> L’espressione è ancora di F.ROSELLI (nt. 3), 51 ss.

<sup>16</sup> Non lontano da questa posizione è stato lo stesso S.RODOTA’ (*Il tempo delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1987, 709 ss.), cui si deve la nota affermazione secondo cui “le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell’ambito dei principi” (ivi, 721).

In ciò si esprime un programma di politica del diritto che, da un lato, tende a superare l'ostilità (un tempo prevalente) verso le clausole generali, riducendone l'apparente carica eversiva; dall'altro, tende ad affermare un ruolo ambizioso di razionalizzazione dei contenuti delle clausole stesse, attraverso l'opera della dottrina, a cui viene riconosciuto il compito di guidare la dinamica giurisprudenziale attraverso costruzioni razionali, teleologicamente ed assiologicamente coerenti con i valori presenti nelle fonti formali espressamente riconosciute nell'ordinamento<sup>17</sup>.

Un simile approccio è, a mio avviso, senz'altro possibile (il che non significa ancora che esso sia preferibile alla linea dell'eterointegrazione, ma significa almeno che la presenza di "clausole generali" non porta necessariamente al riconoscimento di un potere decisorio originario e insindacabile del giudice, e tanto meno all'arbitrio giudiziario).

Una esemplificazione significativa di quanto ora detto può vedersi nei diversi orientamenti costruttivi che si sono avvicinati con riguardo alla clausola di correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale: rispetto a questa si è assistito ad un progressivo spostamento da criteri puramente sociali (usi commerciali, deontologia professionale) a criteri normativi (benessere del consumatore etc.). Le differenze applicative erano sostanziali. Per fare un solo esempio: la pubblicità comparativa (prima che fosse riconosciuta legittima nelle direttive comunitarie) appariva professionalmente scorretta alla luce della prassi commerciale e della deontologia professionale, e viceversa lecita (purché veritiera) alla luce del principio di libertà di concorrenza.

Questo tema conserva oggi una limitata attualità, dopo il ridimensionamento dell'istituto della concorrenza sleale, conseguente all'introduzione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette; tuttavia, rispetto agli ambiti di applicazione rimasti (per esempio: la qualificazione della fattispecie del c.d. storno di dipendenti) sembrano ancora applicabili i criteri "normativi" di concretizzazione della clausola generale di correttezza professionale<sup>18</sup>.

L'indicazione di metodo, che credo debba ancor oggi confermarsi in termini generali, è che l'interpretazione sistematica (cioè il ricorso a fonti, e in particolare a

---

<sup>17</sup> In tal senso, fra i tanti, U.MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Un contributo alla teoria dei beni*, Giuffrè, Milano, 1987.

E' appena il caso di sottolineare che oggi questo ruolo della dottrina non è da molti condiviso: v. per esempio D.MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo: su un recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in *Contratto e impresa*, 2008, 60-1.

<sup>18</sup> Per un tentativo di sviluppare tali criteri cfr. M.LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir.priv.*, 1999, 509 ss.

disposizioni di principio, di diritto positivo) debba essere il criterio fondamentale di integrazione delle “clausole generali in senso lato”, lasciando un ruolo residuale – e non principale, a differenza di quanto di solito si afferma - ai criteri di “etero integrazione”, cioè facenti capo a idee e convincimenti tratti dal costume sociale o da discipline tecnico-scientifiche extragiuridiche.

In altri termini: se da un lato è innegabile (anzi ovvio) che la presenza di nozioni giuridiche indeterminate nei testi normativi dà agli interpreti uno spazio di discrezionalità più ampio di quello che essi hanno di fronte a norme di regolazione dettagliata, ciò non significa che questa discrezionalità debba essere intesa come una delega al potere giudiziario di integrare liberamente la norma; deve piuttosto essere intesa come riconoscimento della complessità dei problemi e delle situazioni di fatto, a cui la norma si riferisce, e quindi dell’inopportunità di formulare testi legislativi dettagliati.

Ma questo – se si crede al valore della legalità<sup>19</sup> - accresce e non diminuisce l’onere dell’interprete di argomentare le proprie conclusioni in modo coerente con i valori ufficialmente riconosciuti nell’ordinamento.

In altri termini, il tema delle “clausole generali in senso lato” (i.e. della presenza di sintagmi indeterminati nei testi normativi) dà evidenza massima ad un problema che ha portata ancor più ampia ed investe addirittura la concezione stessa che si ha oggi dell’ordinamento e del ruolo del giurista.

Su questo piano, mi sembra che sia oggi riemersa un’alternativa fra orientamenti che potremmo chiamare di giusnaturalismo laico, che sono portati a legittimare la “natura delle cose” come fondamentale fonte di diritto<sup>20</sup>, ed orientamenti che potremmo chiamare di giuspositivismo critico (o “moderato”, che dir si voglia), che sono portati a riaffermare l’idea della tassatività delle fonti di diritto e a valorizzare il ruolo dell’argomentazione per principi, nell’interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. C.LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell’età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2005; F.DI DONATO, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologna, 2010.

V. anche M.LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Studi in onore di A. Falzea*, Giuffrè, Milano, 1991.

<sup>20</sup> Il (relativo) successo della teoria dell’analisi economica del diritto può ascriversi, a mio avviso, in questo orientamento culturale più generale.

<sup>21</sup> Nella dottrina giuridica privatistica del quarantennio, a cui si riferiscono le riflessioni svolte nel testo, il ruolo dell’argomentazione per principi è stato teorizzato, dopo la “rivoluzione scientifica” avviata dalle opere di Rodotà degli anni Sessanta, soprattutto da P.Perlingieri.

Rispetto a questa alternativa ho già espresso in altre sedi<sup>22</sup>, e ritengo di poter confermare, una preferenza per quest'ultimo orientamento. Fermo restando che l'evoluzione del diritto è un fenomeno culturale complesso e che l'assunto del positivismo giuridico ottocentesco, che affermava la "completezza" del sistema legislativo e il ruolo puramente ricognitivo dell'interprete, è insostenibile, resta però preferibile, a mio avviso, una metodologia che imponga il ricorso all'argomentazione per principi, come criterio di giustificazione delle decisioni giuridiche, rispetto ad una metodologia che ammetta il ricorso ad argomentazioni autoreferenziali, come quelle che si rifanno alla "natura delle cose" o alla "natura giuridica" di questo o quell'istituto. Ritengo preferibile l'argomentazione per principi ("presi sul serio", per usare ancora una volta la nota espressione di Dworkin), perché impone di portare su un livello elevato di razionalità (e quindi di controllabilità razionale) la motivazione delle decisioni giuridiche e ad esplicitare i giudizi di valore condivisi dal giurista-interprete<sup>23</sup>. Ciò non significa negare che l'argomentazione per principi imponga una grande autonomia e responsabilità dell'interprete, non solo nell'attribuzione di significato al singolo principio, ma anche nella necessaria opera di temperamento fra principi diversi, incidenti su una stessa materia e sulle singole vicende<sup>24</sup>.

Credo però che, in ogni caso, questo tipo di argomentazione debba essere preferita, sul piano della controllabilità razionale e della trasparenza delle decisioni giuridiche, rispetto ad argomentazioni fondate sulla "natura delle cose" o sulla "natura giuridica" degli istituti.

6. Il ragionamento finora svolto porta ad una prima conclusione di metodo: a fronte di testi normativi che contengono sintagmi indeterminati, il giurista positivo deve, in primo luogo, cercare di attribuire significato agli stessi rifacendosi ai

---

<sup>22</sup> Cfr., oltre allo scritto già citato alla nt. 19, M.LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv.dir.comm.*, 2008, I, 599 ss.

<sup>23</sup> In questa scelta di metodo, i punti di riferimento personali sono costituiti dagli insegnamenti di T.Ascarelli e di U.Scarpelli.

In questo senso, devo marcare un netto dissenso dalle tesi ampiamente affermate (e in modo affascinante) da Paolo Grossi (v., in particolare, P.GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano, 2007), che attribuisce (a ragione) carattere "mitologico" al positivismo legalistico tradizionale, sottovalutando però il significato delle correnti di pensiero giuspositivistiche critiche che si sono espresse nel corso del XX secolo; e sottovalutando anche, a mio avviso, il peso ancor più negativo di altre "mitologie", che i giuristi sono inclini ad accogliere, per dare una base di oggettività alle loro decisioni (dal "diritto naturale" alla "scientificità della giurisprudenza").

<sup>24</sup> Cfr., da ultimo, G.ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009.

principi fondamentali di diritto, riconosciuti come vigenti nell'ordinamento in cui il giurista di cui si tratta ha accettato di operare.

Questa conclusione non significa eliminare ogni possibilità di "etero integrazione" di sintagmi indeterminati. Infatti, può darsi il caso che, di fronte ad un certo problema (interpretativo o applicativo) manchi la possibilità di far capo a giudizi di valore normativamente fondati. In tal caso, l'attribuzione di significato alle nozioni giuridiche indeterminate, se non si vuole giungere ad un giudizio di equità, deve avvenire con criteri il più possibile "oggettivi", cioè verificabili alla stregua delle acquisizioni ricevute (anche se, ovviamente, mutevoli nel tempo) di discipline tecniche o scientifiche o di correnti culturali riconosciute.

Faccio un esempio: se si deve interpretare la disposizione dell'art. 2, n. 10, della legge sul diritto d'autore, che attribuisce la relativa tutela alle "*opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico*", sarà saggio evitare ogni ricerca di concezioni "normative" di "valore artistico" e sarà ragionevole rifarsi piuttosto alla verifica di opinioni critiche accreditate.

In alcuni casi (ovviamente non così frequenti come invece accade nelle infinite normative tecniche di dettaglio), il ricorso a cognizioni extragiuridiche è poi imposto dalla stessa norma generale: penso al "principio di precauzione" in materia ambientale (art. 3-ter cod.amb.), che richiede, per la sua applicazione, il riferimento ad opinioni scientifiche accreditate, anche se non maggioritarie, e tanto meno consolidate.

Ritengo però che questi esempi di etero-integrazione debbano costituire l'eccezione (almeno sul piano sistematico, prima ancora che su quello statistico) e non la regola. Normalmente la via da seguire nell'interpretazione delle norme contenenti nozioni giuridiche indeterminate sarà quella della costruzione normativa fondata sullo sviluppo coerente di scelte imputabili a fonti legislative (in particolare, a disposizioni di principio contenute nelle fonti formali).

7. La concezione ampia di "clausola generale", da cui abbiamo preso le mosse, propone – oltre al tema di diritto sostanziale, finora trattato, dei criteri d'integrazione della clausola stessa – un importante tema processualistico, cioè quello dei limiti del sindacato di legittimità della Cassazione sulle decisioni emanate in applicazione di "clausole generali".

In questa direzione la dottrina e la giurisprudenza si sono impegnate in un lodevole sforzo, al fine di affermare che l'indeterminatezza della norma non comporta che la sua applicazione diventi *quaestio facti*, ma anzi rende in certo senso

più forte l'esigenza di un controllo pieno di legittimità, al fine di dare coerenza alla prassi applicativa<sup>25</sup>.

Questo orientamento merita, a mio avviso, condivisione, in coerenza con l'assunto precedente, orientato verso la massima controllabilità del percorso argomentativo che porta alla "concretizzazione" delle "clausole generali" da parte del giudice (e quindi orientato a negare l'autoreferenzialità giurisprudenziale di tale percorso integrativo).

Devo però subito anticipare quanto sarà meglio esposto *infra*, e cioè che questo sindacato di legittimità può avere un contenuto differente a seconda che la "clausola generale in senso lato" ponga solo un problema di interpretazione del "sintagma indeterminato" ad un livello – pur sempre – di enunciato normativo generale e astratto, ovvero si traduca nell'attribuzione al giudice di un potere discrezionale di apprezzamento di un conflitto d'interessi, che si presenta nel caso concreto.

In questa prospettiva, come meglio vedremo più avanti, il tema del controllo giudiziario sulle "clausole generali" richiama – rispettate le debite proporzioni - l'altro tema dell'ampiezza del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti che siano espressione di discrezionalità tecnica (tema che sempre più deve interessare gli studiosi di diritto dell'impresa, di fronte al moltiplicarsi di atti di autorità indipendenti che incidono su questo o quell'altro aspetto dell'attività d'impresa). E' noto, a questo proposito, il contrasto fra la tesi per cui il sindacato di legittimità dev'essere, in questo caso, "pieno" (e quindi tale da ripercorrere l'intero iter argomentativo svolto dall'autorità che ha adottato il provvedimento) ovvero "debole" (e quindi limitato ai casi di difetto assoluto di istruttoria o di mancanza o illogicità manifesta della motivazione). Anche in questa problematica deve preferirsi – a fini di coerenza applicativa - la soluzione per cui l'atto di esercizio di potere discrezionale, anche tecnico, dev'essere soggetto a sindacato di legittimità pieno<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. E.FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003; e su di esso la recensione di A.TRAVI, in *Diritto pubblico*, 2005, 663 ss.

Nello stesso senso, ma nel quadro di una complessa analisi incentrata su quelle formule che, alla fine del presente scritto, saranno indicate come "macroclausole", A.FALZEA, *Il controllo di legittimità sull'impiego degli standards valutativi*, in *Studi in onore di N.Lipari*, Giuffrè, Milano, 2008, I, 893 ss.

<sup>26</sup> In tale prospettiva il giudice è chiamato ad esercitare il proprio sindacato anche sulla giustificazione intrinseca del provvedimento tecnico-discrezionale, ferma restando l'impossibilità per il giudice stesso di sostituirsi all'amministrazione che ha adottato il provvedimento (v. da ultimo, in tal senso, T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. II, 9 agosto 2010, n. 2234). L'orientamento forse ancora prevalente fra i giudici amministrativi è però quello secondo cui il sindacato giurisdizionale di annullamento sugli atti tecnico-discrezionali comprende solo i casi di "palese illogicità" o altri vizi

8. Da quanto detto emerge che, anche limitandosi a ragionare sulla nozione più generica e comprensiva di clausola generale come norma dal contenuto “indeterminato”, gli spazi di approfondimento sono, per gli studiosi del diritto civile e commerciale, molto ampi.

Basti pensare, a parte le più note formule codicistiche (buona fede, etc.), all’esigenza di attribuzione di significato a note formule del nuovo diritto societario (“adeguatezza organizzativa”, “corretta gestione societaria e imprenditoriale”, etc.) e alle numerose altre, disseminate nelle discipline di settore e nella disciplina generale di concorrenza; nonché, in successione logica, al problema dei controlli di legittimità sulle sentenze dei giudici e sui provvedimenti di autorità indipendenti, dettati in applicazione di norme contenenti tali nozioni giuridiche indeterminate.

La tematica delle clausole generali offre però la possibilità di un secondo campo di indagine, che è quello dell’approfondimento analitico della nozione stessa e della distinzione della medesima da quella di “principio generale” e da quella di “disposizione generale”. Tutto ciò, ovviamente, non per puro gusto di astrazione, ma per contribuire ad una migliore comprensione dell’insieme di fenomeni finora sommariamente definiti, e così giungere a più compiute costruzioni normative.

L’impostazione data al tema da Rodotà, negli anni Sessanta del secolo scorso, ha avuto – come detto in avvio - grande importanza ed influenza nella cultura giuridica italiana, legittimando l’argomentazione per principi e la valorizzazione di disposizioni codicistiche a contenuto ampio (prime fra tutte le norme di riferimento alla buona fede). Oggi se ne raccolgono i frutti. Però l’urgenza del programma (ideologico e metodologico) allora formulato ha spinto complessivamente a trascurare il rigore analitico: ciò che importava principalmente era un regolamento di confini fra potere legislativo e potere giudiziario, non un approfondimento teorico-generale sulle diverse categorie di norme e sui possibili criteri di applicazione delle stesse, nonché sui diversi rimedi appropriati. Questa mancanza di rigore analitico, pur storicamente spiegabile, a lungo andare ha prodotto l’attuale situazione di approssimazione (se non addirittura confusione) nella comprensione e costruzione del tema.

Se è vero che la discussione in materia di clausole generali è passata dal dibattito ideologico ad una fase costruttiva, come ha affermato lo stesso S.Rodotà in un suo

---

macroscopici dell’atto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2010, n. 2266; Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5165).

recente intervento sul tema<sup>27</sup>, è necessario ricercare oggi, anzitutto, una maggiore chiarezza analitica.

9. Nel dibattito degli anni scorsi, il tentativo più avanzato in questa direzione fu compiuto da Luigi Mengoni, in uno scritto di un quarto di secolo fa<sup>28</sup>. In questo scritto Mengoni definiva tre distinti concetti:

- Norme generali: *“norme complete, costituite da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell’ambiente sociale in cui opera”*.
- Principi generali, che Mengoni<sup>29</sup> distingueva in principi assiomatici o dogmatici (*“premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di decisione nell’ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie”*) e principi retorici (semplici *“principi di argomentazione dialettica”*, che *“basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale”*).
- Clausole generali: *“tecniche di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta.. Le clausole generali non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli ambiti di altre norme, in funzione dei rapporti giuridici che in essi si costituiscono”*.

---

<sup>27</sup> S.RODOTA', *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. Di Majo e aa., *Lezioni sul contratto*, raccolte da A.Orestano, Giappichelli, Torino, 2009, 97 ss.

Mi sembra interessante segnalare come in questo scritto di R. vi sia un’apertura (a cui non può essere stata estranea l’esperienza da lui maturata in qualità di presidente del Garante per la tutela dei dati personali) verso un modello di ordinamento caratterizzato dalla complementarità fra legislazione per principi e codici di autodisciplina privati.

<sup>28</sup> L.MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986, 5 ss. Vale la pena di ricordare che, in questo celebre scritto, Mengoni esordiva affermando che *“non ha avuto seguito la proposta di una ‘legislazione per principi’, del che non è il caso di dolersi se si considera il rischio che una legislazione di tal fatta porti lo Stato di diritto a degenerare in uno Stato giustizialista”*.

<sup>29</sup> Il pensiero complessivo dell’a., anche al di là del saggio già citato, è ricostruito da L.NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 411 ss.

Devo dire che questa classificazione – ferma restandone l'importanza, soprattutto se confrontata con il quadro dottrinale corrente - rimane, per diversi aspetti, sfocata.

In primo luogo, i “principi” sono in essa concepiti esclusivamente secondo la tradizione privatistica meno recente [l'esemplificazione è tutta interna alla tematica del contratto e delle obbligazioni, senza considerazione dei principi di rango costituzionale, posti a tutela di valori contenutisticamente determinati e idonei a fungere anche da criteri di valutazione della legittimità di norme di rango secondario; più in generale, senza dare spazio alla concezione (prevalente, o comunque assai diffusa) dei principi come norme di rango superiore]<sup>30</sup>. In secondo luogo, la concezione della clausola generale come “*norma incompleta, priva di propria fattispecie, essendo destinata a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni*”<sup>31</sup>, lascia perplessi – come meglio vedremo più avanti - sul piano della teoria generale: ciò, non solo per la considerazione, spesso ripetuta, che non vi è insuperabile ostacolo logico a costruire anche le clausole generali in termini di “giudizio ipotetico” (e quindi di norma logicamente completa)<sup>32</sup>; ma anche perché, con ogni probabilità, l'attributo di “norma incompleta” – concentrato sul profilo contenutistico della disposizione - potrebbe darsi, ragionando sulle stesse basi, ad ogni norma di organizzazione (p.es. l'insieme di norme regolanti il procedimento collegiale), perché sempre destinata a riempirsi di contenuti variabili nei casi concreti. Così come tale attributo potrebbe darsi – ed anzi è stato correntemente dato<sup>33</sup> - agli stessi principi generali, in quanto destinati a tradursi e ad incorporarsi in norme di rango inferiore (basti pensare al principio di eguaglianza); in questo senso, anch'essi “norme prive di fattispecie”.

Pur con questi limiti, la teorizzazione tentata da Mengoni rimane, a distanza di tempo, il contributo più significativo dato in materia dalla dottrina privatistica italiana. E' fonte di rammarico il fatto che la dottrina successiva non abbia tentato di approfondire e sviluppare la classificazione proposta.

Un tentativo interessante di risposta (implicita) è venuto proprio da parte di S.Rodotà<sup>34</sup>, che – in un contributo di poco successivo a quello di Mengoni – da un lato

---

<sup>30</sup> V., per tutti, C.LUZZATI (nt. 8), 258 ss.

<sup>31</sup> Così riassume il pensiero di Mengoni in materia A.GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Utet, Torino, 1988, 404, senza peraltro tentare ulteriori approfondimenti analitici.

<sup>32</sup> Cfr. V.VELLUZZI (nt. 5): A.FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv.dir.civ.*, 1987, I, 1 ss.

<sup>33</sup> V., anche per riferimenti, R.GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giudiziale degli anni novanta*, a cura di L.Cabella Pisu e L.Nanni, Cedam, Padova, 1998, 87.

<sup>34</sup> S.RODOTA', *Il tempo delle clausole generali* (nt. 16).

ricuperava una concezione forte dei principi (*“valori fondativi dell’ordinamento o di una sua parte”*), collocandoli chiaramente in una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alle clausole generali (*“le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell’ambito segnato dai principi”*), dall’altro teorizzava una concezione ampia della clausola generale come *“norma a fattispecie aperta”*, rifiutando così la distinzione tra norma generale e clausola generale, che era stata teorizzata da Mengoni.

Questa concezione ampia ha poi finito per prevalere – come sopra rilevato - nell’ultimo quarto di secolo, ed anzi la stessa distinzione fra principi e clausole generali ha finito per annebbiarsi (come si ricordava in avvio delle presenti riflessioni).

10. Vorrei invece tentare di fare qualche passo avanti, nella direzione segnata da quel classico contributo di Mengoni.

Come premessa del ragionamento vorrei richiamare, scusandomi per la banalità, che tutti gli sviluppi successivi saranno fondati sulla concezione (che qualificherei, al giorno d’oggi, *“ortodossa”*) della norma giuridica come periodo ipotetico, cioè come enunciato comprendente la descrizione di un certo dato della realtà (fattispecie) ed una risposta (sanzione, disciplina etc.) che l’ordinamento, come organizzazione stabile di poteri (istituzione), collega al verificarsi di una certa fattispecie.

In questa prospettiva, devo anche ricordare la distinzione di teoria generale, che i giuristi della mia generazione appresero dalla lezione di N.Bobbio, fra *“norme di condotta”* (o *“primarie”*) e *“norme di organizzazione”* (o *“secondarie”*, o *“norme di competenza”*, o *“norme costitutive”* in senso lato): le prime aventi come fattispecie un comportamento umano, variamente qualificato e valutato (lecito/illecito, e tutte le possibili modalità deontiche ulteriori: premiato, tollerato etc.); le seconde volte a regolare la produzione di nuove norme di condotta, mediante una serie articolata di passaggi che può comprendere la costituzione di soggetti, l’attribuzione di poteri e la formazione di atti (atti che, a loro volta, daranno vita a norme di condotta finali).

Anche le norme secondarie devono essere considerate norme complete, strutturate logicamente in forma binaria (fattispecie e disciplina; o, se si preferisce, protasi e apodosi), ma le modalità deontiche ad esse applicabili non sono quelle della coppia lecito/illecito (e relative varianti), bensì quelle della coppia valido/invalido (o efficace/inefficace); anche qui con tutta una serie di possibili varianti ulteriori.

Ciò premesso, tenterei una classificazione delle *“clausole generali in senso lato”* un po’ più articolata.

11. Una prima categoria, facilmente individuabile, è costituita dalle norme di condotta a fattispecie indeterminata (*rectius*: determinata in modo generico): per esempio la già richiamata norma sul “valore artistico” delle opere di disegno industriale protette dal diritto d’autore; o il divieto di “abuso di posizione dominante” (nozione non definita dalla legge) nel diritto della concorrenza.

Per queste norme non si parla forse correntemente (ma in proposito non è opportuno generalizzare), di “clausole generali”; comunque, in effetti, i problemi di interpretazione e di sindacato giurisdizionale delle decisioni applicative di tali norme si pongono nei termini che sopra abbiamo cercato di illustrare, con riferimento a tutte le norme contenenti nozioni giuridiche indeterminate (di cui queste norme di condotta “a fattispecie aperta” costituiscono la categoria concettualmente più semplice).

Ciò che, invece, è opportuno segnalare, è che tali norme dovrebbero essere opportunamente qualificate come norme “a fattispecie indeterminata”, piuttosto che come norme “generali”.

Infatti, il termine “generale” esprime un significato relazionale, che si ricollega alla distinzione logica fra “genere” e “specie”. Una norma, anche se contenente una fattispecie amplissima, non può dirsi “generale” fino a che non si individui una diversa norma, che contenga una fattispecie descritta con la presenza di un *quid pluris* rispetto alla fattispecie contemplata nella norma generale.

Così, per esempio, la disposizione dell’art. 43 del testo unico sulla radiotelevisione (d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177), che vieta la formazione di posizioni dominanti nel settore della comunicazione, costituisce norma speciale rispetto alle norme antitrust generali che disciplinano le intese e le operazioni di concentrazione fra imprese.

Sul piano metodologico, si deve solo segnalare che la compresenza di norme generali e speciali, in una certa materia, pone problemi ben diversi da quelli relativi alla “concretizzazione” delle norme a contenuto indeterminato: nella dialettica generale/speciale il problema non è quello dei criteri da seguire per dare significato ad un certo termine legislativo, bensì quello del peso relativo da attribuire, su un piano sistematico, rispettivamente alla norma generale e a quella speciale (cioè se ritenere quest’ultima una eccezione, da contenere il più possibile sul piano applicativo, o viceversa). Anche questo problema interpretativo coinvolge, ovviamente, giudizi di valore, ma si pone, per così dire, su un piano logicamente diverso e successivo, rispetto a quello dell’attribuzione di significato alla norma “a fattispecie indeterminata”.

12. L’affermazione svolta alla fine del n. precedente può esplicitarsi facendo più preciso riferimento alle norme di organizzazione.

Rispetto a questa categoria di norme non ritroviamo casi di “fattispecie indeterminate”, simili a quelli che facilmente si ritrovano nell’ambito delle norme di condotta.

Troviamo invece, molto frequentemente, norme di organizzazione di contenuto generale (p.e. libertà di forma negoziale, responsabilità patrimoniale del debitore etc.). Può trattarsi di disposizioni di legge formalmente espresse (per esempio l’art. 1325, n. 4, c.c. o l’art. 2740 c.c.), come anche di *regulae juris* costruite in sede dottrinale (p.e. la diversa disciplina degli acquisti a titolo originario e di quelli a titolo derivativo).

Rispetto a queste *regulae juris* si pone anzitutto, come già segnalato, un problema interpretativo diverso da quello che riguarda l’interpretazione delle norme di condotta: non si tratta tanto di costruire adeguatamente la fattispecie in via interpretativa, quanto piuttosto di collocare la regola al punto giusto, nella gerarchia complessiva delle norme.

Infatti, di fronte a queste regole generali, l’interprete deve risolvere l’alternativa fra l’attribuzione alle stesse del rango di disposizioni di principio, cioè di norme attuative di valori fondamentali dell’ordinamento, ovvero del rango di norme residuali, di *default*, applicabili quindi solo in mancanza di una norma speciale derogatoria, se del caso estensibile anche in via analogica<sup>35</sup>.

I riferimenti sopra svolti riguardano norme di organizzazione di contenuto “generale” sì, ma anche sufficientemente determinato. Tuttavia, sempre nella categoria delle norme di organizzazione, accade anche di frequente di trovare indicazioni testuali dal contenuto ampio e “indeterminato” (p.es.: adeguatezza organizzativa, verità e correttezza del bilancio etc.).

In tal caso, però, e a differenza che nelle norme di condotta sopra ricordate, non ci trova di fronte ad una “fattispecie aperta”, bensì di fronte ad un criterio di valutazione aperto, cioè a quello che può più esattamente definirsi (v. *infra*, § 14) un principio giuridico (settoriale).

A parte il problema della collocazione gerarchica, l’attribuzione di significato a queste disposizioni di principio ripropone tuttavia gli stessi temi, che si sono prima segnalati (prevalenza da assegnare a criteri sistematici normativi rispetto a possibili criteri giustificati in termini di coscienza sociale). Resta invece chiara la differenza in termini di teoria della norma giuridica: la responsabilità dell’interprete si concentra non sulla costruzione della fattispecie (come accade nelle norme di condotta a contenuto indeterminato) bensì sulla costruzione del principio, cioè del criterio di valutazione di

---

<sup>35</sup> Ho sviluppato questa idea in M.LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale”. Appunti per una discussione*, in *Riv.dir.comm.*, 2006, I, 541 ss.

Per un’applicazione del ragionamento richiamato nel testo, con riferimento alla richiamata regola di responsabilità patrimoniale generale, v. da ultimo M.PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, E.S.I., Napoli, 2011.

fattispecie di per sé ben determinate (la deliberazione di un organo amministrativo, o di un'assemblea che approva un bilancio, etc.).

In altri termini: rispetto alle norme di organizzazione, quando si parla di clausole generali ci si riferisce sempre a principi giuridici, in senso proprio<sup>36</sup>.

13. Questa diversa categoria concettuale (su cui vi è probabilmente, peraltro, un maggiore consenso) è costituita dai veri e propri principi giuridici, di solito intesi come super-norme (cioè norme sulla produzione di altre norme) che forniscono indirizzi circa il contenuto delle norme di rango inferiore, sulla base di espresse scelte assiologiche o teleologiche.

Per questa loro caratteristica, le norme di principio sono abitualmente (e correttamente) ritenute idonee a svolgere tre funzioni diverse, nel processo di costruzione delle norme di dettaglio:

- (i) forniscono criteri di interpretazione delle norme di rango inferiore;
- (ii) forniscono criteri di valutazione della legittimità degli atti normativi di rango inferiore, che coinvolgano interessi e valori considerati dai principi medesimi;
- (iii) possono anche, in combinazione con altri dati normativi, contribuire alla costruzione di singole norme di condotta (e quindi fornire la base per pretese risarcitorie).

Com'è noto, i principi possono essere, a loro volta, espressi, cioè enunciati in formali disposizioni di principio (come per esempio i principi costituzionali o – per esempio - quelli settoriali dettati dagli artt. 3 e segg. del codice dell'ambiente), ovvero costruiti in via interpretativa.

Un'altra distinzione è quella per cui alcune disposizioni di principio sono costruite in termini di norme di tutela di beni giuridici oggettivamente individuati (per esempio: tutela del paesaggio, tutela della concorrenza etc.), altre (molte altre) sono costruite in termini di norme di tutela di diritti fondamentali della persona (per esempio, l'art. 2 del codice del consumo, sui "diritti dei consumatori").

Ancora, è da considerare che i principi possono presentarsi come principi generali dell'ordinamento ovvero come principi settoriali o subsettoriali (per esempio, in una linea

---

<sup>36</sup> Cfr. S.FORTUNATO, *Clausole generali ed informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contratto e impresa*, 2010, 477 ss., che bene segnala il diverso ruolo delle "clausole generali" nelle norme di comportamento e nelle norme "di costruzione dell'atto", ma poi impiega "clausole generali" e "principi generali" come termini interscambiabili.

progressiva di maggiore/minore generalità e astrattezza: principio di eguaglianza / principio di libertà d'impresa / principio di adeguatezza organizzativa dell'impresa / principio di verità e correttezza del bilancio di esercizio dell'impresa).

Anche le norme di principio sono norme giuridiche, nel senso teorico-generale sopra richiamato. In esse la fattispecie è costituita dalla previsione generale e astratta di norme di rango inferiore (che a loro volta richiedono il verificarsi di certi procedimenti costitutivi: sono dunque fattispecie già giuridicamente qualificate, per la loro stessa esistenza). Il principio interviene a questo punto (a livello di "disciplina") incidendo sulla valutazione del contenuto, e quindi sulla qualificazione, in termini di validità/invalidità, o sulla interpretazione, della norma di rango inferiore.

I principi presentano normalmente, nella propria enunciazione, "nozioni giuridiche indeterminate". A differenza delle norme di condotta, il profilo di indeterminatezza non riguarda però in questo caso la fattispecie, bensì proprio la risposta dell'ordinamento, cioè il criterio valutativo di fatti e norme, che il principio impone di rispettare.

Ciò spiega perché i problemi interpretativi posti dalle norme generali di principio (*rectius*: dichiaratamente enunciati principi generali) siano, notoriamente, enormi<sup>37</sup>:

- a) il primo e più grande problema è costituito dall'esigenza di dare un contenuto determinato al principio di cui si tratta (e qui si ripropone il criterio metodologico sopra enunciato: in prima battuta si deve dare spazio all'interpretazione sistematica "auto integratrice"; in seconda battuta si deve ricorrere a criteri di valutazione provenienti dalla società civile, scegliendo mediante espliciti giudizi di valore, quando – come di solito accadrà – non esistono valutazioni tecniche o culturali unanimi); è questo il problema della "interpretazione" *tout court* della disposizione di principio; problema che diviene ancora più complesso quando la norma di principio stessa sia il frutto di "costruzione", cioè di ragionevoli congetture dell'interprete;
- b) il secondo ordine di problemi è costituito dalla necessità di costruire una gerarchia fra principi (gerarchia che, in larga parte, sarà frutto di giudizi di valore dell'interprete) e di determinare criteri di bilanciamento fra i principi stessi, necessari al fine di affrontare casi concreti in cui diversi principi possono fra loro interferire od entrare in conflitto;
- c) un terzo ordine di problemi attiene alla costruzione giuridica di quei principi che sono predicati in forma di riconoscimento di diritti fondamentali della persona: qui si tratta di individuare quali situazioni soggettive si connettano al riconoscimento del principio, in termini di pretese direttamente azionabili, o di interessi legittimi o altro, e chi siano i soggetti titolari di tali situazioni soggettive

---

<sup>37</sup> Per una prima sintesi v. R.GUASTINI (nt. 33), 89 ss.

(p.es.: il problema della costruzione delle relazioni fra “tutela dell’ambiente”, enunciata nei testi costituzionali, e “diritto all’ambiente”, enunciato in diversi testi giurisprudenziali e dottrinali); più in generale, questa problematica si può spesso tradurre in quella relativa al riconoscimento (o alla negazione) di uno specifico “diritto a” qualcosa<sup>38</sup>.

14. Si deve a questo punto riflettere su una quarta categoria di strutture normative a contenuto “indeterminato”, costituita da quelle norme che individuano situazioni di conflitto fra interessi parimenti tutelati dall’ordinamento e rimettono al giudice la determinazione del criterio di temperamento fra tali interessi, che dovrà essere applicata nel caso concreto, a seguito dell’accertamento della situazione concreta di conflitto e di una valutazione comparativa degli interessi in gioco.

Si tratta di norme – pur sempre classificabili, in senso lato, fra le norme di condotta – che contengono sintagmi indeterminati, però non collocati (a differenza che nella figura delle norme di condotta “a fattispecie aperta”) sul terreno della fattispecie che il giudice dovrà qualificare e valutare, bensì proprio volti a definire il tipo di intervento che il giudice è chiamato a svolgere di fronte a certe fattispecie.

Il prototipo (in senso storico) delle regole di questo tipo è costituito dalle norme sui rapporti di vicinato: oggi, nel diritto italiano, dall’art. 844 c.c. e dalla clausola generale di “normale tollerabilità delle immissioni”. La stessa struttura logica si ritrova in altre norme, come quella sulla concorrenza sleale, con la relativa clausola generale di “correttezza professionale” (cioè fin quando la disciplina della concorrenza sleale venga intesa come disciplina di conflitti “fra pari”, cioè fra imprenditori in rapporto diretto di concorrenza fra loro). La stessa struttura relazionale può essere riconosciuta alla norma sul dovere di buona fede nell’esecuzione del contratto. In questa categoria può inquadrarsi anche – secondo un’opinione molto diffusa, ma notoriamente non unanime<sup>39</sup> – la clausola generale sulla “ingiustizia del danno”, dell’art. 2043 c.c.

---

<sup>38</sup> Segnalo sul punto, come esemplare dal punto di vista metodologico, A.BELFIORE, *Note critiche in tema di satira*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2010, 219 ss.

Segnalerei anche, ma stavolta in negativo, C.CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività delle tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2010, che si impegna nel tentativo di espungere dal sistema giuridico italiano la figura dell’interesse legittimo (e quella del potere discrezionale) e di costruire l’insieme dei rapporti fra cittadini e amministrazione sull’alternativa fra pretese azionabili e interessi di mero fatto (giungendo anche a coniare la formula del “diritto ai diritti”).

<sup>39</sup> Per la verità, la discussione in materia è stata animata soprattutto dall’opinione di C.Castronovo, che muove da una concezione di c.g. come norma destinata all’eterointegrazione con criteri tratti dalla realtà sociale e trae da ciò la comprensibile preoccupazione che la norma sul danno

Si deve aggiungere che la medesima struttura logica deve riconoscersi anche a quelle regole inespresse che richiedono il contemperamento, a fronte di concreti conflitti, fra situazioni giuridiche eterogenee. E' sulla base di questo tipo di regole inespresse che si è costruita gran parte della teoria dei diritti della personalità: così è accaduto per il diritto alla riservatezza, fino a quando la materia non è stata assorbita – e in larga parte spostata sul piano amministrativo - dall'introduzione di una normativa di dettaglio sulla protezione dei dati personali; così tuttora accade per la soluzione di conflitti fra situazioni soggettive diverse, ugualmente tutelate dall'ordinamento (libertà di espressione e reputazione personale, diritto di cronaca e diritto di proprietà intellettuale su uno spettacolo od evento etc.).

In tutte queste ipotesi ci si trova di fronte a conflitti d'interessi che, sul piano della teoria generale, sono stati qualificati come conflitti "modali" (per distinguerli da quelli "occasionalmente")<sup>40</sup>; cioè conflitti che si pongono fra situazioni d'interesse ambedue astrattamente tutelabili, fra le quali l'interferenza è però considerata socialmente inevitabile, sì da richiedere soluzioni arbitrali che muovano dalla valutazione comparativa degli interessi in gioco nel caso concreto.

Ciò che caratterizza queste norme, espresse o inespresse, è il fatto che si tratta di tipiche norme *di relazione*, cioè di norme tipicamente rivolte a costruire – a partire da una situazione concreta di conflitto - il rapporto giuridico intercorrente fra due soggetti<sup>41</sup>. Per questa ragione, si tratta di norme la cui traduzione finale è, tipicamente, in termini di

---

ingiusto, affidata alla sensibilità dei giudici, possa avere applicazioni eccessivamente dilatate e incontrollabili.

Se si supera (come ritengo plausibile: v. *supra* nel testo) quella concezione riduttiva di c.g., l'intera discussione appare oggi meritevole di superamento (v. anche *infra*, nt. 43).

<sup>40</sup> Cfr. M.BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa e dir.priv.*, 2000, 401 ss.

<sup>41</sup> In senso analogo v. F.ROTA, *Poteri privati e aspettative legittime*, in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M.Bessone e aa., Cedam, Padova, 2000, 415 ss.

Una critica a questa costruzione è espressa da C.GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008, 105 ss., secondo cui la tesi che dà risalto all'esigenza di contemperamento di un conflitto d'interessi all'interno delle clausole generali "*lascia in ombra due profili fondamentali della complessa attività di integrazione che il giudice deve compiere*" (che, secondo l'a., rimangono quelli della discrezionalità giudiziale nella selezione dei fatti rilevanti e nella determinazione dei criteri di valutazione degli stessi). Questa critica non sembra decisiva: fermo restando che anche quelle che, nel testo, chiamiamo "clausole generali in senso stretto" presentano problemi comuni con gli altri enunciati normativi a contenuto indeterminato, rimane degna di rilievo la peculiarità di norme che individuano un conflitto d'interessi rispetto al quale il giudice è chiamato a stabilire una soluzione "modale", cioè condizionata dai termini della relazione concreta e non una soluzione fondata sulla qualificazione di liceità o illiceità, in termini generali ed astratti, di una certa condotta.

riconoscimento di pretese ed obblighi e di correlativi rimedi inibitori o risarcitori (non, invece, di rimedi invalidativi).

La fattispecie di queste norme è certo molto ampia (rapporti di vicinato, rivalità fra concorrenti etc.), ma non è “indeterminata”. Ciò che è “indeterminato”, in questo caso, è il criterio di risposta che l’ordinamento vuole dare in presenza dei conflitti considerati (normale tollerabilità, correttezza professionale etc.).

Queste norme possono anche definirsi come norme attributive di un potere discrezionale al giudice: un potere discrezionale diverso da quello amministrativo perché non collegato al dovere di curare certi interessi, bensì caratterizzato da “terzietà”, ma pur tuttavia un potere discrezionale, in quanto richiede una valutazione comparativa di interessi concretamente confliggenti, e può portare al risultato che un medesimo interesse (astrattamente legittimo) risulti tutelato in un caso concreto, e non tutelato (per la presenza di interessi concreti maggiormente meritevoli) in un altro caso concreto.

Per fini di chiarezza comunicativa, proporrei di attribuire solo alle norme di quest’ultimo tipo la denominazione di “clausole generali” (o, se si vuole, di “clausole generali in senso stretto”).

15. Credo che la discussione sulle clausole generali si sia sviluppata in passato, con maggiore o minore consapevolezza, proprio prendendo a riferimento questa categoria di norme. E’ così che si spiega l’insistenza sul tema della *elasticità* (la valutazione di condotte identiche può variare a seconda delle circostanze del caso concreto, i.e. del peso relativo degli interessi in concreto contrapposti); si spiega l’idea che la clausola generale sia una norma *senza fattispecie* (nel senso che la condotta finale, a cui la norma si riferisce, non è qualificata direttamente dalla norma stessa, ma lo sarà a seguito di una valutazione del conflitto operata dal giudice); si spiega, infine, l’idea più radicata nelle discussioni in materia, quella – prima ampiamente discussa – secondo cui la clausola generale si traduce in una *delega al giudice* del potere di dirimere un conflitto in base a criteri tratti dalla coscienza sociale.

Queste idee – per quanto sopra detto – dovrebbero essere utilmente accantonate (salvo il riferimento alla “elasticità”, che comunque rimane utile ad un livello solo descrittivo)<sup>42</sup>.

Rimane invece il problema interpretativo fondamentale, posto da queste clausole generali “in senso stretto”, che è quello solito dei criteri di integrazione.

---

<sup>42</sup> Tali conclusioni possono trarsi anche dalla parte critica del citato lavoro di V.VELLUZZI (nt. 5).

La struttura relazionale delle situazioni governate da queste norme induce facilmente alla tentazione di pensare che esse attribuiscano al giudice un potere di soluzione equitativa, da esercitare caso per caso e sulla base di una sua valutazione soggettiva insindacabile, dei conflitti che le norme stesse prefigurano.

Questa prospettiva è certo inquietante: l'attribuzione al giudice di un potere insindacabile porrebbe l'esercizio del potere giudiziario su un piano inclinato che porta, in una prospettiva più o meno lontana, a riconoscere la possibilità del "punto dell'amico" e a consentire arbitrî di ogni genere.

Per superare queste comprensibili inquietudini – che hanno certamente avuto grande peso nel dibattito sulle clausole generali - si può richiamare un dato, che dovrebbe essere comunemente acquisito: la nozione di "potere discrezionale" – così come è stata elaborata, soprattutto in ambito pubblicistico – non coincide affatto con quella di "potere assoluto e insindacabile". Al contrario, la nozione di "potere discrezionale" riassume un contesto normativo in cui un potere è attribuito ad un soggetto *in funzione del conseguimento di un fine predeterminato*, sicché gli atti di esercizio di tale potere saranno censurabili (con rimedi invalidativi ed anche risarcitori) se in quanto l'esercizio sia stato incoerente rispetto al fine (e quindi "illegittimo"). Per designare queste situazioni, nella teoria delle situazioni soggettive, era stato un tempo coniato il termine "potestà".

Si comprende bene che questa situazione è facilmente individuabile nel campo del diritto pubblico amministrativo, e qualche volta anche nel campo del diritto privato (p.e. la potestà parentale), mentre non si attaglia all'esercizio del potere giurisdizionale civile (e per la verità neanche all'esercizio del potere giurisdizionale penale, di cui però non ci occupiamo in questa sede). La giurisdizione civile, per definizione, non si propone fini predeterminati, bensì deve dirimere controversie nel rispetto del principio del contraddittorio e del principio dispositivo.

Gran parte della discussione ideologica sulle clausole generali si innesta sulla percezione, più o meno consapevole, di questa idea e sulla esigenza di predeterminare criteri di stabilizzazione delle applicazioni giudiziali. Credo che questa sia anche la chiave di lettura del dibattito che si svolge da qualche decennio in Italia in ordine all'attribuzione o meno dello statuto di "clausola generale" alla norma sull'ingiustizia del danno dell'art. 2043 c.c.<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Per un tentativo di dimostrazione dell'assunto, mi permetto di rinviare a M.LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust* (II), in *Danno e Responsabilità*, 2005, 235 ss.

Mi sembra tuttavia opportuno, data l'importanza del tema, svolgere brevemente qualche riflessione di sintesi e di aggiornamento.

Come è noto, il requisito dell'ingiustizia del danno era tradizionalmente ricostruito dalla giurisprudenza sulla base di due requisiti: (i) *l'iniuria*, cioè il fatto che il danno fosse stato prodotto *non iure* (in sostanza: l'esistenza di una condotta contraria ad una norma giuridica, e non legittimata da alcuna causa di giustificazione); (ii) il fatto che il danno fosse *contra ius* (cioè consistesse nella lesione di un diritto altrui).

---

Il primo requisito si concretizzava nella violazione di una specifica norma di condotta o nella violazione della norma generale di diligenza del buon padre di famiglia.

Il secondo requisito si concretizzava nella lesione del diritto di proprietà o di altro diritto assoluto altrui, ovvero nella lesione di un diritto personale infungibile (tipicamente: il diritto al mantenimento, in caso di uccisione della persona che a tale mantenimento provvedeva).

Rimanevano così fuori dalla clausola di ingiustizia del danno, e quindi dall'ambito di tutela della responsabilità extracontrattuale, le situazioni soggettive relative (credito, interesse legittimo etc.).

Il dibattito successivo è stato animato soprattutto dall'esigenza di ampliare i confini del danno ingiusto risarcibile (a fronte di un'impressione diffusa di iniquità delle soluzioni restrittive tradizionali).

Si è così determinato un consenso quasi generale sull'opportunità di adottare una concezione allargata di ingiustizia, come lesione di una qualsiasi situazione soggettiva attiva (Sacco 1961, Rodotà 1964). Da qui ci si è spinti fino alla teoria "negativa", che ravvisa l'ingiustizia nella lesione di qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, quando tale lesione sia priva di una causa di giustificazione (Schlesinger 1960). Infine, è stata affermata la teoria che costruisce l'ingiustizia del danno come clausola generale, che attribuisce al giudice un potere di bilanciamento nei casi concreti (P. Trimarchi 1970).

La giurisprudenza ha a sua volta assecondato le proposte dottrinali di allargamento dell'ambito dell'ingiustizia del danno, prima ammettendo la figura del risarcimento per lesione del credito (1971), poi quella del risarcimento per lesione di interessi legittimi (1999). Contemporaneamente si avviava (dagli anni Settanta ad oggi) un continuo dialogo fra giurisprudenza e dottrina, che ha portato al progressivo allargamento della figura del danno non patrimoniale risarcibile.

Volendo riassumere lo stato attuale della questione, può dirsi che, per l'opinione oggi prevalente, l'ingiustizia del danno è una clausola generale, che attribuisce al giudice un potere discrezionale di valutazione dei casi concreti e di bilanciamento degli interessi in gioco. In questa prospettiva, la lesione di qualsiasi interesse socialmente apprezzabile è potenzialmente "danno ingiusto"; ma una lesione di interesse socialmente apprezzabile sarà qualificata ingiusta solo all'esito di una valutazione complessiva dei fatti che hanno dato luogo all'evento dannoso e della maggiore o minore meritevolezza del comportamento di chi può essere considerato autore dell'evento dannoso.

Nel diritto vivente, la discrezionalità del giudice è decisamente affermata nella nota lettura combinata degli artt. 2043 e 2059, attuata dalla Cassazione (Cass.civ., ss.uu., 11 novembre 2008, n. 26972), in cui il giudice è espressamente chiamato a svolgere un "*bilanciamento fra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità e il pregiudizio non sia futile*". La valutazione comparativa di interessi in gioco è poi costantemente condotta, dalla giurisprudenza, nell'applicazione delle norme in materia di nesso di causalità (cfr. M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*<sup>2</sup>, Cedam, Padova, 2005), di rilevanza attribuita all'elemento soggettivo in capo all'autore del danno (con i casi di danno considerato ingiusto solo se prodotto da comportamenti dolosi: p.e. la doppia alienazione immobiliare), di distribuzione dell'onere della prova etc.

Alla prevalente opinione, che intende ed applica la norma sull'ingiustizia del danno come clausola generale in senso stretto, si oppone una corrente di pensiero (Castronovo, C. Scognamiglio e aa.), che riafferma la tesi secondo cui l'ingiustizia del danno richiede comunque la lesione di una situazione soggettiva attiva; in questo modo si propone un ammodernamento della tesi più antica, che leggeva l'art. 2043 c.c. come norma "secondaria", cioè norma esclusivamente volta a sanzionare l'*iniuria*, cioè la violazione di norme di condotta primarie.

Le ragioni di questa tesi minoritaria sono costituite dall'esigenza di limitare la discrezionalità giudiziaria e di non allargare troppo l'ambito dei danni risarcibili. Si tratta di ragioni condivisibili, ma non credo che la soluzione proposta riesca a realizzare questa esigenza. Ciò, in primo luogo, perché la nozione stessa di "situazione soggettiva attiva" non sembra idonea a selezionare

Per quanto detto in precedenza, queste preoccupazioni dovrebbero essere superate: non esiste alcuna necessità logica che imponga di ritenere che queste norme, che chiamano il giudice a dirimere conflitti d'interessi "modali", debbano interpretarsi come deleghe all'arbitrio dei giudici. Infatti, anche con riferimento a norme di conflitto del tipo testé descritto, le riflessioni fatte all'inizio con riguardo alle nozioni giuridiche indeterminate in genere (e poi ripetute con riferimento all'interpretazione delle disposizioni di principio) rimangono valide.

In altri termini, il fatto che l'ordinamento detti una norma elastica di risoluzione dei conflitti "modali", attribuendo al giudice il potere di determinare, nei casi concreti, le pretese e gli obblighi di due parti contrapposte, non implica affatto l'attribuzione al giudice di un potere incontrollabile. I criteri di soluzione dei conflitti possono e devono ben essere ispirati a valutazione di interesse generale, che devono fungere da guida alla decisione del giudice e potranno fondare anche un sindacato di legittimità sulla decisione stessa.

La discrezionalità giudiziale è dunque diversa da quella amministrativa, perché il giudice non deve perseguire fini propri del proprio ufficio e predeterminati. Tuttavia, dovendo il giudice dirimere un conflitto concreto fra interessi, che sono ambedue legittimi in termini generali e astratti, viene investito di un potere discrezionale, che lo porterà a proteggere o sacrificare, nel caso concreto, un certo interesse legittimo. Il limite alla discrezionalità, in questo caso, non è dato dal dovere di perseguire un fine, bensì dal dovere di dirimere il conflitto sulla base di criteri idonei ad assecondare il perseguimento di fini che sono stati ritenuti meritevoli di tutela da parte del legislatore.

In altri termini, il fatto che l'ordinamento crei una norma di relazione elastica, bisognosa di adattamento ai casi concreti di conflitto, non significa affatto che la norma stessa sia posta esclusivamente a tutela di interessi privati: attraverso la soluzione di

---

adeguatamente gli interessi tutelati. Infatti, se i "diritti" vengono intesi come un *a priori* rispetto alle norme (come avviene in una larga parte della nostra tradizione culturale), non vi sono argini alla dilatazione dei nuovi "diritti" riconosciuti dalla giurisprudenza. Se invece (come è nella impostazione giuspositivistica rigorosa) i "diritti" sono intesi come espressioni riassuntive di norme oggettive applicate a situazioni concrete, non si può dimenticare che, in un ordinamento a base liberale com'è il nostro, il diritto protegge anche la libertà generale degli individui (libertà di fare tutto ciò che non è vietato dalla legge). Non è facile dunque (e non v'è neanche ragione di) tenere fuori dai confini del "danno ingiusto", per esempio, l'impedimento doloso ad un altrui atto di esercizio della libertà generale. E lo stesso ragionamento può estendersi perfino all'impedimento allo svolgimento di attività semplicemente tollerate.

Il vero limite della tesi contraria a riconoscere nell'ingiustizia del danno una clausola generale sta, a mio avviso, proprio nel volere evitare ogni discrezionalità del giudice, anziché proporsi di controllarla con criteri razionali. Viceversa, proprio il riconoscimento della presenza di un bilanciamento di interessi, in ogni decisione di riconoscimento di un danno ingiusto, dovrebbe portare a pretendere una motivazione della decisione giudiziale più attenta alle caratteristiche del caso concreto a all'esplicitazione dei valori concretamente affermati.

conflitti interindividuali che insorgono spontaneamente in determinati settori della vita sociale, si possono ben perseguire risultati di interesse generale, nonché di efficienza complessiva del sistema economico<sup>44</sup>.

Si può anzi aggiungere che questa valenza delle clausole generali relazionali di diritto privato ha portato anche alla convinzione, oggi piuttosto diffusa, che esse costituiscano strumenti idonei a realizzare un efficace controllo giudiziario sull'esercizio dei poteri privati<sup>45</sup>, e perfino (il che mi sembra molto discutibile) dei poteri pubblici<sup>46</sup>.

Anche per queste norme di relazione si ripropongono dunque interamente i problemi di scelta dei criteri di integrazione delle clausole generali, che sono stati richiamati all'inizio.

La segnalata rilevanza della discrezionalità giudiziale fa sì, peraltro, che il controllo di legittimità sulle decisioni applicative di clausole generali, la cui possibilità dev'essere confermata anche in relazione a questa categoria di norme (v. *supra*, § 7), si ponga anche nei termini che sono propri del sindacato sull'eccesso di potere (mancanza di adeguata istruttoria, mancanza di adeguata motivazione etc.).

---

<sup>44</sup> Per esempio, in materia di concorrenza sleale, v. M.LIBERTINI (nt. 18); in materia di disciplina della proprietà, M.R.MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>45</sup> Sul punto, da ultimo, C.GAMBA (nt. 41).

<sup>46</sup> In questo senso C.CUDIA (nt. 38), secondo cui l'impiego delle clausole generali di diritto privato consentirebbe un controllo giudiziario del potere pubblico più penetrante di quello tradizionalmente realizzato mediante le regole dell'agire funzionale e l'annullabilità dell'atto per eccesso di potere.

In senso diametralmente opposto, da ultimo, M.MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, 143 ss., il quale giustamente sottolinea il carattere storicamente più penetrante del sindacato giurisdizionale sugli atti di esercizio del potere, realizzato dal giudice amministrativo, mediante l'insieme di principi e concetti collegati all'esercizio di funzioni amministrative, ma anche esagera in senso opposto rispetto all'a. precedentemente citata, quando afferma (con riferimento alla realtà odierna) che il giudice civile tenderebbe sempre alla "applicazione meccanica" della legge e sarebbe intrinsecamente inadatto a realizzare un sindacato efficace degli atti di esercizio di poteri giuridici.

A mio avviso, l'impiego delle clausole generali consente di controllare in modo molto incisivo gli abusi del titolare del potere quando ci si ponga in una prospettiva relazionale (esercizio del potere *contro* qualcuno, o in violazione di aspettative create etc.); le regole tradizionali dell'agire funzionale (obbligo di motivazione, eccesso di potere etc.) consentono tuttavia un controllo complessivo più penetrante dell'esercizio del potere in una molteplicità di casi in cui vi sia stato un esercizio distorto del potere stesso. Le due prospettive sono fra loro complementari: in un certo senso potrebbe dirsi che le clausole generali di diritto privato coprono i casi più gravi ed estremi dell'eccesso di potere, cioè quelli che, in campo pubblicistico, sconfinerebbero nell'abuso d'ufficio.

16. Rimane da fissare la collocazione, in questa griglia concettuale, di alcune macroclausole, di impiego corrente nelle decisioni giurisprudenziali e nelle riflessioni dottrinali: mi riferisco ovviamente ai cosiddetti principi, o clausole generali, di buona fede e correttezza, di divieto dell'abuso del diritto, di riconoscimento dell'*exceptio doli generalis*, di solidarietà sociale, di giustizia contrattuale (ometto di precisare che non tutte queste clausole generali godono dello stesso livello di riconoscimento ufficiale da parte della giurisprudenza)<sup>47</sup>.

I problemi posti da questo tipo di norme sono anch'essi, ovviamente, enormi.

In primo luogo, c'è un problema di individuazione del fondamento normativo delle clausole generali di cui si tratta; problema che, ovviamente, presenta un diverso grado di difficoltà a seconda che si segua (come a me sembra preferibile<sup>48</sup>) una logica di giuspositivismo moderato e si tenga fermo il principio della tassatività delle fonti di diritto, ovvero si affermi l'idea della giurisprudenza come fonte di diritto positivo<sup>49</sup>.

In secondo luogo, c'è il solito problema della "concretizzazione" del sintagma indeterminato, sul quale non è il caso di insistere, se non per segnalare che il grado estremo di astrattezza, presentato da queste macroclausole, rende più difficile – ma non per questo impossibile – l'individuazione di criteri normativi di determinazione della portata della norma.

In terzo luogo, si pone un problema di fondamentale importanza, che è quello della collocazione sistematica di queste "macroclausole": se fra le norme di relazione, cioè di contemperamento in concreto di interessi confliggenti, ambedue astrattamente protetti dall'ordinamento, ovvero fra le norme di azione, cioè volte a regolare l'esercizio di poteri di autonomia dei soggetti; o, ancora, se la loro collocazione sistematica sia ambivalente, sì da coprire l'uno e l'altro aspetto. Il riflesso normativo di questa scelta sistematica sta nel tipo di rimedi – inibitori e risarcitori, o anche invalidativi – che si possono esperire in caso di violazione del contenuto normativo delle clausole in questione.

La mia impressione è che, in questa materia, oggi si assista ad una superfetazione di strumenti concettuali (buona fede, abuso del diritto, *exceptio doli*) che interferiscono ai fini della soluzione degli stessi problemi relazionali, sovrapponendosi in larga parte come possibili criteri di soluzione dei conflitti di cui si tratta; e si assista, contemporaneamente, ad una povertà del dibattito sulla individuazione dei criteri contenutistici, che dovrebbero

---

<sup>47</sup> Essenzialmente rivolta a queste macroclausole sembra l'analisi di A.FALZEA (nt. 32), che costruisce gli standards come regole integrative (traenti contenuto dalla realtà socioculturale esterna) di altre norme che prevedono fattispecie primarie.

<sup>48</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>49</sup> V. per esempio G.MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005.

ispirare il giudice nella soluzione di questi conflitti. Criteri che, in ultima analisi, si riportano ad un unico principio sovrastante, che è quello di solidarietà sociale<sup>50</sup>, a sua volta, peraltro, variamente ricostruibile. Purtroppo, invece, è frequente l'atteggiamento dottrinale volto a cercare differenze specifiche inconsistenti, spiegabili per il fatto che l'impegno di ricerca monografica su una certa figura spinge il ricercatore a valorizzare l'importanza e la pretesa peculiarità della figura di cui si tratta, anche a costo di distinzioni artificiose.

In ogni caso, ancora arretrata è la trattazione del problema relativo alla eventuale traduzione di queste clausole generali in norme di azione, suscettibili di governare la produzione di atti di autonomia privata e dar luogo a rimedi invalidativi o correttivi dell'atto stesso. Probabilmente la clausola generale adatta a tale scopo sarebbe una ipotetica clausola di equità o giustizia contrattuale, piuttosto che quella della buona fede o dell'abuso del diritto, che sono state concepite nella logica del rapporto e non in quella dell'atto, e tanto meno dell'attività.

Altrettanto bisognoso di approfondimento mi sembra il raffronto fra il ricorso alla clausola generale di buona fede ovvero alle norme generali di controllo di legittimità degli atti di esercizio di attività soggette a vincolo funzionale, con riferimento al problema del controllo del potere all'interno delle strutture d'impresa, e in particolare della società per azioni<sup>51</sup>.

17. Vorrei concludere indicando quelle che potrebbero essere le possibili tracce di un discorso sulle clausole generali (in senso lato e in senso stretto), focalizzate sul campo specifico del diritto commerciale:

- (i) c'è, sullo sfondo, il problema della funzione creativa della giurisprudenza e delle fonti del diritto commerciale;
- (ii) c'è poi il problema della qualità della legislazione, con particolare riguardo alle situazioni, oggi in crescita, di discipline caratterizzate dalla compresenza di norme generali e di norme di dettaglio<sup>52</sup> (con il correlativo problema

---

<sup>50</sup> Cfr. M.MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>51</sup> Le due posizioni furono rappresentate, in fondamentali contributi di circa quarant'anni fa, rispettivamente da A.Gambino e da P.Ferro Luzzi. Il diritto vivente ha finora registrato, com'è noto, il successo della prima posizione. La seconda – a mio avviso preferibile, al di là delle formule verbali utilizzate da F.L. – tende a riprendere quota dopo la riforma del diritto societario del 2003. Sul punto v. anche *supra*, nt. 41 e 46.

<sup>52</sup> Segnala il fenomeno U.BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e diritto*, 2007, 451, osservando che, spesso “*alla spropositata lunghezza delle disposizioni testuali analitiche.. si somma la moltiplicazione di vecchie e d'inedite clausole generali*”.

interpretativo dell'attribuzione di peso alle norme generali, nell'ambito di questi complessi normativi);

- (iii) c'è, ancora, il problema dell'applicazione, alla specifica materia commercialistica, delle macroclausole di cui si è sopra parlato (buona fede, abuso del diritto etc.), con il problema connesso dei rimedi giuridici applicabili in caso di violazione delle stesse;
- (iv) c'è, infine, il problema dell'interpretazione e ricostruzione dei principi fondamentali del diritto dell'impresa in generale e delle discipline di settore.

Il mio augurio, senza volere sminuire l'importanza degli altri punti, è che i prossimi contributi dottrinali si concentrino soprattutto nell'ultima categoria di problemi sopra elencati.

---

Per una esperienza di analisi di questo fenomeno, v. M.LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, 73 ss.