

Il tempo delle clausole generali \*

Stefano Rodotà

SOMMARIO: 1. Le clausole generali: uno sguardo alla realtà. - 2. Tempo, diritto, tecniche legislative. - 3. Diverse specie d'indeterminatezza. - 4. Buona fede e razionalità dell'azione giuridica.

1. Indizio sicuro del clima culturale esistente in un paese, la discussione sulle clausole generali si è riaffacciata pure tra i giuristi italiani. Questa ripresa della discussione avviene oggi in condizioni abbastanza diverse da quelle che l'avevano caratterizzata nel corso degli anni '60, quando sembrava (e sovente avveniva) che prendessero il sopravvento considerazioni a loro modo ideologiche, che riguardavano il dover essere d'un sistema giuridico più che il concreto modo nel quale questo si veniva strutturando. A distanza d'anni quelle polemiche non sono certo sopite si ripropongono anzi, sia pure in forme diverse. E se certo è apprezzabile il fatto che, attraverso il riferimento alle clausole generali, riprenda con vigore l'attenzione per difficili questioni di metodo, non sempre questo sforzo è accompagnato da analisi minute dei dati concreti che rendono visibile l'incidenza delle clausole generali nella realtà giuridica italiana. Queste analisi, tuttavia, sono possibili. Riguardano comportamenti di legislatori, giudici, studiosi che, se non altro, hanno allargato l'area dei temi e dei protagonisti del dibattito.

Non si può certo dire che siano venute meno le diffidenze che, da sempre, si sono manifestate verso l'impiego delle clausole generali. Ma oggi, almeno per quanto riguarda l'ambiente giuridico italiano, è necessario riflettere su due fatti. Il primo riguarda la disponibilità di un materiale giurispru-

\* E il testo, rivisto, di una relazione svolta alle giornate di studio su « La buona fede » organizzate dalla Scuola superiore di studi giuridici di Pisa il 14 e 15 giugno 1985. Queste pagine sono dedicate a Ugo Natoli.

denziale e normativo più ricco di quello che aveva sostenuto le indagini del passato. Il secondo, che dell'altro può essere anche considerato un effetto, è definibile come « laicizzazione » della discussione, che tende a spostarsi sul terreno della valutazione puntuale del modo in cui operano talune clausole generali, abbandonando così una impostazione tesa più ad interrogarsi sulla opportunità di clausole generali che ad indagarne il concreto funzionamento.

Se si porta l'attenzione sui casi giurisprudenziali, e sulle rassegne che a questi cominciano ad essere dedicate soprattutto per la clausola generale storicamente e qualitativamente più significativa, quella di buona fede<sup>1</sup>, ci si avvede subito del mutamento di clima. Ancora vent'anni fa, quando la buona fede non era seccamente liquidata come puro referente etico, la si considerava priva di una qualsiasi rilevanza normativa<sup>2</sup>. E così stando le cose, non era certo una sorpresa la mancanza di giurisprudenza in materia. Oggi la situazione appare profondamente mutata. Gli indici quantitativi sono per sé stessi evidenti, mostrandoci un ricorso costante, e in espansione alle aree più diverse, alle clausole generali contenute nella legislazione vigente. Gli osservatori più attenti, anzi, mettono in evidenza come l'argomentazione tipica del riferimento ad una clausola generale (ancora quella di buona fede, nella maggior parte delle occasioni) si ritrova anche in casi nei quali la clausola non è esplicitamente nominata<sup>3</sup>. Da ciò si deve concludere che, ormai, gli indici quantitativi peccano

<sup>1</sup> Si veda l'incisiva analisi condotta da Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, in particolare p. 315 ss.; e l'efficace rassegna di Nanni, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in « Contratto e impresa », 1986, p. 501 ss.

<sup>2</sup> In una sentenza degli anni '60, assai discussa e commentata (Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in « Foro pad. », 1964, I, 1284), si affermava che « un comportamento contrario ai doveri di correttezza (...) non può essere considerato illegittimo o colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui riconosciuto in base ad altre norme ». Nel 1979 la stessa Cassazione civile (Cass. 2 novembre 1979, n. 5688, in « Foro it. », 1980, I, c. 451 s.) sosteneva all'opposto « l'ampia operatività del principio di correttezza in quanto da esso sono desumibili regole d'azione sia rispetto all'esercizio di un potere che rispetto all'adempimento di un dovere ». Davvero si è passati da una cultura all'altra.

<sup>3</sup> Per indicazioni puntuali e significative Cabella Fisù, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 129 s.; Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 172 ss.; Nanni, *La buona fede*, cit., p. 554.

per difetto e che nella nostra cultura giuridica si è determinata una trasformazione qualitativa della quale va indagata tutta l'ampiezza.

Non meno significativo è quanto si osserva sul versante della legislazione. A differenza di quanto si è talora sostenuto, anche in questo settore si è ampliato il ricorso alla tecnica delle clausole generali. Certo, non si può sostenere che sia stato adottato come metodo quello della legislazione per principi. Ma sarebbe erroneo limitarsi a constatare l'ampiezza della legislazione microsettoriale (il fenomeno delle cosiddette *leggtine*) per concludere poi che il nostro sistema ha accantonato del tutto il ricorso alla tecnica delle clausole generali.

Questa conclusione non regge ad una sia pur sommaria verifica, condotta tanto sul terreno del dibattito di politica del diritto, quanto su quello della analisi della legislazione dell'ultima fase. Considerando proprio i guasti della legislazione microsettoriale, si insiste ormai da tempo sulla necessità di un cambiamento deciso di rotta, che si concreti in una delegificazione accompagnata da una rinnovata capacità del Parlamento di avere al centro della sua attività appunto una legislazione quadro, di indirizzo, di principi. Ed è interessante rilevare come tutte le leggi che, nella fase più recente, si sono allontanate dal modello della legislazione microsettoriale abbiano fatto ricorso più o meno largo a clausole generali.

Non voglio tramutare questa constatazione di fatto in un giudizio di valore attribuendo segno positivo al ricorso alle clausole generali quale che sia il settore della disciplina giuridica nel quale ciò si verifica e quale che sia il senso proprio di ciascuna specifica clausola. Né ignoro che questa propensione del legislatore risponde talvolta anche ad un atteggiamento di forte deresponsabilizzazione, che porta a trasferire al giudice scelte che dovrebbero invece essere fatte nella sede parlamentare. E so bene, peraltro, che il ruolo del tutto inedito assunto nella fase recente dalla magistratura italiana ha contribuito a modificare in maniera per più d'un verso determinante le condizioni che hanno permesso una considerazione diversa del tema delle clausole generali. Ma l'insieme di queste avvertenze non può far sottovalutare, o tacere del tutto, l'esistenza di una situazione di fatto nuova,

che andrebbe pure valutata alla luce di significative esperienze di altri sistemi giuridici.

Se si guarda alla legislazione italiana più recente, è agevole ritrovare numerosi casi nei quali si è fatto ricorso a formulazioni elastiche. Ricordo i più importanti: « dignità e riservatezza del lavoratore », « condotta antisindacale » (artt. 6 e 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300); « comunione spirituale e materiale dei figli » (artt. 1 e 6 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, sui casi di scioglimento del matrimonio); « imprescindibili motivi di coscienza » (art. 1 della legge 15 dicembre 1972, n. 772, sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza); « vita privata » (art. 615-bis introdotto nel codice penale dall'art. 1 della legge 8 aprile 1974, n. 98); « indirizzo della vita familiare », « affari essenziali », « esigenze dell'unità e della vita della famiglia », « capacità, inclinazione naturale, aspirazione dei figli », « intollerabile prosecuzione della convivenza », « grave pregiudizio alla educazione della prole », « comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio », « interesse morale e materiale » dei figli, « interesse del figlio e dell'unità familiare », « esclusivo interesse del minore » (artt. 144, 145, 147, 151, 155, 316, 217-bis introdotti nel codice civile dalla legge 19 maggio 1975, n. 151 sulla riforma del diritto di famiglia); « salute fisica e psichica » (art. 4 della legge 22 maggio 1976, n. 194 sulla interruzione della gravidanza); « condizioni psico-sessuali » (art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 in materia di rettificazione di sesso); « situazione di abbandono », « gravi difficoltà di idonea convivenza »; « interesse del minore »; « esclusivo interesse del minore » (artt. 8, 23, 25, 34 della legge 4 marzo 1983, n. 184 sull'adozione e l'affidamento dei minori); « sicurezza della Repubblica » (art. 2 della legge 21 aprile 1983, n. 123 in materia di cittadinanza); « interesse dei figli » (art. 8 della legge 6 marzo 1984, n. 74).

Un cenno a parte meritano alcune clausole contenute quasi

<sup>4</sup> La diffusione rapida e generalizzata di clausole che attribuiscono rilevanza primaria all'interesse del minore ha ispirato a Jean Carbonnier un commento che contrasta con l'abituale fmezza di questo scrittore: « notre législation contraire, très pédocentrique, pour ne dire pas pédophilique » (Carbonnier, *Le notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable en droit*, a cura di Perelman e Vander Elst, Bruxelles, 1984, p. 104).

tutte nella cosiddetta *legislazione dell'emergenza*: « esigenze di tutela della collettività » (art. 1 della legge 22 maggio 1975, n. 152); « fatti eversivi dell'ordine costituzionale », « integrità dello Stato democratico » (art. 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801); « finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico » (art. 289-bis del codice penale introdotto con la legge 18 maggio 1978, n. 191). Nessuno dei civilisti che, qualche anno prima, aveva violentemente e virtuosamente polemizzato contro l'impiego delle clausole generali nelle materie privatistiche, giudicandole nella sostanza tali da mettere in pericolo l'ordine democratico, ritenne opportuno esprimere pubblicamente la propria critica, pur essendo evidente che proprio nella materia penale l'impiego di questa tecnica legislativa mette in pericolo i fondamenti della democrazia<sup>5</sup>.

Dev'essere, infine, ricordato che l'ordinamento comunitario è ricco di indicazioni di carattere generale, sulle quali la Corte di giustizia delle Comunità europee ha costruito parti non trascurabili della sua giurisprudenza<sup>6</sup>. E questa non è certo una considerazione secondaria, per le sue evidenti implicazioni sistematiche e per l'influenza sul complessivo clima culturale.

2. Si può certamente osservare, scorrendo l'elenco dei casi appena citati, che non tutti possono essere ricondotti ad una nozione rigorosa di clausola generale. Ma, per il momento almeno, si può ritenere raggiunto un primo risultato conclusivo, che contrasta con l'opinione ancora sostenuta di una sostanziale e perdurante estraneità al nostro sistema di tec-

<sup>5</sup> Mi permetto di ricordare quanto scrivevo in *Idologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in « Riv. dir. comm. », 1967, I, p. 89, a proposito dell'ambito di operatività delle clausole generali: « i nostri rilievi sono svolti con esclusivo riguardo alla legislazione civile ed a quei settori che, con un significativo ritorno terminologico, vengono designati come diritto comune. Solo a prezzo di gravi fraintendimenti potrebbero essere riferiti a materie come la penalistica o la processuale; e deve recisamente escludersi una loro rilevanza in tutti i casi relativi alle libertà civili, nelle quali, sancita dal testo costituzionale la distinzione dai rapporti economici, si sostanzia ormai la difesa delle ragioni più profonde dell'individuo. Queste, libere d'ogni egoismo e insofferenti d'ogni tutela, sono oggi le grandi libertà, alle quali nulla la storia può aggiungere e molto può levare. Per esse, quindi, la cristallizzazione in formule giuridiche rigide è il destino più desiderabile ».

<sup>6</sup> Cfr. ad esempio Bauer-Bernet, *Notions indéterminées et droit communautaire*, in *Les notions*, cit., p. 269 ss.

niche legislative diverse da quella delle fattispecie analitiche. Si deve invece concludere che, nella sua fase più recente, il nostro sistema ha conosciuto una incidenza più forte e diffusa di « nozioni a contenuto variabile »<sup>7</sup>, e che questa tendenza non sembra essersi arrestata. Ma tutto questo merita una riflessione che non si limiti ad una presa d'atto dell'esistente o ad una registrazione di tendenze più o meno stabilizzate.

« L'acceptation d'un avenir changeant est-elle un devoir du législateur? », si domanda Jean Carbonnier<sup>8</sup>. La risposta è nelle cose, nel diversificarsi stesso delle tecniche legislative che dovrebbero consentire al diritto di controllare il tempo, di dominare la dimensione del futuro.

Tradizionalmente, e questa tradizione si riflette ancora nell'interrogativo di Carbonnier, il tempo futuro veniva attribuito alla competenza del legislatore. Nello schema proposto da Husserl<sup>9</sup> la stessa separazione dei poteri si risolve appunto nella distribuzione tra essi delle diverse fasi temporali: il tempo presente appartiene all'esecutivo, quello passato al giudice, mentre è il legislatore a doversi occupare del futuro. Ora, a parte ogni valutazione critica d'ordine generale, ben può dirsi che questa impostazione appare inadeguata almeno da due punti di vista: anzitutto, la dimensione del futuro appare ormai solidamente legata anche al lavoro del giudice, all'intervento dell'amministrazione; e, in secondo luogo, è la stessa nozione di futuro ad esser messa in discussione.

Non si parla, infatti, solo di « avenir », ma di « avenir changeant », di un futuro che non può esser più considerato come lo sviluppo lineare del presente o addirittura di un passato che lo racchiude « come una molla compressa »<sup>10</sup>. Non solo il futuro non è prevedibile, ma non è dominabile con

tecniche giuridiche che non ne scontino l'intima contraddittorietà, le rotture, la possibilità di costruzione consapevole. Se pure fosse di competenza del solo legislatore, l'opera sua dovrebbe tener conto di tutto questo.

Nuove tecniche legislative si affiancano a quelle abituali, che ordinariamente supponevano solo un bisogno di aggiornamento. Così era la riforma legislativa, così per il ricorso alla cosiddetta « interpretazione evolutiva » della legge o, se si preferisce, all'argomento teleologico nell'interpretazione<sup>11</sup>, per estendere un enunciato normativo antico a situazioni nuove. Si diffondono, poi, meccanismi di adeguamento automatico delle leggi, ad esempio introducendo in esse clausole di rinvio alle determinazioni di corpi tecnici.

Ma il segno netto di mutamento si coglie con l'apparire di « leggi sperimentali », solitamente a termine. Qui, però, la fissazione del termine non nasce dal bisogno di attribuire alla legge una validità temporale limitata, perché limitati nel tempo si ritengono le domande o gli interessi ai quali essa risponde. L'esigenza, invece, è quella di procedere, ad una scadenza determinata, ad una verifica della effettiva corrispondenza della disciplina alla situazione di fatto; oppure, in situazioni caratterizzate da una forte dinamica, di obbligare il legislatore ad adeguamenti periodici delle norme ai dati proposti dall'innovazione scientifica e tecnologica. Modelli di questo tipo si ritrovano nella prima legge francese sull'aborto e nella recente legge islandese sulle banche dati.

Il costo dell'innovazione legislativa, tuttavia, rimane elevato, soprattutto in termini di tempo, e conseguentemente, di tempestività dell'intervento. L'introduzione nella legislazione di clausole elastiche, allora, si conferma come una via più economica, che non garantisce soltanto, come da sempre si è detto, una apertura dell'ordinamento giuridico verso la società, ma pure la capacità di far fronte alle discontinuità che possono prodursi nel futuro. E c'è un'altra « diseconomia » che può essere eliminata attraverso le clausole generali: è quella che deriva dal ricorso ripetuto alla microlegislazione di settore, che alimenta al tempo stesso l'inflazione legislativa e l'insicurezza giuridica, creando un circolo vizioso che può

<sup>11</sup> Cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 370.

<sup>7</sup> E la formula, descrittiva, scelta da Perelman per la ricerca i cui testi sono ora pubblicati in *Les notions*, cit.

<sup>8</sup> Carbonnier, *Les notions*, cit., p. 107.

<sup>9</sup> Husserl, *Recht und Zeit*, Frankfurt a. M., 1955.

<sup>10</sup> Bodei, *Riflessioni sul tempo e gli intrecci temporali nella narrazione storica*, in *Scienza, narrazione e tempo*, a cura di Salvati, Milano, 1985, p. 355. Si suole ricordare, per la consapevolezza dei rapporti tra legge e futuro, quanto scriveva Otto von Bulow, proprio nelle pagine di apertura di *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885: ma qui è assente proprio la dimensione dinamica del cambiamento. Questa non è una sciocca notazione critica, un assurdo rimprovero: è piuttosto un invito a storicizzare per chi oggi si serve di taluni riferimenti.

essere spezzato solo da un nuovo equilibrio tra legislazione per principi, « nozioni a contenuto variabile » e disciplina analitica. Solo chi è cieco di fronte alla realtà può credere che, oggi, il pericolo sia in una fuga verso le clausole generali e non nella concretissima fuga verso la legislazione speciale.

Certo, qui può essere riproposta la critica di chi, attravverso questa tecnica, vede messi in discussione valori legati alla stabilità ed alla sicurezza, intese come componenti essenziali del sistema giuridico, con contraccolpi sul carattere stesso del sistema politico nel suo insieme. Ho sempre ritenuto che quest'ultima critica fosse il risultato di una enfattizzazione eccessiva, e non trovasse nei fatti conferme persuasive. Potrei limitarmi ad aggiungere che « i giuristi non hanno avuto e non hanno bisogno di riferirsi alla buona fede per piegarsi alle dittature o ai programmi dei gruppi che occupano i ruoli di comando »<sup>12</sup>. Questa risposta mette a nudo la falsa coscienza di quei critici che son pronti ad ingaggiare un gran torneo ideologico intorno alle clausole generali, ma rimangono silenziosi di fronte a ben più pesanti manomissioni della legalità. Potrebbe, però, essere ritenuta insoddisfacente, osservandosi che, in sostanza, altro non dice se non che esistono vie ulteriori, oltre a quelle delle clausole generali, che possono condurre alla perversione di un ordinamento giuridico e all'asserimento del ceto dei giuristi. La replica più convincente, allora, torna ad essere oggi quella che invita all'attenzione per l'esperienza storica che, nei sistemi più diversi, ci mostra come l'articolarsi delle tecniche di regolazione giuridica costituisce certamente un fattore di alterazione degli assetti conosciuti (con i quali, con evidente forzatura ideologica, era stato identificato l'« ordine » giuridico), ma nella sostanza rappresenta la forma che i sistemi giuridici vanno assumendo di fronte ad una realtà sempre meno riconducibile ad un'unica cifra.

Il punto vero, e metodologicamente rilevante, è dunque un altro. Discontinuità e insicurezza non sono variabili dipendenti dal ricorso a questa o a quella tecnica giuridica. Sono dati della realtà, compaiono tutte le volte che l'occhio del giurista guarda verso il futuro: sì che, se bisogna cimentarsi

con i problemi dell'« assorbimento del reale » nell'ordinamento giuridico<sup>13</sup>, è proprio con l'insieme di questi fattori che bisogna misurarsi.

Il modello di razionalità, per lungo tempo corrente tra i giuristi, veniva dritto dal mondo scientifico, obbediva come questo a leggi di continuità, linearità. Di tutto questo oggi si discute, ed emergono modelli diversi, di una nuova scienza fondata su una logica non lineare, scolastica, attenta a strutture instabili<sup>14</sup>. Ciò implica una sorta di obbligo automatico dei giuristi di adeguarsi a questo nuovo modello? Niente affatto. E tuttavia evidente che, da una parte, non può più essere elevato a paradigma di scientificità un modello che proprio nel momento delle scienze esatte viene revocato in dubbio; e, dall'altra, che l'osservazione della dinamica dei fenomeni reali implica la necessità di tenere nel giusto conto una logica diversa da quelle finora correntemente adoperate.

Discontinuità, tempo, futuro. C'è un altro paradigma, allora, che cede, viene messo in discussione. È quello del « temps intemporel de la dogmatique juridique »: che è, poi, un modo per mettere la scienza e l'oggetto della sua riflessione, le norme, al riparo dal trascorrere del tempo, rifugiandosi in una sorta di « présent omnitemporel »<sup>15</sup>, regno della stabilità e delle verità perenni. Ma il fattore di rigidità, introdotto in questo modo nel sistema, ne compromette l'ordine, cioè proprio il fine che con quel metodo si cercava di salvaguardare. L'ordine, allora, non può essere realizzato cancellando il futuro, o meglio costruendolo secondo l'immagine di un presente destinato a mutamenti impercettibili. Dev'essere rag-

<sup>13</sup> Cfr. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 85.

<sup>14</sup> Il riferimento è, evidentemente, alle tesi di Prigogine, del quale sono apparsi in traduzione italiana diversi studi nei volumi *La nuova alleanza. Uomo e natura in una scienza unificata*, Milano, 1979; e *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* (in coll. con Stengers), Torino, 1981. Ma per la crisi della razionalità scientifica non ci si può certo fermare a questa indicazione. Per quanto si dirà più avanti nel testo è bene tener presente almeno Thom, *Stabilità strutturale e morfogenesi*, Torino, 1980; e *Parabole e catastrofi*, intervista a cura di Giorello e Marini, Milano, 1980. Sul punto, in generale, il fascicolo dedicato a « Catastrofi e trasformazione » dalla rivista « Laboratorio politico », 1981, nn. 5/6; in particolare, sul « mutamento rilevante della forma di razionalità », Marramao, *Catastrofe, identità e sistema*, ivi, p. 5 ss.

<sup>15</sup> Ost, *Les multiples temps du droit*, in *Le droit et le futur*, Paris, 1985, p. 125.

<sup>12</sup> Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, dove, alle pagine 531-563, si trova una meditata analisi del problema politico della buona fede.

giunto con altre tecniche: se non proprio « per fluttuazione »<sup>16</sup>, certo attraverso un insieme di strutture sufficientemente elastiche, per caratteristiche proprie e dei soggetti chiamati a farle funzionare (anche un improbabile Parlamento « amministratore » diretto del cambiamento sociale), capaci di riportare appunto ad una logica, ad un « ordine », quello che altrimenti sarebbe contraddittoriamente affidato, come oggi accade, ad un vecchio che non muore e ad un nuovo che non riesce a nascere.

Tecniche legislative e metodo giuridico si connettono così in maniera evidente. E, in questo quadro, la funzione stessa delle clausole generali, delle più abituali ed accettate, risulta indubbiamente modificata. Non più soltanto finestre aperte sulla società, tramite di valori che non possono essere direttamente affermati nelle norme, e neppure meri strumenti di riduzione del conflitto tra norme che invecchiano ed una realtà in continuo cambiamento, bensì modi per dare senso all'essere del tempo giuridico, dove il presente ingloba già il futuro. Questo non è vero soltanto per i casi e i luoghi dove la storia appare più accelerata, per i tempi scanditi dall'innovazione scientifica e tecnologica. Non è forse così anche per ogni contratto di durata, dove la clausola della buona fede attrae nel presente la logica dei futuri comportamenti delle parti?

Comunque sia, anche muovendosi in questa più dilatata dimensione, il ruolo delle clausole generali viene ridefinito con un costante riferimento solo ad una logica diacronica. Ma non ci può arrestare qui. Se appena si spinge più in là l'analisi, ci si avvede che le clausole generali hanno acquistato una funzione ulteriore, che discende dalla loro capacità di operare anche secondo una logica sincronica.

Ancora una volta si tratta di rispondere a problemi di discontinuità. Le clausole generali, infatti, possono essere, e già talvolta sono, lo strumento più adeguato per dar voce ad un pluralismo di valori, atteggiamenti, culture presenti *contemporaneamente* in una organizzazione sociale<sup>17</sup>. E questo è tanto più necessario quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. L'uni-

<sup>16</sup> È la formula impiegata da Prigogine (cfr. *La nuova alleanza. Meta-morfosi della scienza*, cit., p. 170 ss.).  
<sup>17</sup> Carbonnier, *Les notions*, cit., p. 107, 109; Perelman, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, in *Les notions*, cit., p. 373 s.

cià del referente sociale della norma, pur generale e astratta, rischia sovente di divenire anch'essa un'astrazione. In una società articolata, « di minoranze », è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità<sup>18</sup>. Non è forse questo il modo di operare della clausola di buona fede quando determina il concreto regolamento contrattuale in base alla specifica collocazione sociale dei contraenti?

3. Siamo dunque di fronte al bisogno di una nuova razionalità giuridica, ineludibile già nel momento della legislazione, e che discende dal congiungersi dei fattori ricordati in precedenza. Sia diacronicamente che sincronicamente il giurista legislatore o scienziato o giudice operava *come se* i dati di riferimento fossero portatori di omogeneità e di continuità. Il trascorrere del tempo evocava concetti come quello di *progresso* o *evoluzione*, non quelli di *frattura* o *rottura*<sup>19</sup>, che venivano piuttosto associati ad eventi come la rivoluzione, per definizione considerata come un momento di abbandono della legalità e, quindi, della nascita di una nuova e diversa legalità. E la società, grazie anche al riferimento ad un soggetto sempre eguale (nel quale scomparivano o facevano fatica ad essere riconosciuti momenti collettivi e differenziazioni sostanziali) veniva intesa come un dato sostanzialmente compatto. L'idea di un *continuum* temporale e intertemporale dominava.

La dissoluzione di questo impianto concettuale è stata variamente espressa (si pensi al termine « complessità », peraltro abusato nel suo riferimento alla società), ed è stata variamente favorita da quella che fu detta « accelerazione della storia » e da quella dimensione del cambiamento permanente

<sup>18</sup> A questo tema si mostra sempre assai sensibile Calabresi, in particolare ora *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*, New York, 1985.

<sup>19</sup> Wieacker, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des par. 242 BGB*, Tübingen, 1956, p. 36, parla proprio di « rottura » del sistema delle leggi e dei codici determinato dal ricorso al principio di buona fede: ma il senso è quello della messa in discussione della fissità degli schemi dommatici e di una storificazione dei concetti, piuttosto che un diverso modo di guardare al futuro e al suo rapporto con la disciplina giuridica. All'opposto, in un ambiente diversamente connotato culturalmente, Frank (*Law and the Modern Mind*, New York, 1930, p. 27) vedeva appunto in concetti come « buona fede » o « colpa » strumenti che « creano un'apparenza di continuità, uniformità e definitività di fatto inesistenti ».

introdotta dai tempi e dai ritmi della innovazione scientifica e tecnologica. Tutto questo mette in discussione valori, anche quelli sottostanti la ricerca giuridica, ed orienta verso la riflessione intorno ad un insieme di valori, principi, tecniche capaci di costituire riferimenti adeguati alla realtà mutata della quale ormai si è preso atto.

È evidente che le clausole generali non possono, per sé sole, costituire la soluzione per tutti questi problemi. Ma proprio le loro caratteristiche, l'essere state e l'essere ancora percepite come strumento di rottura del tradizionale ordine concettuale, fanno di esse, anche oggi, l'occasione che può obbligare ad una riflessione più stringente. Se pure ci si dovesse limitare a discutere in termini di rispecchiamento della realtà, davvero potremmo affidarci soltanto, o soprattutto, alla microlegislazione, ad una serie di frammenti di specchio sempre più minuti, nei quali invano si cercherebbe un'immagine globale? Il disegno, o l'ambizione, di una rinnovata regolamentazione unitaria passa per altre vie ed altre tecniche.

Né basterebbe osservare che le tecniche di regolamentazione più efficaci, oggi, sono piuttosto quelle che si affidano alle negoziazioni, e non alla imposizione. Questo, infatti, non vuole dire necessariamente ricorso esclusivo alla microlegislazione ed alla regolamentazione analitica<sup>20</sup>. Nel campo tipico della negoziazione, quello contrattuale, un bisogno di economia fa sì che le parti, invece di abbandonarsi ad un impegnativo e costoso sforzo di previsione di tutte le variabili future, preferiscano affidarsi proprio all'operare di clausole generali.

L'organizzazione dei rapporti tra disciplina giuridica e variazioni spaziali e temporali, tra regole e diversificazioni sociali e culturali, è comunque affidato ad un insieme di tecniche e di strumenti tra i quali è necessario collocare corret-

tamente le clausole generali. Se, a questo fine, si adotta come punto di riferimento il bisogno di elasticità del sistema, nel significato più ampio che questa espressione può assumere, si può procedere ad una prima classificazione, che tuttavia prescinde volutamente da un riferimento alle tecniche interpretative, evidentemente collocate su di un piano diverso.

L'elasticità, in primo luogo, è associata a strumenti di adeguamento automatico della disciplina giuridica al mutare di dati di fatto, quali possono essere le norme che agganciano l'ammontare di una prestazione ad indici di vario genere, eventualmente anche messi a punto da determinate istituzioni che, tuttavia, devono attenersi a criteri predeterminati che escludono ogni loro apprezzamento discrezionale<sup>21</sup>. Diversa, invece, è la situazione nella quale l'elasticità deriva dall'intervento di corpi tecnici che esercitano comunque un potere autonomo di valutazione delle situazioni di fatto<sup>22</sup> o dal ricorso a leggi quadro<sup>23</sup>.

In un'altra dimensione si entra quando l'obiettivo della elasticità è affidato a norme la cui concretizzazione richiede l'opera di altri soggetti, pubblica amministrazione o giudice, con « conscia sospensione del giudizio, remissione del giudizio al grado inferiore<sup>24</sup>. Questa è appunto la dimensione nella quale operano le clausole generali, ma non queste soltanto. Principi, direttive, standards, norme generali, concetti indeterminati, clausole generali: l'elencazione potrebbe continuare. Ma qual è la ragion d'essere, e il criterio distintivo, di tutte queste nozioni?

Difficoltà particolari non dovrebbero sorgere quando si parla di principi, se con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte. In questo senso, le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema

<sup>21</sup> Cfr. ad esempio, per l'aggiornamento del canone di locazione degli immobili adibiti ad abitazione, l'art. 24 della legge 27 luglio 1978, n. 392.

<sup>22</sup> È il caso delle sempre più numerose « autorità amministrative indipendenti », come la nostra CONSOB.

<sup>23</sup> La tecnica delle leggi quadro consente, ad esempio, quella particolare articolazione pluralistica legata all'esistenza di regioni dotate di autonomia legislativa.

<sup>24</sup> Così, con riferimento alle tesi kelseniane, Conte, ad vocem *Ordinamento giuridico*, in « *Noviss. Dig. It.* », p. 50, nota 1.

<sup>20</sup> Alla tesi più generale di una legislazione per principi obietta Luciani, *La produzione*, cit., p. 83, nota 12, che « i compromessi fra i soggetti sociali abbisognano (di fatto) della micro-formalizzazione prestata proprio dalla tecnica contraria della legislazione 'regolamentare': non è certo compito della tecnica legislativa arrestare o contenere i processi che reggono le società pluraliste o neo-corporative ». In questa critica vi è il rischio di una pura razionalizzazione di alcuni processi, e di una generalizzazione di esperienze storicamente circoscritte. Ho già osservato come le clausole generali possano costituire, e di fatto costituiscono, una risposta ad esigenze proprie di una società pluralista. Quanto, poi, alle pratiche neo-corporative, già ne avvertiamo, se non la scomparsa, almeno una significativa eclisse.

la presenza di principi come quelli di solidarietà e di eguaglianza, la clausola generale di buon fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in essi contenute. I principi, allora, possono essere intesi anche come un limite all'andamento elastico del sistema o, meglio, come la condizione concreta della sua elasticità. Si tratta, in sostanza, di una elasticità « orientata », per la caratteristica di norma di scopo che i principi ordinariamente assumono. Vero è che anche dei principi si sottolinea la valenza dinamica<sup>25</sup>; ma la distinzione con le clausole generali è possibile proprio considerando il loro diverso ambito di operatività<sup>26</sup>.

L'attenzione deve essere ora portata sulla qualificazione « generale » che accompagna il termine « clausola ». S'intende che l'attributo della generalità non attiene qui alla classificazione delle norme in generali e individuali: se ci si attiene ai tradizionali, e contestati, criteri di classificazione, infatti, può essere generale tanto una norma espressa nella forma della fattispecie analitica, quanto quella contenuta in una fattispecie aperta, appunto in una clausola generale<sup>27</sup>. La precisazione è necessaria, poiché la trasposizione del termine « generale » dall'ambito della norma a quello della fattispecie ha determinato più di un equivoco interpretativo e qualche abuso ricostruttivo. Si tratta, invece, di stabilire se tutte le tecniche di costruzione di fattispecie non analitiche siano riconducibili alla categoria delle clausole generali.

Per rispondere a questo interrogativo, è necessario prima di tutto dissipare un altro equivoco. Ci si può ben trovare di fronte ad una fattispecie analitica, e non aperta, quando il legislatore impiega formule riassuntive di una molteplicità di casi. Lo fa per economia del dettato normativo, quando la casistica completa sia agevolmente ritrovabile altrove e sia soggetta a forme periodiche di aggiornamento; per lasciar spazio ad una limitata discrezionalità tecnica; per operare un riferimento a massime di esperienza, variabili sì, ma sottoposte ad un autonomo apprezzamento giudiziario.

<sup>25</sup> Cfr. le indicazioni di Luciani, *La produzione*, cit., p. 79 ss.

<sup>26</sup> Su questo problema mi sono soffermato in varie occasioni, in particolare in *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

<sup>27</sup> Sul punto dei rapporti tra clausola generale e norma generale, e per varie considerazioni d'insieme, Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 97 ss.

La fattispecie aperta, invece, ricorre quando si opera un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell'ambiente nel quale la decisione è destinata a produrre effetti. Qui non è tanto l'indeterminatezza del concetto ad assumere rilevanza quanto la sospensione del giudizio da parte del legislatore, la sua remissione ad una competenza diversa.

Questa tecnica di costruzione della fattispecie fa ricorso ad una molteplicità di nozioni a contenuto variabile. Per operare una distinzione tra queste ultime, tuttavia, non credo che si possa ricorrere ad una distinzione che veda, da una parte, fattispecie complete e, dall'altra, fattispecie incomplete, frammenti di norme bisognosi di integrazione, comprendendo in quest'ultima categoria proprio le clausole generali. Non si può scambiare la ripartizione di competenze, operata dalla norma strutturata in fattispecie aperta, con l'incompletezza della disciplina in essa contenuta.

Peraltro, il fatto che la clausola generale sia destinata ad operare nel quadro delineato da altre disposizioni non è argomento sufficiente per depotenziarla o differenziarla per questo solo fatto da altri tipi di norme giuridiche. Basta tener presente che anche altre norme, ad esempio quella sulla causa, sono destinate ad operare solo nell'ambito della disciplina prevista per il negozio giuridico: e ciò permette di rendersi conto che l'essere una norma inserita in un tessuto di relazioni necessarie con altre norme non incide sulla sua completezza, considerata dal punto di vista della prescrizione in essa contenuta. Rimane nella sostanza valida la sottolineatura di Engisch, quando mette in evidenza che « il vero significato delle clausole generali risiede nel settore della tecnica legislativa<sup>28</sup>, senza che ciò comporti una diversa qualità delle norme che le prevedono.

La fragilità della distinzione appare ancor più evidente se alla clausola generale si contrappone una nozione come quella di « giusta causa », ricorrente in più norme dedicate alla disci-

<sup>28</sup> Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. di Baratta, Milano, 1970, p. 197. La formulazione è ripresa quasi alla lettera da Carbonnier: « c'est donc essentiellement une technique législative que j'envisage ici » (*Les notions*, cit., p. 100).



plina del contratto e considerata come esempio di norma completa che adopera quella reversa nozione a contenuto variabile che sarebbe il concetto giuridico indeterminato<sup>29</sup>. Ammesso pure che la distinzione tra clausole generali e concetti indeterminati abbia senso, appare difficile classificare tra questi ultimi appunto la giusta causa. Se, infatti, facciamo riferimento ad una delle funzioni ormai riconosciute pure nel nostro ambiente giuridico alla clausola generale di buona fede, quella di limite alla possibilità di riappropriarsi di opportunità perdute con la conclusione del contratto<sup>30</sup>, appare chiaro che la nozione di giusta causa si presenta proprio come una clausola che consente, invece, ad una delle parti di riappropriarsi di opportunità perdute. Essa, dunque, non si limita a rinviare il giudice a criteri di valutazione obiettivamente vigenti nell'ordine sociale. Si tratta, ben diversamente, dell'attribuzione al giudice del potere di valutazione di avvenimenti socio-economici incidenti sull'economia del contratto: dunque, una vera e propria regola di governo dei conflitti e delle tensioni che intorno al contratto possono determinarsi.

Al di là della controversia sul punto specifico, qui affiora una questione diversa, e più generale. In presenza di una indubbia diffusione delle nozioni a contenuto variabile, si cerca di circoscrivere severamente l'area ascrivibile alla tecnica delle clausole generali. Operazione, questa, metodologicamente e politicamente corretta, se si vuole evitare una dilatazione impropria della categoria e controllare con sufficiente rigore l'uso che di essa si tende a fare, ma che tradisce pure una difficoltà metodologica e un imbarazzo politico.

Quando il tema delle clausole generali, e quello connesso e diverso della legislazione per principi, sono stati riproposti nella discussione scientifica italiana, alla primitiva ripulsa e al successivo silenzio è poi seguita nei fatti quella più larga accettazione, soprattutto sul terreno della legislazione e della giurisprudenza, alla quale già prima si è fatto cenno. La riflessione scientifica, però, non è stata pari alla dimensione reale che il fenomeno veniva assumendo, quasi che gli antichi oppositori si sentissero imbarazzati dalla smentita venuta dai fatti

<sup>29</sup> Cfr., tra gli altri, Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in « Riv. crit. dir. priv. », 1984, p. 540.

<sup>30</sup> È la formula adottata da Burton, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in « Riv. crit. dir. priv. », 1984, p. 34 ss.

e, in prospettiva comparatistica, dall'attenzione sempre assai viva nel sistema tedesco<sup>31</sup>, dalla « rinascita » registrata in Francia<sup>32</sup>, dalla espansione significativa negli Stati Uniti<sup>33</sup>. È avvenuto così che il fenomeno, invece d'essere indagato, finiva con l'essere piuttosto esorcizzato.

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

All'opposto di questo tentativo di annegare le clausole generali nella normalità interpretativa e strutturale del sistema si colloca quello che nega il solidificarsi e il diffondersi di tali clausole. E lo fa attraverso la moltiplicazione verbale dei referenti concettuali.

Si riconosce, in sostanza, che crescono le nozioni a contenuto variabile, ma esse sarebbero *altro* dalle clausole generali. La questione rischia di ridursi ad una pura controversia nominalistica, senza conseguenze significative sul piano operativo, sì che si potrebbe esser tentati di prendere per buoni e considerare innocui i nuovi tentativi di sistemazione, se essi non tradissero appunto il grumo di diffidenza tradizionale

<sup>31</sup> Di ciò è chiara testimonianza nello stesso contributo critico di Bueckling, *Der Fluch der Generalklauseln*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983, p. 190 ss., che, in verità senza grande capacità di penetrazione, discute un fenomeno che, nel sommario del breve saggio, viene così descritto: « täglich werden in Legislative, Executive, Judikative, auch in der allgemeinen innen- und aussenpolitischen Auseinandersetzung Generalklauseln gebraucht ». Più equilibrato è il panorama complessivo delineato da T. Raiser, *Richterrecht heute*, ivi, 1985, p. 111 ss.

<sup>32</sup> Rinvio a quanto scrive Alpa, *Breve nota bibliografica sulla letteratura francese recente in materia di contratti*, in « Riv. dir. comm. », 1984, I, in part. p. 290 ss.

<sup>33</sup> Basta scorrere il saggio di Burton, *L'esecuzione, cit.*; un ampliamento della prospettiva è possibile grazie a Dawson, *The General Clauses, Viewed from a Distance*, in *Rabels Zeitschrift*, 1977, p. 441 ss.

e non costituissero, quindi, un ostacolo alla piena comprensione culturale del fenomeno che abbiamo di fronte e di alcune tendenze complessive del sistema.

Questo non vuol dire che non servono distinzioni, ma che debbono essere rifiutate quelle pretestuose, o inutili. Così, una distinzione tra clausole generali e direttive è possibile, se si intende la direttiva come norma di indirizzo nell'ambito di un programma prefissato, che lascia margini per un adattamento giustificato da una obiettiva situazione di fatto, ma nega al destinatario il potere di procedere ad un apprezzamento autonomo, salvo che si tratti di decidere, eventualmente, intorno alla opportunità di dare o no attuazione alla direttiva stessa.

Più difficile, o ambigua, riesce la distinzione tra clausole generali e *standards*. Sovente, nella terminologia degli studiosi che si sono occupati del tema, si tratta di varianti lessicali per indicare la medesima nozione: e ciò nasce da abitudini culturali o da usi tipici di un determinato ambiente<sup>34</sup>. Altri, lo *standard* evoca piuttosto l'idea di normalità, variabile, ma in qualche modo ancorata da elementi obiettivi, tale da consentire la costruzione di parametri e di raggiungere appunto una elevata standardizzazione delle decisioni e, quindi, una loro accentuata prevedibilità. Viene così indicata una sorta di normalità statistica, diversa da una « normalità valore », la cui ricostruzione richiede invece un apprezzamento di dati sociali (*comune senso del pudore*) e che, di conseguenza, configura strutture sostanzialmente analoghe a quelle indicate come clausole generali. In realtà, l'aggancio a determinati valori attraverso una idea di normalità variamente espressa non configura una struttura normativa diversa da quella definibile come clausola generale, ma la prospetta in forme tali da accrescere l'accettabilità sociale delle decisioni che su di essa si fondano<sup>35</sup>.

Ancor meno persuasiva è la distinzione tra concetti indeterminati e clausole generali, che non riesce a trovare sufficiente nettezza neppure negli scritti di chi, come Karl Engisch, ha prestato ad essa particolare attenzione. Mi pare rive-

latore il fatto che, dopo aver analizzato appunto i concetti indeterminati, Engisch sostanzialmente conclude nel senso di negare la possibilità di una differenziazione delle clausole generali da questi sulla base di una diversità della struttura normativa, limitandosi a mettere in evidenza, come già si è ricordato, che la discussione sulle une e sugli altri riguarda piani diversi dell'indagine, quello delle strutture normative e quello della tecnica legislativa. Il fatto che « le clausole generali, da un punto di vista metodologico, non posseggono una struttura propria »<sup>36</sup> porta così a riproporre la discussione sull'indeterminatezza e sui problemi della valutazione anche nella parte dell'indagine dedicata alle clausole generali. Ed è assai significativo che, nella fitta trama di esempi adoperati da Engisch, neppure un accenno compaia al più « regale » tra i « regali paragrafi » del BGB, appunto quel § 242 al quale si lega tanta parte della discussione sulle clausole generali. Non è un caso, e non è solo una sorta di riflesso determinato dall'originaria formazione penalistica di Engisch<sup>37</sup>. Proprio il riferimento al *Treu und Glauben* mette in evidenza l'impossibilità di separare la discussione sull'indeterminatezza da quella sulle modalità di costruzione della fattispecie, poiché la scelta di una via diversa da quella della fattispecie analitica o casistica, e dunque l'adozione della tecnica della clausola generale, consiste certo nel descrivere « con grande generalità un ambito di casi » e consegnarli « alla valutazione giuridica »<sup>38</sup>, ma questo può implicare proprio il ricorso a nozioni a contenuto variabile o indeterminate.

E più corretto constatare, allora che « ogni atto giuridico tanto di produzione quanto di pura esecuzione, in cui si applica il diritto, è dal diritto stesso in parte determinato, in parte lasciato all'indeterminatezza »<sup>39</sup>. Ora, l'indeterminatezza al momento della produzione può essere involontaria, derivare dalla equivocità nella formulazione della norma o dalla inevitabile imprecisione di concetti normativi dei quali, tuttavia, difficilmente può farsi a meno<sup>40</sup>. Le clausole generali, invece,

<sup>36</sup> Engisch, *Introduzione*, cit., p. 197.

<sup>37</sup> Cfr. Castronovo, *Problema*, cit., p. 105.

<sup>38</sup> Engisch, *Introduzione*, cit., p. 193.

<sup>39</sup> Così Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. di Losano, Torino, 1966, p. 382.

<sup>40</sup> Si vedano gli esempi di Engisch, *Introduzione*, cit., p. 173 s.

<sup>34</sup> Si veda, ad esempio, Rials, *Les standards, notions critiques du droit*, in *Les notions*, cit., p. 39 ss.

<sup>35</sup> Rials, *op. cit.*

sono caratterizzate da una « indeterminata intenzionale », che le caratterizza e caratterizza il programma del legislatore.

Il procedere per *differentiam* può arrestarsi qui, lasciando posto ad una più diretta considerazione di quel che è proprio delle clausole generali. La loro funzione è già stata descritta ed ora può dirsi che essa non è più riassumibile nel termine « adattamento », bensì in quello di « articolazione » dell'ordinamento. Articolazione che riguarda le competenze normative, distribuite tra il legislatore e il soggetto chiamato a concretizzare la disciplina, l'attenzione per il pluralismo dei valori, la salvaguardia dell'attitudine dinamica dell'ordinamento.

La forma è quella della fatrispecie aperta, indicandosi con ciò sia la mancanza di elencazioni esaustive, sia un'opera di concretizzazione realizzata attraverso una ricognizione di valori che le clausole generali individuano. Non per questo si apre al giudice uno spazio incontrollato di libere scelte. La possibilità di controllo, per ammissione ormai comune, si lega alla messa a punto di figure sintomatiche<sup>41</sup>. Opinione non nuova, rispetto alla quale si può certo manifestare la preoccupazione che, per questa via, possa determinarsi una propensione verso una mera razionalizzazione delle tendenze in atto. Soprattutto se ci si limita a registrare e sistemare gli orientamenti della giurisprudenza, il rischio è quello di indebolire la capacità di controllo delle decisioni dei giudici.

Ma questo può divenire un rischio concreto se, appunto, si risolvono le figure sintomatiche unicamente nella casistica giurisprudenziale, invece di veder in esse « tipi » di concretizzazione coerenti con la funzione storicamente esercitata o esercitabile dalla specifica clausola generale presa in considerazione. In questo senso, la casistica giurisprudenziale costituisce sicuramente un punto di riferimento importante, ma non esclusivo, dal momento che la riflessione va in primo luogo rivolta ai dati sociali ed ai valori, nonché ai principi fondamentali, ai quali le clausole generali debbono necessariamente riferirsi, al fine di mettere a punto adeguati modelli operativi.

4. L'evocazione dei pericoli in largo senso politici di un ricorso ampio alle clausole generali si ritrova non solo tra

<sup>41</sup> Cfr. le mie *Fonti di integrazione*, cit., p. 163 ss.

coloro i quali hanno messo l'accento sul rischio di un « sopravvento dell'interventismo dei giudici »<sup>42</sup>, di un « decisionismo giudiziale » che comprometterebbe « la certezza delle relazioni giuridiche »<sup>43</sup>, ma anche tra quelli che piuttosto si mostrano preoccupati del paternalismo di cui esse si farebbero portatrici, con ingerenze indebite in ambiti che dovrebbero essere integralmente lasciati alla libera determinazione dei privati. La critica non è certo nuova, potendo nella sostanza essere assimilata a quella che, alla fine del Settecento, venne in Inghilterra rivolta a Lord Mansfield, che cercava di applicare su larga scala ai contratti il principio di buona fede. Fu proprio il nascente liberismo economico a bloccare questo tentativo, giudicando « fatale » per ogni operazione economica il ricorso al principio di buona fede, appunto per il suo paternalismo<sup>44</sup>.

La constatazione di questa vicenda storica, tuttavia, non consente alcuna generalizzazione. Se guardiamo alle situazioni più vicine a noi, ci avvediamo che proprio in ambienti fortemente segnati dal liberismo, come gli Stati Uniti, il largo ricorso alla clausola di buona fede è fondato anche sulla convinzione che essa « migliori l'efficienza economica riducendo i costi della contrattazione. I costi dello scambio comprendono i costi per ottenere informazioni con cui scegliere i propri *partners* contrattuali, per negoziare e stendere contratti e per assumere rischi riguardo al futuro. La dottrina dell'esecuzione secondo buona fede riduce tutti e tre questi tipi di costi, permettendo alle parti di confidare sul diritto piuttosto che sopportare taluni di questi costi »<sup>45</sup>.

Considerazioni come queste costituiscono la conferma più puntuale del fatto che una considerazione adeguata ai tempi, e non abbarbicata alle ideologie o alle idiosincrasie, impone di guardare alle clausole generali piuttosto come strumenti di ordine che di disordine del sistema giuridico. E lo stesso riferimento preoccupato ai rischi di discrezionalità appare

<sup>42</sup> Esser, *Par. 242 BGB und Privatautonomie*, in « *Juristenzeitung* », 1956, p. 556.

<sup>43</sup> Riassume così Di Majo, *Obbligazioni*, cit., p. 304.

<sup>44</sup> Una sintesi è in Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, p. 168.

<sup>45</sup> Burton, *L'esecuzione*, cit., p. 41 s.

completamente rovesciato: « la buona fede limita l'esercizio della discrezionalità *in executivis* conferita ad una parte del contratto »<sup>46</sup>. Da strumento di esaltazione della discrezionalità la clausola di buona fede può divenire mezzo per il suo controllo.

In questa dimensione, dove le considerazioni di metodo e le preoccupazioni di politica del diritto non sono disgiunte dall'attenzione per la dinamica effettiva delle strutture giuridiche, la clausola generale di buona fede tende a garantire prima di tutto la coerenza tra il piano delineato dalle parti e l'effettivo compimento dell'operazione economica. Per ciò si rende necessario un « governo della discrezionalità » delle parti<sup>47</sup>, che sfocia in una vera e propria forma di controllo del potere privato<sup>48</sup>. E questo « governo » richiede, per il suo esercizio un riferimento a valori che possono non esser stati tenuti presenti dai privati: non però nel senso che, per tale via, si dà rilevanza all'« inespresso » dalle parti, bensì nel diverso significato della interferenza con le valutazioni private di valori desumibili dallo stesso ordinamento (attraverso i principi) o espressivi di tendenze o di posizioni esistenti nella società. Il contratto viene così ad essere, eventualmente, punto di incidenza di diversi ordini di valutazioni, perfino confliggenti con quelle tenute presenti dalle parti<sup>49</sup>, sì che il criterio di risoluzione degli eventuali conflitti può essere costruito con riferimento a considerazioni di opportunità sociale.

Prospettata in questa maniera la funzione generale della clausola di buona fede, assume peso minore la distinzione tra buona fede integrativa e buona fede esecutiva. Non perché questa sia in sé di poco rilievo, ma per la diversa ragione che un eccesso di contrapposizione tra il momento dell'integrazione e quello della esecuzione rischia di portare ad eccessi nominalistici che non aiutano la comprensione del fenomeno.

Non v'è dubbio, infatti, che uno dei problemi centrali è qui rappresentato dalla necessaria coerenza tra il piano ori-

ginariamente delineato dai contraenti e la sua attuazione nella fase esecutiva. Ora, chi preferisce mettere l'accento sul profilo dell'integrazione è portato a sottolineare il fatto, logicamente incontestabile, che gli obblighi rilevanti nella fase esecutiva non possono risultare che da una valutazione (che può appunto condurre ad una integrazione) del contenuto del regolamento contrattuale, ricostruito anche al di là di quanto le parti hanno esplicitamente indicato.

Ma il gioco dialettico non può essere esasperato, pena un eccesso di formalismo che preclude una comprensione della stessa realtà giuridica. È più corretto, allora, mettere in evidenza che la buona fede va sempre più nettamente precisandosi come strumento di definizione del *come* dell'obbligazione e del quadro all'interno del quale l'obbligazione si inserisce, con indubbe conseguenze sulla fase esecutiva. Proprio seguendo questa linea, la buona fede può operare come criterio tendente a consentire la piena aderenza del regolamento contrattuale, nella sua effettività, alla operazione definita dalle parti; e come criterio che garantisce coerenza tra operazione privata e finalità generali perseguite dall'ordinamento.

Quest'ultimo aspetto si coglie più nitidamente se si analizzano alcuni profili funzionali della clausola di buona fede. Sempre meno questa opera come il tramite di una eticità diffusa, destinata a colorare il contratto con la tinta di un generico sentire comune, e sempre più, e sempre più « laicamente », dà evidenza ad esigenze precise che nascono da un bisogno di controllo del potere, di economicità delle operazioni giuridiche, di salvaguardia di equilibri sociali.

La clausola generale di buona fede si rivela così come uno strumento volto ad assicurare la complessiva razionalità della contrattazione, sia per quanto riguarda il piano relativo alle valutazioni e agli interessi delle parti, sia per quanto riguarda l'interferenza di questo con il piano delle valutazioni proprie dell'ordinamento. Rivelatore, in questo senso, è sicuramente l'impiego della buona fede come strumento di riduzione dei costi di transazione, di quelli d'informazione in particolare<sup>50</sup>. Emerge qui uno dei caratteri della contrattazione moderna: una programmazione dettagliata attraverso il

<sup>46</sup> Burton, *op. cit.*, p. 18.

<sup>47</sup> Di Majo, *Obbligazioni*, cit., p. 295.

<sup>48</sup> Punto d'avvio di notevoli svolgimenti giurisprudenziali è Cass. 2 novembre 1979, n. 5688, con nota di Di Majo, *Le forme di tutela contro i cosiddetti « poteri privati »*, in « Foro it. », 1980, I, c. 440 ss.

<sup>49</sup> Cfr. *Le fonti di integrazione*, cit., in part. p. 177 s.

<sup>50</sup> Ancora Burton, *L'esecuzione*, cit.

regolamento negoziale richiede una quota sovente assai elevata di informazioni, costose soprattutto quando l'operazione economica è particolarmente complessa e la controparte non è sufficientemente conosciuta (fatto, quest'ultimo, che le dimensioni dei mercati rendono sempre più frequente). Tempi della negoziazione e costi delle informazioni possono essere tagliati se esiste una regola che mette le parti al riparo dai rischi derivanti appunto da una regolamentazione meno analitica e dalla scarsa conoscenza reciproca.

Più precisamente, si deve osservare che l'affidarsi alla clausola di buona fede non elimina i rischi ricordati, ma li rende amministrabili in una forma tale che se ne avvantaggia l'economia complessiva dell'operazione. Sarebbe, tuttavia, errato cercare assimilazioni, sia pur parziali, tra quanto si è appena detto sui costi dell'informazione e la teorica (e la figura sintomatica) degli obblighi di avviso, dal momento che l'informazione complessivamente necessaria alla conclusione del contratto si colloca, qualitativamente e quantitativamente, ben oltre le informazioni che, in relazione alla specifica operazione, si ritiene che ciascuna parte debba fornire all'altra.

La clausola della buona fede tende ormai ad adempiere anche questa funzione, presentandosi proprio come uno strumento di razionalizzazione complessiva delle operazioni contrattuali. In questi casi, all'indeterminatezza intenzionale del legislatore, che sta all'origine della clausola generale, si somma una indeterminata intenzionale delle parti relativa ad aspetti del regolamento contrattuale. I benefici di questo modo di procedere sono evidentemente ritenuti superiori non solo ai costi stimati in termini di tempi di stesura del contratto, di necessario ricorso ad esperti e di onerosità delle informazioni, ma anche a quelli derivanti dalla incertezza di future decisioni, che eventualmente verranno da soggetti esterni all'operazione contrattuale (giudici o arbitri).

L'insieme di queste considerazioni, che riflettono la concreta dinamica del fenomeno contrattuale, permette di cogliere con nettezza la funzione complessiva della clausola di buona fede in un quadro nel quale è mutato sia il significato della legge, sia quello del contratto. Nel mondo della micro-legislazione, questa clausola, al pari di altre, tiene fermo un valore di generalità che la molteplicità delle leggi speciali tende a cancellare. Nel mondo di una negoziazione sempre

più espressiva di situazioni di differenza, essa esercita una «funzione equilibratrice»<sup>51</sup>, che mi pare felicemente espressa in figure sintomatiche come quella del «divieto di riappropriarsi di opportunità perdute» e quella del controllo dei poteri privati. In un mondo complesso, la certezza, prima affidata alla fissità della regola, richiede oggi procedure flessibili che vedano il concorso di più soggetti, dal legislatore alla parte contrattuale, al giudice.

Questo è, oggi, il valore «generale» della clausola di buona fede. Se si vuol tornare per un momento alla vecchia definizione di Durkheim del contratto come «tregua provvisoria tra le parti»<sup>52</sup>, allora si può dire che la buona fede è la regola delle regole della tregua, quella cioè che definisce complessivamente come questa tregua dev'essere governata. Essa non si pone all'esterno della regolamentazione contrattuale, come limite ad eventuali abusi dei poteri che essa conferisce, è, invece, la misura dei poteri legittimamente esercitabili.

Non c'è spazio, in questo quadro, per altre clausole di valore, direttamente incidenti sul regolamento contrattuale. Si conferma così il carattere residuale, nel nostro ordinamento, del ricorso all'equità<sup>53</sup>. Questa non è considerazione esterna, o marginale, rispetto all'analisi che qui si è svolta. Circoscrivere in modo netto il ruolo dell'equità, infatti, significa escludere, in via generale, che possano ritenersi legittimi interventi puramente discrezionali del giudice sul contratto; e, più specificamente, contestare l'uso che storicamente del ricorso all'equità si è fatto nel nostro sistema, considerandola come puro tramite dei valori del mercato. Una visione unidimensionale dei valori di riferimento è ancor meno proponibile per la clausola di buona fede, destinata non solo ad adempiere una funzione di garanzia rispetto ad una pluralità di valori, ma soprattutto inserita in un sistema che subordina (almeno nei suoi principi costituzionali) la logica del mercato al rispetto di altri e prevalenti valori, che non è possibile ignorare in sede di concretizzazione di quella clausola.

<sup>51</sup> Così Cass. 2 novembre 1979, n. 5688, cit., c. 452.

<sup>52</sup> Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, tr. it., Milano, 1962, p. 218 ss.

<sup>53</sup> Su questo punto ho particolarmente insistito ne *Le fonti di integrazione*, cit., p. 205 ss.; e in *Quale equità?*, in «Pol. dir.», 1974, p. 31 ss.