

MICHELE AINIS

Il buon legislatore e il codice civile

SOMMARIO: 1. Codici in chiaroscuro. – 2. Decodificazione e neocodificazione. – 3. La generalità dei codici – 4. Gli svantaggi delle norme di dettaglio. – 5. Sulla nozione di clausole generali. – 6. I vantaggi delle clausole generali. – 7. Sulla parsimonia.

1. *Codici in chiaroscuro*

Devo un ringraziamento, anzi un doppio ringraziamento, all'Associazione dei civilisti italiani: per l'invito a partecipare al loro convegno e perché quest'invito mi ha permesso di riconciliarmi con le leggi italiane. Ne conosciamo tutti, per esperienza quotidiana, vizi e difetti: la prolissità; il linguaggio ampolloso e burocratico; l'eccesso di rinvii da un comma all'altro; l'abuso delle tecniche di interpolazione; e in ultimo l'instabilità, giacché in Italia ogni riforma viene subito scalzata dalla riforma della legge di riforma. Ma a immergere lo sguardo nel codice civile, nei suoi articoli scritti quasi ottant'anni fa e ancora miracolosamente intatti, il paesaggio normativo si rovescia, e si rovesciano le sensazioni del lettore.

Lì infatti c'è la prova che il diritto può ben attingere alla virtù della chiarezza, e che la chiarezza del diritto può anche sfiorare, perché no?, l'eleganza letteraria. Non a caso Stendhal diceva d'ispirarsi al code Napoléon, per trarne ritmo e qualità narrativa. D'altronde diritto e letteratura sono ufficialmente uniti in matrimonio dal 1973, da quando la pubblicazione di *The Legal Imagination* di James Boyd White battezzò il *Law and Literature Movement*. E non si contano gli illustri personaggi che furono insieme giuristi e letterati, da Cicerone a Francis Bacon, che arrivò a trasformare un suo scritto giuridico in un saggio letterario (*Dell'usura*, 1625). Senza dire di Giambattista Vico, che nella *Scienza nuova* (1725) introdusse il concetto di «giurisprudenza poetica», riconoscendo nella poesia un connotato dell'antica giurisprudenza. Ecco, c'era questo timbro culturale nella scelta di Terracini, che nel 1947 – alla vigilia del voto finale dell'Assemblea costituente – chiese a tre letterati (Concetto Marchesi, Pietro Pancrazi e Antonio Baldini) d'alleggerire la Costituzione, di renderla

più sobria, più aggraziata¹. Ma c'era la stessa impronta, la stessa sensibilità insieme estetica e giuridica, pure nella scelta che in quel torno d'anni fecero i codificatori del 1942, provvedendo a far ripulire il testo del progetto del codice civile ai puristi della lingua italiana, prima di licenziarlo definitivamente².

Memorie del tempo che fu, potrebbe tuttavia obiettarsi. Il codice del 1942, non meno della Costituzione del 1947, rimangono in piedi come monumenti d'epoche trascorse, senza vitalità, senza forza regolativa; e infatti ogni restauro operato dai contemporanei ne peggiora l'aspetto. È il caso della riforma del Titolo V, quanto alla Carta costituzionale; è il caso delle molteplici novelle apportate in questi anni al codice civile. Un esempio per tutti: la nuova disciplina del condominio (legge 11 dicembre 2012, n. 220). E al suo interno un caso per tutti: la riscrittura dell'art. 1118 c.c. Che si gonfia passando da 2 commi a 4, da 49 a 129 parole. E che alleva in sé l'ossimoro, giacché sancisce il diritto del condomino al distacco dall'impianto centralizzato di riscaldamento e diraffrescamento, purché senza «aggravi di spesa per gli altri condomini»; ma siccome ogni distacco implica un pur minimo aggravio di spese per tutte le altre utenze, di fatto la norma vieta ciò che parrebbe consentire.

2. *Decodificazione e neocodificazione*

Esperienze così rinverdiscono l'antico monito di Aristotele verso i riformatori di ogni tempo: se un ordinamento si può migliorare, significa che si può anche peggiorare³. Tanto più in questo tempo, tanto più rispetto a un *corpus* normativo organico e coerente, qual è quello racchiuso nel codice civile; una pretesa, a prima vista, assurda, un po' come fare manutenzione su apparecchi costruiti a regola d'arte, ma senza più gli operai di una volta e senza i pezzi di ricambio. Sicché parrebbe confermata la sentenza di Natalino Irti, pronunciata già nel 1978: questo non è tempo di nuovi codici, è un tempo di decodificazione⁴. Perché la disciplina civilista s'addensa ormai in galassie lontane dal codice civile, e perché di conseguenza quest'ultimo è come un sole spento, senza energia,

¹ Anche se poi l'Assemblea non riuscì a tenere conto delle modifiche suggerite dal comitato dei tre letterati, essendo stata convocata d'urgenza per l'approvazione del testo definitivo: P. CALAMANDREI, *Introduzione storica sulla Costituente*, in AA.VV., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbera editore, Firenze 1950, p. CXXXVIII. Sulla cura dei costituenti per le parole cfr. M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli 2014, pp. 51 ss.

² G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, il Mulino, Bologna 2018, p. 475.

³ ARISTOTELE, *Politica*, II, 8.

⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999⁴.

senza vigore. Funge al più da diritto residuale, non certo generale; e disegna fattispecie vuote. Il diritto civile pulsa altrove, nelle norme particolari, nelle leggi speciali. E la stessa sorte tocca ad ogni altro ramo dell'esperienza giuridica, dal diritto penale al diritto amministrativo⁵.

Potremmo tuttavia osservare che anche il codice civile del 1865, durante gli anni Trenta del secolo scorso, alla vigilia della sua riscrittura, versava in una condizione non troppo diversa. Anche allora quel codice non costituiva più il perno della vita economica, perché il regime fascista governava per decreto regio e perché una quantità di materie – dallo stato civile alla famiglia, dalla proprietà al lavoro – venivano disciplinate da leggi speciali⁶. Potremmo aggiungere che negli anni in cui Irti pubblicava il suo ben noto saggio c'era ovunque una fioritura di nuovi codici civili: una cinquantina, dall'America latina all'Africa, all'Asia, al mondo socialista⁷. Potremmo inoltre constatare che anche successivamente, in Italia, la codificazione non si è affatto arrestata: per dirne una, nel 1988 è stato battezzato il nuovo codice di procedura penale. Anzi: se ai codici sommiamo i testi unici, che si vanno moltiplicando come funghi nel territorio giuridico italiano, dovremmo dar ragione a chi parla di «neocodificazione», per designare il nostro tempo⁸. E potremmo infine ricordare che una legge del 2009 – una fra le tante leggi dimenticate e disapplicate del nostro ordinamento – imporrebbe l'aggiornamento periodico dei codici e dei testi unici, «almeno ogni sette anni»⁹; a prenderla sul serio, il codice civile avrebbe dovuto già ricevere un paio di revisioni organiche.

E d'altronde, dov'è la differenza fra codici e testi unici? Qualcuno oppone l'«unità» del codice all'«unicità» del testo unico¹⁰; ma questa contrapposizione finisce per risolversi in un gioco verbale, perché ogni codice è unico (non esistono due codici civili) e perché ogni testo unico imprime unitarietà a una disciplina per l'innanzi frammentata¹¹. Una vecchia lezione distingue altresì fra «consolidazione» e «codificazione», facendo leva sull'innovatività dei codici, laddove i testi unici si

⁵ N. IRTI, *op. cit.*, pp. 40 e 47.

⁶ G. ALPA, *op. cit.*, p. 430 s.

⁷ P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari 2013, pp. 14 e 83.

⁸ R. VIRIGLIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Jovene, Napoli 2007.

⁹ Art. 13-bis, comma 3, della legge n. 400 del 1988, come novellato dall'art. 3 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

¹⁰ N. IRTI, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in «Rivista di diritto civile», 1992, p. 307.

¹¹ Così C. ESPOSITO, *Testi unici*, in «Nuovo dig. It.», XII, 2, Utet, Torino 1940, p. 181.

limiterebbero all'assemblaggio di materiali normativi preesistenti¹²; però l'esperienza conosce molti casi di testi unici innovativi (categoria diversa e separata dai testi unici di mero coordinamento¹³), e del resto – nel mondo dei fatti come nel mondo del diritto – non c'è mai nulla di radicalmente nuovo, né di radicalmente superato: perfino la Russia sovietica, all'indomani della Rivoluzione del 1917, mantenne in vigore intere discipline della Russia zarista. Altri affermano che il testo unico rappresenta la strutturazione sistematica delle leggi speciali, ossia di norme esterne ed estranee al codice¹⁴; come se i nuovi codici non compiano la stessa operazione, come se non vi rifluiscono, in serie ordinate, anche discipline che in passato alloggiavano nelle leggi di settore. Oppure aggiungono che il codice – e il codice soltanto – realizza l'aspirazione alla stabilità, mentre ogni testo unico è cangiante e provvisorio¹⁵; ma sta di fatto che abbiamo in circolo testi unici risalenti a stagioni lontane della storia, che ancora governano il presente. È il caso del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), più antico dello stesso codice civile.

In realtà fra codici e testi unici non si pone una differenza di forme, e nemmeno d'intenzioni. In Italia si presentano ambedue nella veste del decreto legislativo, redatto dal governo ed emanato dal capo dello Stato, dietro l'impulso d'una legge di delegazione votata dalle Camere. In Francia il termine *code* li designa entrambi, anche se poi i francesi distinguono fra una *codification au sens strict* e una *codification à droit constant*, cioè tra la codificazione che riforma e quella che imprime nuova forma ai materiali preesistenti¹⁶. La differenza, insomma, non sta nel «cosa», bensì piuttosto nel «come», nello stile normativo che caratterizza gli uni e gli altri. La differenza, se si vuole, sta nel *drafting* cui risponde ogni codice rispetto ai testi unici. Giacché il primo non è sempre più organico e completo nei confronti dei secondi, però è sempre più astratto, più aperto, più *generale*.

3. La generalità dei codici

¹² M.E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli, Torino 1967³.

¹³ F. MAUTINO-R. PAGANO, *Testi unici. La teoria e la prassi*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 41 ss. Cfr. inoltre AA.VV., *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Jovene, Napoli 1999.

¹⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 195. I testi unici si porrebbero perciò non accanto bensì *contro* il codice: *ivi*, p. 70.

¹⁵ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 190.

¹⁶ G. BRAIBANT, *Utilité et difficultés de la codification*, in «Droits», 1996, p. 63 s.

La generalità, a sua volta, non significa genericità nella formulazione dei precetti normativi. Un enunciato generico s'applica soltanto a qualcuno degli oggetti appartenenti a una determinata classe; un enunciato generale, viceversa, vale per tutti e per ciascuno. Se dico: «Ho visto un uomo», quell'uomo può chiamarsi Tizio o Caio o Sempronio, dunque la mia asserzione è generica, e se è generica è pure imprecisa. Se invece dico: «Gli uomini sono mortali», la mia affermazione riguarda tutti gli uomini, dunque sia Caio che Tizio che Sempronio, senza equivoci di sorta¹⁷. Ecco perché la generalità corrisponde al linguaggio della scienza; ma corrisponde altresì al linguaggio ideale del diritto, che può aspirare a dignità scientifica – come ha osservato Bobbio – soltanto a condizione d'adottare un linguaggio rigoroso, e perciò inequivoco nelle sue denotazioni concettuali¹⁸. Ed ecco inoltre la ragione per cui non può accettarsi l'opinione che i codici – luogo della generalità, e al contempo della sintesi – siano ormai un relitto della storia, una stagione chiusa insieme all'Ottocento che ne battezzò i natali. Se abbandonassimo l'idea stessa di codice perché di marca ottocentesca, allora dovremmo rinunciare anche all'idea di Costituzione, dal momento che le prime Costituzioni scritte risalgono a fine Settecento.

Di più: dovremmo rinunciare a ogni istanza d'ordine, a ogni categorizzazione, a ogni formulazione di principi. Sarebbe come smettere di far filosofia, assumendo che il nostro tempo non consenta alcuna riflessione generale sulle cose. Ma ne deriverebbe una scelta, quella sì, *contra naturam*, contro lo spirito dell'uomo. Non a caso le prime codificazioni – dalle XII Tavole al codice di Hammurabi – si perdono nella notte dei millenni. Come scrisse, oltre un secolo fa, Giuseppe Saredo, i codici hanno la medesima funzione di «quelle pietre miliari che guidano il viaggiatore, segnandoli i punti principali della sua via»¹⁹; senza, il viaggio del diritto rimarrebbe cieco. E la luce della generalità, nel mondo del diritto, è la stessa luce della ragione umana. Se ne accorsero gli illuministi, nelle cui opere il modello della legge generale rifletteva per l'appunto l'idea d'un governo razionale, libero dalle passioni contingenti²⁰. Sicché la Costituzione girondina del 1793 – raccogliendo le dottrine di Locke, di Rousseau, di Montesquieu – dichiarò che «Le caratteristiche distintive della legge sono la generalità e la durata illimitata». Mentre in quegli stessi

¹⁷ G. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990, p. 50.

¹⁸ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano 1976, pp. 304 ss.

¹⁹ G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, Pellas, Firenze 1886, p. 59.

²⁰ M. AINIS, *La legge oscura*, Laterza, Roma-Bari 2010³, p. 35 s.

anni Portalis, nel suo celebre *Discorso preliminare al Codice civile*, enunciò una massima frequentemente ripetuta: «Il ruolo della legge è di fissare, per grandi vedute, le massime generali del diritto, di porre principi fecondi, e non di scendere nei dettagli»²¹.

Nessun codice, però, può avere la pretesa di racchiudere la totalità dell'esperienza giuridica, così come disponeva il codice di Giustiniano, stabilendo che all'infuori del suo perimetro non esistesse più diritto, né diritti individuali. Giacché la storia non si ferma tra le pagine dei codici, ma al tempo stesso non se ne allontana troppo, giacché prima o poi vi fa ritorno. Ancora Saredo: «Quando una società ha raggiunto un certo grado di incivilimento, di unità, quando le istituzioni giuridiche vi sono profondamente radicate e maturate, o quando un concorso di cause politiche determina il principio di un nuovo periodo nella sua storia, allora si sente il bisogno di raccogliere le leggi sparse, di ordinarle, di determinare, in una parola, lo stato giuridico della società stessa: comincia allora l'opera della codificazione»²².

4. *Gli svantaggi delle norme di dettaglio*

Quest'opera incessante, a sua volta, ha bisogno d'un attrezzo specifico per riuscire nell'impresa: le clausole generali. Perché qualsiasi codice – civile non meno che penale – rifiuta ontologicamente le norme troppo dettagliate? Perché accetta – principalmente se non anche in via esclusiva – una formulazione per principi? Le ragioni sono almeno quattro, come i semi delle carte da gioco. Quattro ragioni contro le norme di dettaglio, quattro ragioni in favore delle clausole generali. Proviamo a metterle in fila.

a) Le norme di dettaglio garantirebbero il massimo di precisione del linguaggio normativo, e la precisione, a sua volta, garantirebbe il sommo bene della certezza. «Il diritto o è certo o non è», scriveva Norberto Bobbio negli anni Cinquanta²³. Sennonché la certezza è una chimera, nel diritto come nella vita. Possiamo cercare di ridurre l'alea che circonda ogni nostra azione, possiamo restringere il campo dell'interpretazione, ma non

²¹ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* (1801), ora in *Discours et rapports sur le Code civil*, PUC, Caen 1994, p. 8.

²² G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., p. 56.

²³ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in «Riv. internaz. fil. dir.», 1951, p. 150. Cfr. inoltre la trattazione di A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, ora in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, IX, Giappichelli, Torino 2006, pp. 41 ss.

possiamo mai azzerare l'una e l'altra²⁴. Tanto meno ci è possibile rispetto al discorso del legislatore, per la semplice ragione che quest'ultimo s'avvale delle parole che usiamo tutti i giorni, s'appoggia sul linguaggio comune²⁵. La virtù della lingua non risiede nella sua precisione, bensì nell'imprecisione, nella capacità d'applicarsi a circostanze infinite usando un numero finito di vocaboli. La polisemanticità è la regola, non l'eccezione. Dunque ogni espressione normativa – come osservò Philipp Heck²⁶ – ospita sempre un nucleo di significati sufficientemente definiti, circondati però da una fascia di penombra. E quella fascia avvolge, giocoforza, le stesse disposizioni di dettaglio. In sintesi: la precisione assoluta è irrealizzabile.

b) Ma l'alone di penombra, nelle disposizioni specifiche e puntuali, è ancora più largo rispetto alle disposizioni generali. Perché le prime sono sempre verbose, logorroiche, e in un testo di legge ogni parola in più che vi figura innesca dubbi interpretativi o letture partigiane, è insomma il salvagente cui s'aggrappa ogni avvocato. Come ammoniva, nel Seicento, già Bacone: «Quando le leggi vogliono inseguire tutti i casi particolari, ed esprimerli con parole apposite, sperando con ciò di acquistare una maggior certezza, producono invece infinite questioni verbali che confondono e rendono più difficile l'interpretazione»²⁷. O come osservò, in pieno Novecento, Lopez de Oñate: «la frantumazione della norma in infinite fattispecie crea più scappatoie di quante non ne precluda»²⁸. Dunque la ricerca di precisione rende più oscuro, non più chiaro, il linguaggio normativo.

c) Questo doppio avvertimento ci mette in guardia dal metodo casistico, dalla legislazione troppo analitica, dai commi che si trasformano in cavilli, e ci mette in guardia altresì dalle definizioni, di cui ogni codice ospita una nutrita collezione. I linguisti le suddividono in due categorie: definizioni lessicali e stipulative²⁹. Le prime con funzione descrittiva, le

²⁴ Quanto alla discrezionalità interpretativa, fra norme di dettaglio e clausole generali si pone dunque, al più, una differenza «quantitativa», non sostanziale: C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1986, p. 22 s.

²⁵ V. per tutti G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1981, pp. 140 ss.

²⁶ P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in «Arch. civ. Praxis», 1914, p. 173. Sulla «struttura aperta» del diritto cfr. inoltre F. WAISMANN, *Analisi linguistica e filosofia* (1968), Armando, Roma 1970, pp. 49 ss.

²⁷ F. BACONE, *Della dignità e del progresso delle scienze* (1623), in *Opere filosofiche*, ediz. a cura di E. De Mas, Laterza, Bari 1965, libro VIII, par. 66, p. 498.

²⁸ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), Giuffrè, Milano 1968, p. 72. Cfr. inoltre C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 295 ss.

²⁹ R. ROBINSON, *Definition*, Clarendon Press, Oxford 1954.

seconde con funzione prescrittiva. Le definizioni lessicali, perciò, s'incontrano nei vocabolari; quelle stipulative nelle leggi, dove mirano a rendere più preciso e vincolante il linguaggio del legislatore. Da qui l'approvazione di Scarpelli: «una definizione bene apposta eviterà molte controversie, che l'imprecisione di un termine altrimenti cagionerebbe nella interpretazione»³⁰. E tuttavia, da un lato, c'è sempre il rischio che la definizione sia infelice, che risulti monca di qualche elemento, che i progressi tecnici la rendano obsoleta; ogni definizione in ultimo è un azzardo, come ammoniva Giovaleno («*omnis definitio in iure civili periculosa est*»³¹). Dall'altro lato, nessuna definizione può elidere l'apporto degli interpreti, giacché le definizioni vanno interpretate a loro volta³². Anzi, ciascuna definizione ci caccia dentro un paradosso: per decifrarne il senso, dovremmo definire ciascuno dei termini che la compone, e infine definire la definizione stessa³³. Non a caso la dottrina civilistica, per lo più, ritiene «ingenua» le definizioni contenute nel codice civile, e comunque non vincolanti³⁴. E il paradosso s'allarga a ogni altro artificio con cui si cerchi di restringere il linguaggio delle leggi. Così, l'adozione d'un vocabolario tecnico, di termini gergali o specialistici, rende le leggi incomprensibili per i cittadini comuni, che ne sono i destinatari naturali. Così, l'uso d'una motivazione espressa può aprire ambiguità e contraddizioni in seno all'articolato normativo; e infatti il *Renton Report* (ossia lo studio pionieristico redatto nel 1975 in Inghilterra dalla commissione presieduta da Lord David Renton, che ha acceso l'interesse per il *legislative drafting*) ne sconsiglia l'impiego³⁵. In conclusione: la precisione (o meglio la ricerca di precisione) è pericolosa, è un demone che trascina il legislatore nell'inferno delle buone intenzioni.

d) In quarto luogo, la precisione è altresì indesiderabile, ammesso che sia davvero realizzabile. Giacché nelle scienze costituisce una virtù; ma

³⁰ U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto* (1958), ora in AA.VV., *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli e P. Di Lucia, Led, Milano 1994, p. 320.

³¹ Sul motto di Giovaleno cfr. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (1953), ediz. it. a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1962, p. 57. Quanto ai limiti delle definizioni v. A.A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Giappichelli, Torino 1975, p. 106; con accenti diversi A. BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni* (1987), ora in AA.VV., *Il linguaggio del diritto*, cit., pp. 424 ss.

³² F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2012², p. 113. V. anche, dello stesso autore, *Regole per le regole – Regole sulle regole*, in AA.VV., «Scienza e tecnica della legislazione. Lezioni», a cura di S. Traversa, Jovene, Napoli 2006, p. 343 s.

³³ M. AINIS, *La legge oscura*, cit., p. 138.

³⁴ G. ALPA, *op. cit.*, p. 476 s.

³⁵ Il *Renton Report* può leggersi nella traduzione italiana curata da R. Pagano, *La preparazione delle leggi*, Roma 1990, p. 155 s. sulla motivazione della legge v. anche L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 111 ss.

nel diritto può ben essere un difetto. Diceva Carnelutti: la pena più certa è anche la più ingiusta. Se infatti il codice penale stabilisse l'ergastolo per chiunque commetta un omicidio, non si presterebbe ad alcun dubbio interpretativo; però finirebbe per colpire nell'identica misura chi uccida per legittima difesa e chi, viceversa, prema il grilletto durante una rapina. Ecco perché le pene contemplano un minimo e un massimo edittale, per consentire al giudice di valutare le circostanze del reato, la personalità del reo, la sua fedina penale. Ed ecco, dopotutto, la ragione che spiega il diluvio di norme specifiche e puntuali nel nostro ordinamento: per la diffidenza dei politici verso il potere giudiziario, per ridurlo a *bouche de la lois*, secondo l'utopia coltivata nel secolo dei Lumi. Ma è per l'appunto un'utopia, smentita dalla storia. Come ha osservato Aurelio Gentili, l'interpretazione nasce dal dissenso³⁶, e il dissenso è una componente insopprimibile dell'esperienza umana. Anzi: la pretesa di sedare ogni contrasto d'opinioni attraverso regole puntute come spilli determina assai spesso l'esito contrario. La parola accogliente, infatti, è sempre una parola duttile, elastica, ed è sempre generale. Non a caso il termine «tutti» figura per ben 21 volte nella Costituzione italiana. Se viceversa il tetto del nostro ordinamento lasciasse allo scoperto l'una o l'altra categoria sociale, se inoltre fosse costruito con tegole di ferro, con norme troppo puntuali e divisive, qualcuno vi troverebbe riparo, ma i più non riuscirebbero a sentirsi a casa propria. Soltanto la generalità della legge garantisce il pluralismo. E i 9 mila giudici italiani sono i sensori del pluralismo sociale, sono il ponte levatoio con cui la cittadella del diritto s'apre alle diverse concezioni politiche, religiose, culturali. Stabilire rapporti più amichevoli fra politica e giustizia, fra potere legislativo e corpo giudiziario, è nell'interesse di entrambi gli apparati.

5. Sulla nozione di clausole generali

Le clausole generali sono quindi, e innanzitutto, uno strumento di pace sociale. Ma che dobbiamo intendere con questa locuzione? Qui c'è subito un elemento di complicazione, perché nel linguaggio dei giuristi la locuzione è ambigua, polisensa. In primo luogo, viene riferita tanto alle disposizioni che alle norme³⁷. In secondo luogo, capita di vederla utilizzata – anche simultaneamente – sia come sinonimo di norma fluida e aperta

³⁶ A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giappichelli, Torino 2015, II, p. 655.

³⁷ A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in «Pol. dir.», 1988, p. 632.

alla realtà dei fatti, sia come sinonimo di norma generale riassuntiva³⁸. All'interno di questo doppio *genus*, c'è chi mette l'accento sull'indeterminatezza delle clausole generali; sul rinvio a criteri metagiuridici o comunque extralegali; sulla formulazione di tipo "non casistico" della relativa fattispecie; sulla capacità d'adeguamento che ogni clausola generale sollecita rispetto al diritto positivo; sul richiamo alle valutazioni sociali dell'interprete³⁹.

Insomma, una «cornucopia di definizioni», com'è stato osservato⁴⁰. Ma a conti fatti l'elemento distintivo delle clausole generali, il loro più sicuro connotato, risiede nella tecnica di redazione, nelle parole con cui vengono espresse. Per clausola generale – ha scritto Engisch – bisogna intendere una «forma di fattispecie», una raffigurazione che «descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica»⁴¹. In tali circostanze viene perciò in gioco una tecnica di *drafting*, una modalità di scrittura dei testi normativi che si situa all'opposto del metodo analitico⁴². E dunque non esistono clausole generali orfane di disposizioni; chi lo sostiene⁴³ confonde le clausole generali con i principi generali del diritto⁴⁴. Ma nel diritto, così come nell'arte, la sostanza dipende dalla forma, dalle parole della legge, dalle modalità espressive scelte dal poeta o dal pittore. A sua volta, la forma ha una dimensione oggettiva, che prescinde dalle intenzioni dell'autore. L'idea da cui muove l'artista vale quanto l'argomento storico nell'interpretazione dei testi normativi: poco o nulla. Conta viceversa il registro semantico nel quale ogni clausola viene poi scolpita, il suo grado d'apertura ai giudizi di valore o allo stesso sentimento di giustizia dell'interprete⁴⁵. Qualcuno afferma che le clausole generali non siano mai delimitabili⁴⁶; lo sono invece, e il loro limite è racchiuso nell'inchiostro del legislatore. Quanto alle clausole

³⁸ G. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 305, e bibliografia *ivi* richiamata.

³⁹ Cfr. più diffusamente E. FABIANI, *Clausola generale*, in «Enc. dir.», *Annali*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 194 ss.

⁴⁰ F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna 2013, p. 22.

⁴¹ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, p. 192 s.

⁴² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1986, p. 9. Cfr. inoltre S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano 1987, p. 265 s.

⁴³ F. PEDRINI, *op. cit.*, p. 49 s. Cfr. inoltre V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in «Etica & politica», 2006, p. 19.

⁴⁴ Per A. BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 640, la differenza consiste nella circostanza che le prime richiedono la mediazione di regole, i secondi possono venire applicati direttamente dal giudice.

⁴⁵ A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1984, p. 542.

⁴⁶ J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, J.C.B. Mohr Verlag, Tübingen 1933, p. 53.

generali del codice civile, quell'inchiostro dovrebbe metterne a frutto le quattro virtù specifiche, declinandole sui rapporti privati.

6. *I vantaggi delle clausole generali*

a) Il primo vantaggio delle clausole generali risiede nel maggior grado di chiarezza che esse offrono all'interprete. Il *Renton Report* v'insiste a più riprese, consigliando una redazione per *general principles* proprio allo scopo d'aumentare la comprensibilità dei testi normativi. Ma quest'aspetto era già stato individuato dall'Illuminismo giuridico, dove l'attributo della generalità si sposava agli ideali di semplicità della legislazione, che a loro volta riflettevano il motivo tipicamente illuministico dello stato di natura. «Le leggi non devono essere sottili» scriveva nel 1748 Montesquieu «sono fatte per gente di mediocre intendimento»⁴⁷. Sta di fatto che il linguaggio delle clausole generali è sempre un linguaggio semplice, e se è semplice è anche chiaro. Ne è prova lo stesso codice civile, dove non mancano le locuzioni tecniche, ma dove l'uso di clausole generali ricorre in lungo e in largo⁴⁸, rendendo per l'appunto il testo più chiaro, più fruibile, con uno sforzo di semplificazione rispetto all'impalcatura un po' troppo teorica del codice del 1865⁴⁹. D'altronde ogni codice è un complesso organico di norme generali, rivolte alla generalità dei cittadini.

b) In secondo luogo, le clausole generali sono strumento di certezza, o di maggior certezza, nell'individuazione dei principi generali del diritto civile, e per una ragione ovvia: perché sono scritte, incorporate negli articoli del codice, laddove un principio può anche essere inespresso. Anzi: secondo la lezione di Emilio Betti, «nella loro virtualità indefinita» i principi «non si captano né si esauriscono in specifiche formulazioni»⁵⁰. Ma la questione è pratica, non teorica; non a caso nelle *Raccomandazioni* della circolare congiunta sul *drafting* legislativo (adottata il 21 aprile 2001 dalle presidenze di Camera e Senato e dalla presidenza del Consiglio) si suggerisce di redigere «principi generali espressi in modo da facilitarne l'interpretazione». D'altronde, che accadrebbe se il principio d'eguaglianza – per fare un solo esempio – non fosse stato enunziato nell'art. 3 Cost.? Disputeremmo sulla sua esistenza, mentre adesso ne dibattiamo l'estensione, senza metterne in dubbio l'esistenza. Fu questa, per l'appunto, la scelta dei costituenti del 1947, dal momento che la nostra

⁴⁷ C.L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), ediz. a cura di R. Derathé, Rizzoli, Milano 1989, libro XXIX, cap. 16, p. 941.

⁴⁸ P. RESCIGNO, *Codici*, cit., p. 79; G. ALPA, *Diritto civile italiano*, cit., pp. 475 ss.

⁴⁹ A. BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile*, cit., p. 426 s.

⁵⁰ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), ediz. a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1990, II, p. 846.

Carta costituzionale s'apre con un catalogo di 12 «Principi fondamentali», così qualificati nel loro titolo. E tale qualifica detta un preciso criterio interpretativo, ponendoli su un rango più elevato rispetto agli altri principi costituzionali disseminati negli articoli successivi.

Invece i redattori del codice civile, negli anni Quaranta del secolo scorso, compirono la scelta inversa. Si interrogarono sull'opportunità d'anteporre una Parte generale al nuovo codice, discussero se proclamare i principi generali in norme *ad hoc*; ma poi respinsero entrambe le proposte, anche per impedire che attraverso quei canali la demagogia fascista permeasse il codice civile⁵¹. L'argomento avanzato per resistere alle pressioni politiche sulla codificazione dei principi era a prima vista ineccepibile: questi ultimi sarebbero stati, per un verso, superflui (in quanto già realizzati nelle singole disposizioni), per altro verso pericolosi (se in contraddizione con specifiche norme). Ma sta di fatto che nel codice del 1942 l'assenza d'una parte generale viene compensata dalla presenza di molte disposizioni chiamate «generali», per esempio in materia di proprietà⁵². E sta di fatto inoltre che la preferenza per i principi espliciti si desume dalle stesse Preleggi al codice civile: più esattamente dall'art. 12, che assegna una priorità all'interpretazione letterale rispetto alle altre tecniche d'interpretazione.

c) In terzo luogo, le clausole generali introducono un fattore di stabilità nel diritto positivo, e la stabilità costituisce un bene prezioso soprattutto per i codici. Le norme particolari e di dettaglio durano, per lo più, giusto il tempo d'un fiammifero: perché la situazione cui si riferivano è mutata, perché il progresso tecnologico le rende subito obsolete, perché la smania d'elencare ogni accidente della vita fa perdere di vista l'essenziale. Viceversa la legislazione per concetti, per principi generali, si lascia plasmare dalle diverse stagioni della storia, senza necessità di revisioni formali. Dopotutto, è questo l'elisir che ha reso longeva la Costituzione italiana: non l'art. 138, non la procedura aggravata per modificarne il testo, bensì la struttura stessa di quel testo, il suo linguaggio a maglie larghe⁵³. Sicché il cerchio si chiude: la generalità alimenta la durata delle

⁵¹ P. RESCIGNO, *Codici*, cit., pp. 40 e 78 s.

⁵² P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 187. Sulle «norme sulla normazione» presenti nel codice civile v. M.S. GIANNINI, *L'ordinamento giuridico*, in AA.VV., *Corso di studi superiori legislativi 1989-1990*, a cura di M. D'Antonio, Cedam, Padova 1990, p. 321.

⁵³ Sulla macrotemporalità della dimensione costituzionale cfr. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti Pugliatti*, Giuffrè, Milano 1978, III, p. 791. Come ha osservato inoltre A. RUGGERI, *Tecniche di normazione, tutela dei diritti fondamentali, teoria della Costituzione*, ora in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XI, Giappichelli, Torino 2008,

proposizioni normative, ma poi quest'ultima ne favorisce la certezza, e la certezza ne aumenta la chiarezza. Ogni novità legislativa è infatti inizialmente «oscura»; per assestarsi nei suoi significati è necessario attendere il consolidamento delle interpretazioni amministrative e giudiziarie, che soltanto il decorrere del tempo riesce a garantire⁵⁴.

Allo scopo d'ottenere il massimo grado di stabilità dei codici, nonché dei testi unici, servirebbe tuttavia anche una protezione formale dei loro contenuti, giacché l'esperienza insegna che non bastano le cautele sostanziali, non basta raccomandare l'uso di clausole generali nella loro redazione. Succede infatti, e di frequente, che questa o quella legge vi apporti correttivi senza modificarne espressamente il testo, sicché quel testo diventa superato, diventa subito impotente a restituire l'intera disciplina della materia regolata. La soluzione? Quella che indicò a suo tempo la Bicamerale presieduta da Massimo D'Alema, e che più di recente è stata rilanciata dalla Commissione dei 35 «saggi» durante il governo Letta: quando una materia viene codificata, ogni emendamento deve tradursi in una novella espressa al testo, altrimenti i presidenti delle Camere lo dichiareranno improcedibile. Basterebbe aggiungere un comma di poche parole all'art. 72 Cost. per incassare un grande risultato.

d) Infine, le clausole generali rendono flessibili le disposizioni normative, ne permettono l'adeguamento alle mutate circostanze⁵⁵; e la flessibilità è l'attributo degli esseri viventi, perché sono rigidi soltanto i corpi morti. Questo attributo caratterizza già il codice in vigore: come ha osservato Angelo Falzea, la vitalità del codice civile del 1942 deriva dalla sua capacità d'adattarsi alle nuove esigenze, e quest'ultima si deve al tenore letterale delle sue disposizioni⁵⁶. A sua volta, la flessibilità delle clausole generali si pone al servizio di due valori: il pluralismo e l'eguaglianza. Perché da un lato le clausole generali – diceva Rodotà – «sono lo strumento più adeguato per dar voce ad un pluralismo di valori, atteggiamenti, culture presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale»⁵⁷. E perché dall'altro lato la generalità della legge impedisce che quest'ultima venga asservita a interessi di parte o di

p. 239, il linguaggio normativo diventa via via più generale man mano che si sale nella scala delle fonti.

⁵⁴ M. AINIS, *La legge oscura*, cit., p. 39.

⁵⁵ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 204.

⁵⁶ A. FALZEA, *Intervento*, in AA.VV., *I cinquant'anni del codice civile*, Giuffrè, Milano 1993, I, p. 203.

⁵⁷ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 258. C'è però chi considera «illusoria» la pretesa di governare società complesse attraverso la tecnica delle clausole generali: F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2011, p. 393.

fazione, ne garantisce insomma l'eguaglianza, come sostenevano già gli illuministi⁵⁸. E del resto proprio il codice civile – questa volta l'osservazione è di Pietro Rescigno – rappresenta un formidabile fattore d'eguaglianza, giacché si rivolge a tutti i *cives*, senza distinguerli in ordini o in ceti⁵⁹.

7. Sulla parsimonia

In conclusione, un codice ben scritto è scritto per concetti generali. Ma a questa regola di *drafting* ne va affiancata un'altra: la parsimonia, anch'essa figlia del pensiero illuministico. Diceva Rousseau: «qualunque Stato abbia più leggi di quante i cittadini ne possa ricordare, è uno Stato male ordinato; e ogni uomo che non conosca a memoria le leggi del suo paese, è un pessimo cittadino»⁶⁰. Sicché le leggi non avrebbero dovuto superare la capienza dei muri cittadini, in modo che ciascuno potesse prenderne visione; oggi non basterebbero mille grattacieli. E il codice civile vigente è a sua volta un grattacielo, ospita troppe norme fra i suoi troppi piani. Ha 584 articoli in più rispetto al codice civile tedesco, e usa un totale di 190.897 parole, 12 mila in più del *Bürgerliches Gesetzbuch*⁶¹. Una sforbiciata lo renderebbe più sobrio, ma anche più autorevole. Si può dissentire dalla diagnosi di Irti, quando afferma che il codice civile non è più l'epicentro del sistema; ma non si può che convenire sulla diagnosi: il suo futuro è di farsi custode delle norme più generali del diritto privato⁶².

D'altronde la regolazione per clausole generali sollecita uno sforzo di sintesi, non d'immaginazione. Non si tratta di creare un'altra volta il mondo, quanto piuttosto di registrarne i principi di fondo, nei loro mutamenti, nei loro slittamenti progressivi. Come ha detto Braibant, l'artefice della codificazione francese contemporanea *à droit constant*, «codificare non è modificare»⁶³. È invece sfrondare il superfluo, per catturare l'essenziale: un risparmio di diritto che fa bene al diritto. È rievocare la lezione che ci impartirono i costituenti: un'economia nel segno, nel linguaggio. Nel 1947, almeno un quarto del tempo speso nei dibattiti in Assemblea costituente ebbe ad oggetto la «materia»

⁵⁸ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Giuffrè, Milano 1979, p. 284.

⁵⁹ P. RESCIGNO, *Codici*, cit., pp. 78 e 98.

⁶⁰ J.J. ROUSSEAU, *Fragments politiques (1750-1760)*, in *Scritti politici*, ediz. it. a cura di P. Alatri, Utet, Torino 1970, cap. IV, n. 6, p. 646.

⁶¹ M. SOFFRITTI, *Condizioni restrittive nei codici tedeschi e italiani*, AA.Vv., *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, a cura di J. Visconti, Led, Milano 2010, p. 206.

⁶² N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 8 e 201.

⁶³ G. BRAIBANT, *La relance de la codification – Allocution*, in «Revue française de droit administratif», 1990, p. 308. V. più diffusamente B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna 2011, pp. 151 ss.

costituzionale, ciò che avesse titolo per descrivere il lascito di quella generazione temprata dalla guerra alle generazioni successive. E loro lavorarono per sottrazione, non per addizione. La leggerezza è la virtù di Perseo, che si sostiene sui venti e sulle nuvole. È anche la prima qualità d'ogni scrittore, giacché dopo che hai scritto devi cancellare il sovrappiù, per alleggerire la fatica del lettore. Ma è anche la virtù del buon legislatore. Ce lo insegna una lezione antica di due secoli, che conviene riascoltare.

«Se il legislatore non sa resistere alla mania che venne rimproverata al Governo, di volere tutto regolare: se egli non vuol dare alla libertà, ciò che appartiene alla iniziativa individuale; se pretende fare egli stesso gli affari dei privati e mettere, per così dire, i cittadini sotto tutela: se vuole collocarsi al mio posto per scegliere in mia vece il mio difensore e il mio uomo di fiducia, col pretesto che egli in questa scelta, si mostrerà più illuminato di me su' miei propri interessi; allora, invece di stabilire la libertà politica, annienta la libertà individuale, e fa pesare sulle nostre teste il più ridicolo e il più insopportabile di tutti i gioghi». L'ha detto qualcuno che di teste se ne intendeva: Robespierre⁶⁴.

⁶⁴ Cfr. *Discours sur la suppression des offices ministeriels*, 14 dicembre 1790, su cui G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., p. 322.