

Luca Nivarra

---

**CLAUSOLE  
GENERALI/STANDARD  
VALUTATIVI NEL PENSIERO  
DI ANGELO FALZEA**

---

Estratto

# LETTURE

*Luca Nivarra*

## **CLAUSOLE GENERALI/STANDARD VALUTATIVI NEL PENSIERO DI ANGELO FALZEA**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. *Gli standards valutativi e la loro applicazione*. - 3. *Standards valutativi e controllo di legittimità*. - 4. Effettività per osmosi vs. effettività per coazione. - 5. In conclusione.

1. Angelo Falzea appartiene a quella non troppo folta schiera di giuristi positivi i quali hanno provveduto ad elaborare una propria, originale teoria generale del diritto. A dire il vero, non sono neppure del tutto sicuro che *Introduzione alle scienze giuridiche* (1) possa essere considerata un'opera di teoria generale del diritto, nel senso in cui siamo stati abituati a pensare a questa locuzione da una ormai lunga consuetudine con gli usi linguistici propri degli indirizzi analitici. Questi ultimi, pur nella varietà delle loro declinazioni, condividono una serie di assunti di tipo normativistico, che ne orientano la ricerca verso le forme che il diritto ha assunto nella stagione della sua matura statualità. D'altra parte, neppure si potrebbe dire che questo di Falzea sia un libro di filosofia del diritto, nel senso in cui Bobbio opponeva quest'ultima, in quanto indagine su ciò che il diritto deve essere (prospettiva deontologica) alla teoria generale del diritto, in quanto indagine su ciò che il diritto è (prospettiva ontologica) (2).

In realtà, se ci si vuole attenere alla distinzione proposta da Bobbio, in una certa misura andando oltre i confini, più sub-

---

Saggio sottoposto a referato.

(1) A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*. I. *Il concetto di diritto* (Milano 2008).

(2) N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Roma-Bari 2020), 10.

consci che consci, operanti attraverso la mediazione del grande modello kelseniano, *Introduzione* è certamente ascrivibile al genere « teoria generale del diritto ». L'obiettivo dell'Autore, infatti, è proprio quello di offrire una spiegazione del fenomeno giuridico, così come, del resto, ci conferma il sottotitolo della prima (e unica) parte dell'opera. Tuttavia, anche qui è necessaria una precisazione, dettata da uno scrupolo, si potrebbe dire, di ordine filologico. L'ontologia del diritto di Falzea ha una impronta robustamente empirica: è, per affidarsi ad una formula di immediato attingimento, un'ontologia dell'essere, e non un'ontologia dell'Essere. Risalendo, attraverso un itinerario che prende le mosse dalle varie forme in cui la vita si manifesta sul nostro pianeta, e radicando il diritto (Falzea specifica puntigliosamente: positivo) all'interno della realtà empirica, il Maestro messinese ravvisa nella giuridicità quella peculiare e insostituibile (per i consorzi umani) modalità di organizzazione dei gruppi collettivi che si impernia sulla selezione degli interessi (sinonimo, nella sua terminologia, di valori) (3) meritevoli di essere perseguiti. Per la verità il diritto, in quanto sottosistema culturale, condivide questa vocazione con gli altri sottosistemi culturali (la filosofia, la religione, l'arte ecc.): ma il suo primato dipende dalla circostanza che esso diritto si fa carico di tutelare l'interesse fondamentale della società (alla sua conservazione e alla sua evoluzione) e di rendere coerente con quest'ultimo la totalità dei valori giuridici.

In altri termini, posto che il tratto distintivo della cultura (e dei sottosistemi in cui essa si articola) è, appunto, quello di esprimere valori, cioè interessi in grado di orientare l'azione dei singoli e dei gruppi, e posto che (sembrerebbe) non tutti questi valori sono in linea con l'interesse fondamentale della società, il diritto si preoccuperebbe di conferire il crisma della giuridicità a quei soli valori che si mostrano coerenti con quello che

---

(3) Il punto è ribadito in vari luoghi della sua vasta opera: si veda, *ex multis*, A. Falzea, *La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni*, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. III. Scritti d'occasione (Milano 2010), 21 (è da queste raccolte che citerò gli scritti di Falzea di volta in volta richiamati).

Falzea, appunto, chiama l'interesse fondamentale della società (4).

2. Vedremo che questi richiami sommari alla teoria assiologica (dallo stesso Falzea così denominata) potranno tornare utili allorché si tratterà di formulare qualche considerazione sul tema oggetto del presente saggio. Venendo al quale, dirò subito che la mia attenzione si concentrerà sui due scritti che Falzea ha dedicato specificamente agli standard, ovvero *Gli standards valutativi e la loro applicazione* (5) e *Standards valutativi e controllo di legittimità* (6).

In "Gli standards valutativi e la loro applicazione", che di certo rappresenta il picco della riflessione di Falzea in argomento, la tesi di fondo è che lo standard rappresenti una peculiare tecnica normativa in virtù della quale « il diritto considera operante nel suo territorio, con la validità e l'efficacia delle prescrizioni del sistema giuridico positivo, le prescrizioni del sistema etico » (7). La ricezione così operata consente all'ordinamento giuridico di incrementare il tasso di aderenza della previsione normativa (nelle sue duplici componenti del fatto e dell'effetto) ad una realtà che è meglio inquadrata da sottosistemi culturali diversi dal diritto sebbene ad esso collegata. Da questo punto di vista la regola contenente lo standard è una regola aperta, ma non incompleta, per il tramite della quale il sistema giuridico si autointegra, non potendosi parlare di eterointegrazione là dove, appunto, la norma che attua il

---

(4) Si potrebbe osservare che il ruolo apicale assegnato da Falzea al diritto in seno alla famiglia dei sottosistemi culturali sembrerebbe non conciliarsi fino in fondo con il ridimensionamento che del tratto della coattività l'Autore propone, nel fermo convincimento che a rendere effettivo l'insieme delle norme giuridiche sia la loro spontanea osservanza da parte dei consociati (la "prassi"). Su questo non è possibile nutrire dubbi: resta il fatto, però, che proprio attraverso la messa a confronto con gli altri sottosistemi culturali emerga come il diritto sia l'unico sottosistema in grado di rimediare con l'uso (residuale quanto si vuole ma, appunto, solo suo proprio) della forza alla inottemperanza agli schemi d'azione da esso predisposti. *Infra*, § 4.

(5) In *Ricerche di teoria generale del diritto di dogmatica giuridica*, I. *Teoria generale del diritto* (Milano 1999), 369 (arricchito di sei preziose Appendici rispetto alla versione originaria).

(6) *Ricerche*, III cit., 647 s.

(7) *Ricerche*, I cit., 372.

rinvio è completa (8). Verosimilmente ciò che Falzea intende è che il rinvio allo standard è una scelta operata dal legislatore il quale, in linea teorica, potrebbe egli, in prima battuta, farsi carico del compito di rendere la norma più aderente alla realtà, preferendo, viceversa, per ragioni giuspolitiche, affidarsi ad una regola del codice etico. In altre parole, mentre l'eterointegrazione risponde ad una *necessità*, non essendo il contenuto della norma da integrare nella disponibilità dell'ordinamento *a quo*, l'autointegrazione è, appunto, il frutto di una *scelta*: donde la correlata distinzione tra « apertura » e « incompletezza ». Falzea aggiunge poi che il rinvio ha come destinatari immediati fatti (delle prassi sociali: diligenza media, lealtà media ecc.) e non valori: tuttavia « l'enunciazione diretta di situazioni di fatto rileva ... esclusivamente come evocazione indiretta dei valori che quelle situazioni manifestano nel campo di pubblica evidenza del vivere sociale » (9).

Una volta chiarito il rapporto intercorrente tra standard ed etica sociale, Falzea affronta il problema, dibattutissimo, della « diversa struttura logico-formale degli *standards* giuridici rispetto alle norme comuni » (10): problema di cui viene immediatamente colta, e messa in evidenza, la dimensione giuspolitica là dove i caratteri (generalità e indeterminatezza) degli standard amplierebbero i margini di discrezionalità del giudice dando luogo ad un potenziale conflitto « tra i due valori giuridici fondamentali di ogni società civile, della certezza del diritto e della giustizia sostanziale » (11). Peraltro, aggiunge Falzea, né la generalità né l'indeterminatezza si prestano, almeno *prima facie*, ad una sicura categorizzazione degli standard. Non la prima, vuoi perché non tutti gli standard rivestono una portata effettivamente generale: ad es., il buon costume si riferisce solo ad alcune tipologie di reato (questa osservazione risulta un po' oscura); e poi perché gli standard condividerebbero il tratto

---

(8) *Ricerche* I cit., 372-373, nt. 9 (dove, tra l'altro, viene introdotto il parallelo con le clausole generali).

(9) *Ricerche* I cit., 375. Analoga prospettiva, quanto al rapporto tra valori e figure sociali tipiche, offre L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Scritti giuridici, I a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi (Milano 2011), 176.

(10) *Ricerche* I cit., 375.

(11) *Ricerche* I cit., 376-378.

della generalità con i principi generali dai quali, viceversa, vanno accuratamente distinti. Quanto all'indeterminatezza, essa è propria del linguaggio e, quindi, anche dei costrutti linguistici dei quali si avvale il diritto scritto: in grado minimo delle norme comuni, in grado massimo dei principi generali, in grado intermedio degli standard (12).

In realtà, ad avviso di Falzea, il compito degli standard è quello di rendere possibile la specificazione e la concretizzazione del valore una volta che questo sia stato convertito in un valore giuridico. La precognizione (per usare la terminologia dell'Autore) di quest'ultimo avviene, però, ad un livello molto alto di astrattezza e di genericità sicché la sua effettiva realizzazione esige che esso venga progressivamente determinato sia dal punto di vista dei suoi contenuti (*fatti specificativi*), sia dal punto di vista delle sue modalità di inveroamento nel concreto (*fatti attuativi*). Uno stadio intermedio di questo processo è rappresentato da quelli che Falzea chiama *eventi* (accadimenti naturali come la nascita di un uomo o l'avulsione) o *interventi* (contratti, testamenti) evidenzianti, i quali conferiscono al valore un maggior grado di riconoscibilità, pur continuando a condividere con lo stadio della precognizione un certo livello di astrattezza e genericità. Infine, secondo questo disegno ricostruttivo, entrerebbero in gioco gli standard la cui funzione sarebbe quella di integrare la previsione normativa di un certo tipo di condotta (ossia la modalità realizzativa del valore) adattando l'effetto giuridico alla specificità del fatto giuridico concreto. Ad es., il rinvio al modello del *bonus pater familias* presuppone che il legislatore abbia individuato in linea astratta una tipologia di condotta dovuta in ragione della sua idoneità ad attuare il valore (l'interesse del creditore a ricevere la prestazione): quel modello, poi, serve a specificare la condotta da osservarsi in concreto, così provvedendo ad integrare la previsione normativa (13).

Altro tema classico con il quale Falzea si misura è quello dei

---

(12) *Ricerche* I, cit., 378-380.

(13) *Ricerche* I cit., 381-392. Di particolare interesse i rilievi di cui alla nt. 23.

rapporti tra standard e principi generali (14). Il tempo della identificazione (propria di società, come quella romana, nelle quali a prevalere su ogni altra era l'istanza di conservazione dell'ordine dei valori costituito) è stato eclissato dalla modernità dominata dall'imperativo categorico della trasformazione permanente. Da qui la divaricazione tra le due figure: la prima nella quale la dimensione ideale è robustamente e inestricabilmente embricata in quella sociale; la seconda nella quale, viceversa, il *Sollen* si presenta, per così dire, allo stato puro sicché, per rapporto ad essa, l'attuazione del valore è un processo sempre in divenire (15). Anche rispetto ai principi generali, specie là dove questi enunciano valori tra loro non convergenti, gli standard e, in senso più ampio, la prassi giuridica, svolgono una insostituibile funzione specificatrice. Questo, probabilmente, va inteso nel senso che lo standard, nella veste di argomento tipico, si candida a porre rimedio sia al problema della confliggenza, sia a quello della genericità del contenuto assiologico del principio: risultando « essenziale il riferimento al modo con cui la specificazione dei principi fondamentali, nel mutuo rapporto tra essi corrente, viene avvertita e praticata nella società » (16). In altri termini, spetta allo standard, una volta verificatosi il fatto oggetto di precognizione, stabilire il modo e la misura della realizzabilità in concreto del valore.

Infine, Falzea torna sul compito che, elettivamente, spetta agli standard di contribuire al processo di determinazione della realtà giuridica. Il momento di massima visibilità di questa loro vocazione realizzatrice del valore è rappresentato dall'applicazione giudiziale: ma Falzea, riproponendo un punto di vista che, come già osservato, gli è particolarmente congeniale, sottolinea che l'integrazione della norma comune ad opera dello standard si lascia apprezzare anche sul terreno della prassi di spontanea attuazione del valore da parte dei consociati (da qui, la rilevanza sostanziale, ancora prima che processuale, dello standard) (17).

---

(14) Al riguardo v. anche A. Falzea, *I principi costituzionali*, Ricerche I cit., 465 s.

(15) *Ricerche I cit.*, 392-396.

(16) *Ricerche I cit.*, 397 e qui la nt. 29.

(17) *Ricerche I cit.*, 399-407.

Come già ricordato, nella versione pubblicata nel volume I delle *Ricerche*, al saggio fondamentale si accompagnano sei Appendici. Nella prima (*Standards valutativi ed etica sociale*), l'Autore chiarisce che l'etica sociale è solo uno dei sottosistemi culturali di cui si alimenta la vita spirituale di una comunità: ad essa si affiancano la filosofia, l'arte, la scienza, la religione e, in posizione eminente, il linguaggio. Tuttavia — e l'esemplificazione riguarda in primo luogo gli standard tecnologici — il richiamo a questi ultimi comunque, e sempre, li trasforma in direttive per l'azione attraverso il *medium* della scienza (prescrittività tecnologica) e poi del codice morale del gruppo sociale — gli specialisti del settore — che di essi riconosce la vincolatività (prescrittività etica). L'altro rilievo interessante ha a che vedere con la distinzione che Falzea introduce tra l'etica come materia intimamente pervasiva (in quanto presupposta come modello) della norma giuridica (concetti normativi originariamente giuridici) e l'etica come sottosistema culturale originariamente sprovvisto di normatività: è questa sua seconda epifania che viene in considerazione allorché il diritto provvede ad affidarsi allo standard valutativo (concetti normativi originariamente non giuridici) (18).

Nella seconda Appendice (*Standards valutativi e norme ordinarie*) Falzea mette radicalmente in discussione la tesi, molto diffusa, secondo la quale gli standard, e le clausole generali, sarebbero norme giuridiche prive di fattispecie, a differenza delle norme comuni che sarebbero complete sia sotto il profilo della descrizione del fatto, sia sotto il profilo della descrizione dell'effetto. A suo avviso questo modo di impostare la questione trascura la circostanza fondamentale per cui ad essere applicata al caso concreto è una norma che risulta dalla combinazione della norma primaria (appartenente al sottosistema « diritto ») con lo standard (appartenente al sottosistema « etica sociale » o altro) il quale, per quanto indeterminato, a ridosso della controversia mostra una speciale attitudine a lasciarsi determinare. Ne consegue che, a differenza di quanto opinato specie nella dottrina tedesca, la decisione fondata sullo standard non è affidata ad una discrezionalità giudiziale molto prossima al giudizio di equità,

---

(18) *Ricerche* I cit., 408-410.



ma soggiace al vincolo introdotto dal riferimento allo standard medesimo (19).

Nella terza Appendice (Standards *valutativi e clausole generali*) Falzea, dopo aver chiarito che, almeno nei sistemi a diritto legislativo, le due figure sostanzialmente coincidono, riprende un punto che riveste un peso decisivo nell'economia del suo ragionamento: un punto già introdotto nell'Appendice precedente e che concerne la modalità di formazione di quella che egli chiama la norma casuale, ossia la regola del caso concreto. Secondo Falzea, diversamente da quanto opinato da molti Autori (in particolare viene richiamato Taruffo), sia che il modello per la decisione venga offerto da una norma ordinaria, sia che il modello per la decisione venga offerto dalla norma ordinaria integrata dallo standard, la premessa maggiore del sillogismo giudiziale deve ravvisarsi pur sempre nella previsione generale: non vi sarebbe, pertanto, una differenza se non di grado tra l'applicazione dell'una (la norma ordinaria) e l'applicazione dell'altra (norma ordinaria integrata) e, conseguentemente, non sarebbe dato discorrere di un incremento qualitativo della discrezionalità del giudice (20).

Nella quarta Appendice (« *La indeterminatezza* » negli standards *valutativi e nelle norme ordinarie*) Falzea esamina il diverso modo di essere indeterminati delle norme ordinarie e degli standard. Nel primo caso, l'indeterminatezza dipende dalla necessaria genericità tanto della precognizione dell'interesse meritevole di tutela, quanto della predisposizione della regola d'azione adeguata alla realizzazione di quello: tale indeterminatezza si risolve attraverso il semplice ricorso all'esperienza comune. Nel secondo caso, viceversa, l'indeterminatezza dipende dalla circostanza che per la sua integrazione la norma ordinaria si appella a modelli sviluppatasi in sistemi culturali diversi da quello giuridico (21).

Nella quinta Appendice (*Il fondamento del ricorso delle norme ordinarie agli standards valutativi*) Falzea si interroga sulle ragioni che inducono il legislatore ordinario a far ricorso agli standard. Scartata la risposta corrente, per la quale, attra-

---

(19) *Ricerche* I cit., 410-413.

(20) *Ricerche* I cit., 413-419.

(21) *Ricerche* I cit., 419-421.

verso lo standard si conseguirebbe il risultato di una maggiore aderenza al caso concreto della decisione giudiziale, la quale, dunque, sarebbe più giusta anche se a prezzo di un incremento della discrezionalità del giudice, Falzea si concentra sulla maggiore complessità di un modello normativo imperniato sulla combinazione di una variabile interna al sistema giuridico e di una variabile esterna che, una volta richiamata, viene assoggettata alla dinamica evolutiva del sistema medesimo (22).

Nell'ultima Appendice (*Considerazioni conclusive sui rapporti tra standards valutativi e norme ordinarie*) Falzea dedica alcune riflessioni alla questione della generalità e della indeterminatezza dello standard che, per un verso, sono maggiori di quelle proprie della norma ordinaria, sia perché (lo standard) « è applicabile in una molteplicità di sistemi culturali, sia perché è richiamato da una molteplicità di norme giuridiche ordinarie ». Sotto questo profilo, lo standard potrebbe ambire al rango di principio generale (non principio fondamentale) sia pure di tipo particolare, in quanto la sua generalità non sarebbe il risultato di un processo di astrazione, quanto, piuttosto, della originaria ampiezza del contenuto deontico del precetto formatosi in seno al sottosistema culturale di provenienza. Per altro verso, tuttavia, lo standard esibirebbe un grado di indeterminatezza minore là dove « potendo esso operare nel diritto solo in virtù del richiamo che ad esso faccia, esplicitamente o implicitamente, una norma ordinaria, costituisce una frazione di questa e presenta un campo deontico più ristretto rispetto a quello integrale della norma che lo richiama » (23).

3. In *Standards valutativi e controllo di legittimità* Falzea, come è naturale, si ricollega a molti dei temi affrontati nel saggio di mole maggiore. In particolare, egli si sofferma sulla indeterminatezza dello standard ribadendo il punto di vista già espresso in precedenza secondo il quale, come si è visto, rispetto alla indeterminatezza della norma ordinaria vi sarebbe una differenza solo di grado e non di qualità: una differenza imposta dalla necessità « di adeguarsi ad una estesa molteplicità di casi partico-

---

(22) *Ricerche I cit.*, 421-422.

(23) *Ricerche I cit.*, 422-423.

lari » (24). La norma giuridica integrata dallo standard presenta, dunque, un particolare grado di complessità anche sotto il profilo strutturale nella misura in cui la situazione di interesse rilevata dalla previsione primaria viene integrata da un « ulteriore e distinto interesse che, formando la funzione oggetto di un processo valutativo, si eleva alla dignità di valore. Con la conseguenza che l'azione deputata alla realizzazione del primo interesse deve assumere modalità tali da permetterle di realizzare contestualmente anche il valore collegato » (25).

Questo per ciò che attiene alla genealogia della norma integrata dallo standard: norma caratterizzata, come si è visto, da un maggior grado di indeterminatezza e da un maggior grado di complessità assiologica. Sul piano applicativo — che poi è quello più direttamente interessato dalla questione oggetto del saggio — in conformità a quanto già sostenuto nella seconda Appendice — Falzea ripropone l'idea che, in sede di concretizzazione, il compito fondamentale dello standard sia quello dell'adeguamento della norma al fatto: adeguamento che investe il piano della precisazione della situazione di interessi riconosciuta in astratto dalla norma ordinaria, ma anche quello della individuazione delle modalità più appropriate della sua realizzazione. « La impossibilità di individuare a priori una soluzione globale unitaria per tutte le modalità con le quali può presentarsi nella realtà della vita sociale una situazione di interessi giuridicamente rilevanti incorniciati in valori culturali di alta generalità, rende indispensabile l'adozione di una norma giuridica dotata di indeterminatezza superiore a quella di cui ordinariamente si avvale l'ordinamento giuridico nella strutturazione delle sue norme » (26). Da qui la maggiore complessità del processo di realizzazione della norma integrata dallo standard, « perché al suo interno deve trovare posto un più artico-

---

(24) In *Ricerche III* cit., 652.

(25) *Ricerche III* cit., 653. Come risulta dall'immediato prosieguo del discorso, ciò che Falzea intende dire è che, ad es. l'interesse del creditore a ricevere la prestazione si traduce nella previsione, da parte della norma primaria, del dovere a carico del debitore: il quale dovere, però, in ragione del rinvio allo standard della correttezza *in executivis*, si arricchisce della intera gamma delle condotte attuative riconducibili al valore richiamato (la correttezza, appunto).

(26) *Ricerche III* cit., 654.

lato procedimento determinativo — indispensabile per identificare, allo stesso modo di come avviene per le norme con determinatezza ordinaria, il parametro sufficientemente definito perché ad esso si adegui e si conformi l'effetto giuridico con cui il diritto dà la sua risposta al problema posto dal fatto » (27).

Da ultimo, Falzea prende chiaramente posizione sul tema che individua lo specifico oggetto del suo contributo. A suo avviso, quando ci si trova al cospetto di una norma complessa, risultante dalla integrazione della regola di base con lo standard valutativo, si assiste ad una sorta di divisione del lavoro per cui alla prima compete la individuazione del fatto (e, in sede applicativa, il suo accertamento che è attività squisitamente cognitiva), mentre al secondo spetta l'individuazione, pur nella sua indeterminatezza, per le ragioni viste, del parametro di qualificazione del fatto. Conseguenza di tutto ciò è che l'applicazione della regola di base pertiene alla *quaestio facti*, mentre l'applicazione dello standard pertiene alla *quaestio iuris*: donde la sua sindacabilità ad opera della S.C.

4. Gli elementi che abbiamo raccolto dovrebbero essere sufficienti ad inquadrare il nostro tema. E questo secondo un duplice angolo visuale, trattandosi, da un lato, di provare a connettere la riflessione di Falzea su *standard* valutativi e clausole generali alla sua teoria del diritto; e, dall'altro, di mettere in luce i profili di specificità di tale riflessione per rapporto ad un dibattito che nella dottrina italiana, come è noto, mantiene un certo grado di vivacità.

Le due questioni sono strettamente intrecciate: tuttavia mi sembra che una buona profilassi espositiva suggerisca di distinguerle pur nella consapevolezza della intrinseca unitarietà del discorso. Il diritto, nella visione di Falzea, possiede i tre caratteri fondamentali della umanità (28), della socialità e della normatività: inoltre, in quanto fenomeno pertinente alla dimensione dello spirito, esso è integrato nel sistema della cultura di cui individua una delle articolazioni. Tratto peculiare di queste ultime è di selezionare interessi, cioè valori, i quali si traducono in norme d'azione, finalizzate ad attuare quegli in-

---

(27) *Ricerche* III cit., 654.

(28) Nel senso che esso presuppone l'esistenza di un consorzio umano.

teressi (in Falzea il binomio rilevanza dell'interesse — sua realizzazione individua un autentico *trascendentale*) vincolanti per tutti gli appartenenti al sottosistema di volta in volta considerato (lo si è visto a proposito degli standard tecnologici in relazione ai quali Falzea distingue una prescrittività scientifica, una prescrittività etica e una prescrittività giuridica).

Orbene, come si è già ricordato, tra i vari sottosistemi culturali, al diritto compete una posizione eminente perché è suo il compito di effettuare una sorta di selezione di secondo livello includendo nella sfera della giuridicità solo quei valori che appaiano compatibili, e armonizzabili, con l'interesse fondamentale della società a conservarsi e a progredire. Già qui, però, si pone un problema perché non è del tutto chiara (o, almeno, non lo è per me) la ragione ultima di questa primazia del diritto. Si può convenire in ordine alla circostanza che il diritto svolga questa funzione di razionalizzatore ultimo del sistema culturale, riducendo ad una misura omogenea la pulsione assiopoietica dei singoli sottosistemi; così come, del resto, si può concordare circa il fatto che nessun gruppo sociale sarebbe in grado di resistere a lungo alla pressione esercitata dai numerosi interessi potenzialmente in conflitto. Resta, tuttavia, la domanda: perché il diritto? Una domanda cui non è facile trovare una risposta mantenendosi entro l'orizzonte di pensiero di Falzea per il quale, come pure si è visto, la coattività è un attributo per così dire secondario del sistema giuridico, poggiando l'effettività di quest'ultimo, in primo luogo, sulla prassi, ovvero sulla spontanea adesione ad esso e ai suoi precetti da parte dei consociati.

Qui, a mio avviso, si manifesta non tanto una contraddizione quanto, piuttosto, un punto di frizione tra la radice antiformalistica che alimenta la teoria di Falzea e l'effettivo modo di funzionare del sistema giuridico. L'antiformalismo di Falzea (che, beninteso, non è rifiuto della forma la quale, viceversa, nella sua riflessione occupa un ruolo molto importante) è un derivato del fermo convincimento che il diritto sia un fenomeno così profondamente radicato nella dimensione sociale da resistere a qualsiasi tentativo di convertirlo in un'istanza di controllo sociale distante dal suo oggetto, così tanto distante da smarrire, ad un certo punto, la memoria delle sue origini (che sembrerebbe essere quello che accade, ap-

punto, a tutte le dottrine “pure”, a cominciare, naturalmente, dalla più famosa di esse). Da questo punto di vista si può affermare che Falzea abbia una visione “democratica” del diritto, nel senso che egli non ne condivide l’immagine tradizionale di un sistema giuridico che si erge, più o meno occhiuto, al di sopra della società preferendo, al contrario, accreditare l’idea che esso, in quanto sottosistema culturale tra gli altri sottosistemi culturali, si disponga orizzontalmente rispetto a questi ultimi. Tuttavia, ed è qui che si annida la frizione cui alludevo in precedenza, l’« orizzontalità » del diritto rispetto agli altri sottosistemi culturali non è del tutto in linea con il ruolo assegnatogli di selezionatore e sintetizzatore dei valori/interessi elaborati presso altre regioni dell’organismo sociale: tanto più che, lo si è già detto, non è neppure del tutto chiaro in che modo il diritto possa espletare, in concreto, questo suo compito.

Su questa, peraltro solo ipotetica, incongruenza della teoria di Falzea non mette conto intrattenersi ulteriormente sebbene una qualche sua eco si avverta nello sviluppo del discorso rivolto agli standard. Più interessante, a mio avviso, sempre in prospettiva “standard”, può risultare un recupero di quella che ho chiamato la disposizione “orizzontale” del diritto nel quadro dei sottosistemi culturali. L’idea di fondo è che il sottosistema giuridico si iscriva entro l’orizzonte della cultura, cioè di un campo dell’esperienza umana caratterizzato dalla attitudine alla selezione di interessi/valori. In altri termini, secondo Falzea, la sfera dello spirituale, che indica il punto più alto del processo di sviluppo delle potenzialità immanenti alla specie, coincide, a sua volta, con un ambito, quello della cultura, all’interno del quale il dinamismo assiopoietico pone capo ai due momenti fondamentali della estrapolazione dell’interesse/valore e della prefigurazione delle sue modalità attuative (norma d’azione).

Questa originaria coappartenenza di tutti i mondi nei quali il principio vitale è da ravvisarsi in quella che, ispirandomi al vocabolario dello stesso Falzea, ho denominato attitudine assiopoietica, crea tra i medesimi una sostanziale solidarietà, resa ancora più intima dalla comune linguisticità. Il posizionamento lungo un medesimo asse di queste forme di vita culturale conosce una eccezione nel caso del diritto (eccezione di cui, come si è già detto, non è facile rinvenire la genesi) chiamato ad

un'opera di sintesi dei valori espressi dagli altri sottosistemi. A ben vedere, però, il primato funzionale assegnato al sistema giuridico è pensabile solo a partire dalla originaria coappartenenza, nel senso che sia dal punto di vista di quella sorta di schematismo trascendentale imperniato sul binomio rilevanza dell'interesse/valore, sua realizzazione, sia dal punto di vista dei contenuti assiologici, una volta superato il test di compatibilità con l'interesse fondamentale della società alla sua conservazione/progresso, il diritto e gli altri sottosistemi sono, appunto, congeneri. In questa prospettiva, tanto la nomostatica quanto la nomodinamica (ossia, i processi di formazione e attuazione del diritto) si rappresentano, agli occhi dell'osservatore, come vicende intessute di un ininterrotto dialogo/scambio con gli altri sottosistemi culturali e, in particolare, come si è visto, con l'etica sociale.

In altre parole, nella prospettiva di Falzea, il grado di effettività di un sistema giuridico è direttamente proporzionale alla sua capacità di accogliere e ordinare i valori/interessi che permeano la società: in assenza di questa condizione, l'effettività per osmosi viene sostituita da una effettività di tipo autoritario destinata, però, in un arco temporale più o meno lungo, a collassare sotto il peso della crescente divaricazione tra la pretesa del potere di essere obbedito e la disponibilità all'osservanza dei consociati. Questa declinazione olistica dell'effettività può aiutare a comprendere le ragioni di fondo, ideali, se non ideologiche, della radicale svalutazione che Falzea propone della coattività come presidio peculiare dell'ordine giuridico, anche se dal punto di vista teorico i dubbi restano tutti. Le dottrine imperativistiche, infatti, sposano un modello nel quale la coazione opera come garanzia dell'effettività soltanto in ultima istanza, essendo del tutto ovvio che la solidità di un sistema giuridico è tanto più grande quanto maggiore è la sua aderenza a quello che lo stesso Falzea chiama lo stile di vita della comunità di riferimento. Però qui la posta in gioco non è la spiegazione in chiave sociologica (una chiave molto cara a Falzea) del modo in cui funziona la *law in action*; la posta in gioco è rappresentata da una concezione del diritto che includa la sua attitudine ad imporsi con la forza tra i caratteri che

identificano la giuridicità. Con la conseguenza che, là dove si opti per una risposta negativa, implacabile rispunterà il fantasma del giusnaturalismo e del diniego (tutto ideologico, appunto) del crisma della giuridicità a quegli ordinamenti nei quali l'effettività forzosa prevale sull'effettività osmotica: nei quali, cioè, per usare le categorie dell'egemonia gramsciana, il dominio prevale sul consenso.

Al di là dei suoi (non condivisibili) risvolti sul piano meta-teorico, il modello della effettività per osmosi aiuta a intendere il ruolo che all'etica sociale viene assegnata sia nella fase della formazione sia in quella dell'applicazione della norma e anche la dialettica che si istaura tra la parte della norma che opera il richiamo allo standard e lo standard medesimo. Procediamo con ordine, muovendo dal rilievo che Falzea assegna all'astrattezza e alla genericità delle previsioni normative: astrattezza e genericità (indeterminatezza) che investono tanto i fatti specifici, ossia la sfera della precognizione dell'interesse meritevole di realizzazione, quanto i fatti attuativi, ossia la sfera della prefigurazione dei comportamenti intesi a mandare ad effetto il valore. Nel caso delle norme ordinarie, il diritto si incarica, in piena autonomia, di imprimere una forma giuridica al valore selezionato: cioè rielabora il codice etico secondo parametri tutti interni al sistema giuridico (da qui la categoria dei concetti normativi originariamente giuridici), confidando nella circostanza che, una volta riportata a contatto con la materia primordiale, l'indeterminatezza, attraverso una sorta di processo di autoriconoscimento, si sciogla. Nel caso delle norme integrate da uno standard, il diritto rinuncia ad un autonomo ricalcolo del canone etico (dove la categoria dei concetti normativi originariamente non giuridici): ciò che implica un incremento di indeterminatezza *ex ante*, nella misura in cui il sistema giuridico "appalta" all'etica sociale il compito di predisporre il criterio di valutazione della condotta in concreto osservata dalle parti; ma, in pari tempo, una maggiore determinatezza *ex post*, là dove lo standard, una volta integrato nella norma e, dunque, giurificato, rende più agevole la comunicazione e l'intesa tra la regola e il regolato (ovvero, per usare l'espressione di Falzea, un più incisivo adeguamento della norma al fatto).



5. L'attenzione riservata al tema della indeterminatezza è una costante del dibattito sulle clausole generali (29) ben presente, come si è visto, anche nella riflessione di Falzea. Con una peculiarità, tuttavia, che merita di essere subito segnalata. Infatti, mentre secondo il modo consueto di vedere, clausola generale è sinonimo di incremento della discrezionalità del giudice, sino ai confini dell'arbitrio (30), per Falzea è vero l'esatto contrario perché l'indeterminatezza della regola integrata dallo standard è un costo solo se ad essa si guarda nella prospettiva della norma ordinaria, mentre, viceversa, il ricorso allo standard si ribalta in un beneficio se ad esso si riguarda nella prospettiva della formazione della norma casuale, cioè della norma del caso concreto. Infatti, attraverso lo standard il giuridico recupera il contatto con l'etico, cioè con la scaturigine prima dei suoi precetti. Tutto questo ha molto a che vedere con l'idea, dominante nel pensiero di Falzea, della coappartenenza del sottosistema giuridico e degli altri sottosistemi culturali (a cominciare da quello dell'etica sociale) ad una forma di vita (la cultura, appunto) che si manifesta attraverso la produzione di valori/interessi. Da qui l'inevitabile circolarità dell'esperienza giuridica, che prende le mosse dalla selezione dei valori/interessi compatibili con l'interesse fondamentale della società alla sua conservazione/evoluzione e si conclude con il ritorno alla matrice originaria: ritorno che, come si è visto, risulterà tanto più agevole quanto più esplicitamente la norma giuridica avrà ritenuto di attingere a canoni di valutazione *recta via* rivenienti da quella matrice.

Due osservazioni conclusive. Quanto alla prima, dovrebbe ora risultare ancora più chiara la ragione per cui Falzea rifiuta l'idea che la norma integrata dallo standard sia una norma

---

(29) Per un rapido riepilogo del quale rinvio a L. Nivarra, "Dentro" e "fuori": lo strano caso delle clausole e dei principi generali, in questa *Rivista*, 2022, 59 s.

(30) Questo modo di intendere il fenomeno delle clausole generali trova il suo inevitabile riferimento letterario nel famoso libro di J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat* (Tübingen, 1933) (di cui si v. ora l'edizione italiana da me curata, Id., *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato* (Pisa 2022)). In realtà, come mi sforzo di mettere in luce nella *Introduzione*, questa lettura dell'opera di Hedemann è quanto meno riduttiva, se non fuorviante.

incompleta preferendo, viceversa, considerarla una norma aperta. Non solo perché il rinvio allo standard è il frutto di una scelta del legislatore il quale, in linea teorica, avrebbe potuto optare per il modello del ricalcolo integralmente endogiuridico del codice etico (31); ma anche perché, mentre nella prospettiva tradizionale la clausola generale è una tecnica che autorizza il giudice ad “uscire” dal sistema giuridico per guardare in direzione di mondi vitali eterogenei rispetto al diritto, per Falzea, la dislocazione “orizzontale” (tendenzialmente paritaria) di quest’ultimo rispetto agli altri sottosistemi assicura un *continuum* che, poi, è altra faccia di quella circolarità cui accennavo in precedenza. Quanto alla seconda osservazione, essa concerne l’idea, patrocinata da Falzea, per la quale tra la concretizzazione operata dal giudice sulla base di una norma ordinaria e la concretizzazione operata dal giudice sulla base di una norma integrata dallo standard passerebbe una differenza solo di grado e non di qualità. Posto che, a mio avviso, sullo sfondo di questo assunto si ritrova pur sempre il convincimento che la realizzazione del valore sia presidiata da regole di condotta nella loro più intima natura sostanzialmente congeneri, più nello specifico, secondo Falzea, in entrambi i casi la concretizzazione avrebbe luogo in dipendenza di una costellazione di fatti predisposta dal legislatore. Si potrebbe obiettare, tuttavia, proprio prendendo spunto dall’art. 1337 c.c. cui il Maestro messinese si richiama, che nelle norme a clausola generale i fatti nominati dal legislatore (ad es., appunto, trattative, conclusione del contratto) non individuano la premessa maggiore del sillogismo giudiziale ma solo il quadro empirico di riferimento in relazione al quale la concretizzazione (ossia, appunto, la formulazione dell’*Obersatz*) dovrà avere luogo sulla base della norma di rinvio alla buona fede (32).

---

(31) V. *supra*, § 2, nt. 8.

(32) Ho sviluppato questo punto in Nivarra, “*Dentro*” e “*fuori*” cit., 65 s.