

SILVIA ZORZETTO

## *Ragionevolezza, politica del diritto e semiotica giuridica.*

### *Considerazioni in margine al libro*

### *Ragionevolezza e autonomia negoziale*

1. *Ragionevolezza e concetto di diritto* – 2. *Diritti positivi ragionevoli e Costituzioni democratiche liberali* – 3. *Validità e ragionevolezza* – 3.1. *Validità formale e validità sostanziale* – 3.2. *Diritto positivo e criteri di validità* – 3.3. *Ragionevolezza, certezza ed efficienza del diritto* – 4. *Ragionevolezza e bilanciamento* – 4.1 *Un problema di misura e valori* – 4.2. *Bilanciare principi o regole* – 4.3. *Bilanciamento in concreto od orientato alle conseguenze* – 5. *La ragionevolezza come principio implicito o clausola generale* – 5.1. *Vaghezza socialmente tipica e vaghezza comune* – 5.2. *Concetti e norme* – 5.3. *Cos'è la ragionevolezza?*

#### 1. *Ragionevolezza e concetto di diritto*

Il libro di Erika Giorgini intitolato “*Ragionevolezza e autonomia negoziale*”, dal punto di vista analitico, può essere definito un’opera di *meta-giurisprudenza prescrittiva*.

È un’analisi di *meta-giurisprudenza* dal momento che esamina gli impieghi della ragionevolezza nell’ambito negoziale da parte della Corte di Cassazione comparandoli con quelli tradizionali della giurisprudenza costituzionale. La ricerca ha in primo luogo lo scopo di esaminare “i percorsi tracciati dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione in tema di ragionevolezza” per “comprendere, nonostante le loro diverse funzioni esercitate, se esiste un dialogo tra le due istituzioni tale da poter far giungere a teorizzare un *iter* argomentativo comune ad entrambe” (59)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il libro dà conto anche delle ricostruzioni dogmatiche della ragionevolezza ad opera della dottrina giuridica privatistica e costituzionalistica. Le alternative principali discusse sono che la ragionevolezza sia una “clausola generale” o invece un “principio implicito” nel sistema giuridico e che essa sia un concetto caratterizzato da “vaghezza comune” o invece da “vaghezza socialmente tipica”. Cfr. *infra* § 5.

Ed è un'analisi a carattere *prescrittivo* poiché, in chiave di politica del diritto, intende suggerire ai giusperiti privatisti, anzitutto ai giudici civili e in particolare a quelli della Corte di Cassazione, come essi *dovrebbero* adoperare la ragionevolezza con riferimento alle situazioni negoziali e, in generale, a tutti gli spostamenti patrimoniali tra privati.

L'autrice si occupa della ragionevolezza non solo nel settore dell'autonomia negoziale e in specie contrattuale ma anche "nel particolare settore del «diritto delle restituzioni»" cioè con riguardo alle situazioni di ingiustificato arricchimento (216 ss.).

In ordine agli atti di autonomia contrattuale, la ragionevolezza sarebbe "complementare" alla meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322 cod. civ., e più esattamente un suo presupposto (202, 207), e dovrebbe essere impiegata *i*) per "seleziona[re] gli interessi meritevoli nella fase del controllo della causa" del contratto e *ii*) per "valuta[re] l'atto nella fase esecutiva in ragione della idoneità dello stesso a condurre all'equilibrio delle posizioni contrattuali" (216).

Più in generale, cioè con riguardo alle operazioni economiche, anche non contrattuali, poste in essere dai privati, la ragionevolezza dovrebbe essere volta a e avrebbe la funzione di *i*) misurare «in astratto» l'equilibrio patrimoniale di ciascuna operazione e *ii*) correggere «in concreto» gli eventuali "squilibri patrimoniali prodotti dal traffico giuridico" (227).

Questa visione della ragionevolezza nel diritto privato patrimoniale si presta a una considerazione di fondo.

Secondo una scuola di pensiero<sup>2</sup>, per l'ordinamento italiano, il contratto è una manifestazione di autonomia privata che, in linea di principio, si esplica nel modo più ampio e libero, salvo che vi siano dei limiti. In una concezione del diritto che dà massimo spazio all'autonomia, tutto ciò che non è vietato è lecito, sicché le parti sono libere di accordarsi come meglio credono e le loro scelte non sono oggetto di una verifica esterna, né devono conformarsi a previi assetti di qualche tipo.

A questa concezione se ne oppone un'altra in cui l'autonomia privata è ammessa se e in quanto implementa e si integra e adegua ai principi e ai valori su cui si fonda l'ordinamento.

L'opera in commento s'inscrive in questa seconda concezione e delinea una fisiologica integrazione tra l'autonomia contrattuale e la buona

<sup>2</sup> Uso l'espressione generica 'scuola di pensiero' per non prendere posizione in questa sede circa la natura di teoria o di dottrina o di ideologia di questa concezione del contratto e della autonomia contrattuale. Lo stesso vale per la concezione a questa contrapposta di cui dirò subito. A mio parere, lo dico solo per inciso, si tratta di due dottrine o ideologie di cui sarebbe interessante verificare la maggiore o minore fedeltà o concordanza col diritto positivo italiano attuale.

fede contrattuale e un nesso di strumentalità tra la ragionevolezza e la buona fede per cui, in breve, è “«la buona fede che dà luce all’autonomia contrattuale»“ e non viceversa (154) ed è “il bilanciamento [ragionevole] degli interessi ad illuminare la buona fede e non il contrario” (155).

Gli atti di autonomia privata si giustificano, insomma, nella misura in cui essi superano il vaglio del ragionevole bilanciamento degli interessi: “*si come costruito e prospettato nella sua operatività dal Giudice delle leggi*” (154, enfasi mie).

Il libro compie pertanto una netta scelta di campo, sia sul piano dei contenuti dell’ordinamento positivo, sia sul piano del metodo giuridico, a favore di un *diritto privato patrimoniale costituzionalmente orientato*. La conclusione, a un tempo ricognitiva e prescrittiva, a cui esso approda, è che “la ragionevolezza, anche nella regolamentazione dei rapporti tra privati, *possa e debba* essere considerata un principio di valenza costituzionale che opera con le medesime modalità rinvenibili nel diritto costituzionale” (138, enfasi mie)<sup>3</sup>.

A sostegno di questa conclusione l’A. enuncia tre argomenti principali. Primo, “il diritto civile deve essere espressione, in ossequio al criterio di gerarchia, dell’intero assetto costituzionale, principi compresi” (107). Secondo, la ragionevolezza è un “‘termine di confine’ sistematico che affonda le proprie radici nell’ordinamento democratico disegnato dalla Carta Costituzionale” (33). Terzo, essa “consente di mettere in relazione gli interessi interni sottesi al regolamento negoziale [e in generale gli interessi privati individuali] con i principi dell’ordinamento” (205).

Il libro si compone di tre densi capitoli in ciascuno dei quali viene enunciata e argomentata una tesi fondamentale in ordine alla ragionevolezza nel diritto e, in specie, nel diritto italiano attuale<sup>4</sup>.

La ragionevolezza viene caratterizzata, in estrema sintesi, come:

- i) un “termine di confine” e “sistematico” che opera da strumento di validazione, cioè criterio di validità, delle norme giuridiche prodotte col metodo democratico;

<sup>3</sup> Cfr. anche 109, 160-161. Fermo che l’“analisi delle modalità di impiego della ragionevolezza all’interno dei discorsi dei giuristi” è una “fase imprescindibile del lavoro” (29-30), all’A. “non pare di alcuna utilità l’approccio che individua quale obiettivo ultimo della ricerca «l’informazione sul significato assunto da una parola entro un uso determinato»“. Un’analisi circoscritta alla sola registrazione degli usi linguistici giurisprudenziali è insomma considerata insufficiente se non accompagnata da un impiego ulteriore.

<sup>4</sup> Oltre agli atti e alle situazioni negoziali, nel libro si accenna agli usi giurisprudenziali della ragionevolezza nella contrattazione collettiva e nel diritto della concorrenza, in relazione al quale si ricorda la concezione della *rule of reason* della Corte Suprema americana.

- ii) un “principio” giuridico assiologicamente connotato, impregnato in particolare dei valori costituzionali, “implicito” nel sistema giuridico e che presiede al bilanciamento degli interessi (privati e pubblici) e alla concretizzazione di altri principi giuridici;
- iii) un “criterio di selezione” degli interessi privati meritevoli di tutela per l’ordinamento giuridico e di “giusta misura” dell’equilibrio delle situazioni giuridiche patrimoniali contro spostamenti di ricchezza ingiustificati.

Ciascuna di queste tesi merita attenta considerazione.

Nel prosieguo le discuterò partendo dall’assunto, da cui opportunamente prende le mosse l’Autrice stessa, che “[l]’enucleazione di un’idea di ragionevolezza (...) comporta una serie di problematiche di ordine politico, giuridico e sociale le quali presuppongono necessariamente una scelta sulla concezione stessa del diritto” (103).

Questa precisazione è a mio parere pienamente condivisibile perché, come il libro mostra, *non* esiste un’unica concezione della ragionevolezza e tanto meno una sola concezione *corretta* o *esatta* ma *ogni concezione della ragionevolezza nel diritto* postula *previe* scelte – scelte, come dirò, di valore e di metodo, politiche e semiotiche – e, in definitiva, un *concetto di diritto*.

## 2. Diritti positivi ragionevoli e Costituzioni democratiche liberali

Nel panorama della letteratura giuridica sulla ragionevolezza, l’opera in commento si caratterizza per scelte politiche schiette: ci si schiera apertamente a favore del principio democratico e della separazione dei poteri e si manifestano altresì le proprie preferenze per il costituzionalismo e per un sistema giudiziario basato sull’autorevolezza delle corti, in primo luogo, quelle superiori, costituzionali e di legittimità. La Costituzione enuncerebbe i valori da cui i giudici civili, come quelli costituzionali, dovrebbero trarre ispirazione *i*) per implementare il diritto privato (legislativo), in conformità con la morale positiva, e *ii*) per bilanciare in misura “giusta”, proporzionata, equilibrata ecc. gli interessi (privati e pubblici) esistenti nella società.

Quanto alla ragionevolezza, si sposa in particolare l’idea che costituisca “«il principio primo di un ordinamento giuridico ...»” (106). Questa tesi, formulata, tra gli altri, da Andrea Morrone<sup>5</sup>, nel nostro Paese è condivisa specialmente da una parte degli studiosi costituzionalisti mentre è estranea alla giurisprudenza anche della Corte costituzionale<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001.

<sup>6</sup> La quale come noto al più parla di “principi supremi” dell’ordinamento, ma tra questi in ogni caso non annovera la ragionevolezza. V. *ex plurimis*, le sentenze n. 30 e n. 31 del 1971,

Presa alla lettera, essa ha l'aspetto di una tesi teorico-generale, cioè pare valere per il diritto in generale: ««ogni mancata applicazione»« del principio di ragionevolezza ««equivale – si scrive, sempre riprendendo le tesi di Morrone – o a negare o a riconoscere solo in parte la natura stessa del diritto»» (106).

La ragionevolezza tuttavia viene presentata anche come una «tecnica per il soddisfacimento dei valori e dei principi positivizzati nel testo costituzionale e nel contempo per governare i giudizi di valore espressi dai poteri pubblici, incluse le Corti giudiziarie» (106); inoltre, per l'A., avrebbe «senso discorrere di ragionevolezza soltanto in quei sistemi che affondano le proprie radici nel principio democratico, e dunque nella necessaria separazione dei poteri» (30-31).

Mi pare indiscutibile che il principio di ragionevolezza sia oggi adoperato dalle corti negli ordinamenti costituzionali occidentali – vale a dire quelli oggi vigenti negli Stati europei, negli Stati Uniti d'America e in altri Paesi dotati di una Costituzione parimenti liberale e democratica – ed pure pacifico che in questi ordinamenti la ragionevolezza sia spesso considerata, dalla cultura giuridica e non solo, un principio o un concetto giuridico importante. Basti ricordare le posizioni a tutti note di Robert Alexy e di John Rawls<sup>7</sup>.

Tuttavia, a mio parere, da ciò non si può ricavare che la ragionevolezza sia un «principio primo» connesso alla «natura stessa del diritto», né che la sua applicazione sia in qualche senso necessaria in e per il diritto ed esclusiva dei sistemi giuridici democratici. Ai miei occhi, una tesi di questa portata presenta due inconvenienti principali.

Da un canto, se si ridefinisce il (concetto di) diritto includendo come sua caratteristica necessaria quella di essere ragionevole, un diritto irragionevole sarà una contraddizione in termini e non potrà esistere un diritto che non sia (anche) ragionevole.

D'altro canto, legare la ragionevolezza del diritto all'assetto democratico-costituzionale di uno Stato *a*) impedisce di descrivere e di giudicare come diritti positivi più o meno (ir)ragionevoli tutti quegli ordinamenti che presentano caratteri diversi da quelli che, di norma, si riconoscono

n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989, n. 224 del 1994, n. 73 del 2001, n. 134 del 2002, n. 348 del 2007.

<sup>7</sup> Cfr. ad es. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, (trad. it. F. Fiore), Einaudi, Torino 1997 e J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia UP, New York 1993, il quale peraltro in questa opera e non solo concepisce la ragionevolezza non come un principio di diritto positivo ma come un principio costitutivo-regolativo della deliberazione pubblica essenziale affinché la politica non sia una sfera dominata dalla soggettività dei singoli individui. Inoltre, la Corte Suprema, di cui Rawls discute in quest'opera, opera alla luce della Costituzione americana, non di un generico principio di ragionevolezza. Ringrazio il Prof. M. Ricciardi per i rilievi sul punto.

agli ordinamenti costituzionali democratico-liberali e *b)* impedisce pure di criticare questi ultimi, per eventuali difetti di ragionevolezza<sup>8</sup>.

Ho l'impressione che, quando si dice che la ragionevolezza è "il principio primo di un ordinamento giuridico", si ha in mente un modello ideale di diritto: quello oggi più accreditato nella cultura giuridica dei Paesi democratico-liberali occidentali, non invece gli ordinamenti giuridici positivi che di fatto vigono in questi Paesi (si pensi a quanto è ragionevole il diritto italiano attuale). Ed è evidente che potrebbe esserci un gap tra il modello e la sua implementazione reale.

La realizzazione di un diritto ragionevole, non solo perché così definito, è un obiettivo di politica del diritto e di politica *tout court* che credo non sia bene risolvere con una stipulazione linguistica. A mio parere, non si deve nemmeno cedere alla tentazione di pensare che gli ordinamenti giuridici dotati di una Costituzione democratica e liberale e di una corte o più corti che la attuano siano ragionevoli o più ragionevoli di altri ordinamenti che presentano caratteri diversi: ad es., sotto il profilo istituzionale, quanto all'assetto dell'ordinamento giudiziario o delle tecniche di legiferazione.

Inoltre, come il libro mette correttamente in luce, c'è una tensione tra il principio democratico e la separazione dei poteri legislativo e giudiziario, da un lato, e l'impiego della ragionevolezza con riguardo al diritto legislativo da parte delle corti e delle Corti Costituzionali in particolare, dall'altro lato: se è vero infatti che "[i]l controllo di ragionevolezza sul potere del legislatore (...) si basa sulla separazione dei poteri" (32)<sup>9</sup>, d'altra parte il giudizio di una corte che una norma emanata ad esempio dal Parlamento è *invalida perché irragionevole* è una *decisione ultima* e per questo aspetto una *supremo atto di normazione* (cfr. 77). E ciò vale sia per i sistemi giudiziari a sindacato di costituzionalità diffuso, operato dalle corti, sia per i sistemi giudiziari a sindacato di costituzionalità accentrato in una Corte Costituzionale.

### 1. 3. *Validità e ragionevolezza*

#### 3.1. *Validità formale e validità sostanziale*

La tesi che la ragionevolezza sia "«il principio primo di un ordinamento giuridico»" può essere riformulata in modo meno impegnativo dicendo che essa è considerata particolarmente rilevante dalla cultura giuridica

<sup>8</sup> Il problema riguarda non solo l'ordinamento in blocco ma anche le sue parti e singole norme.

<sup>9</sup> Nel libro si precisa che ciò riguarda sia il legislatore nazionale, sia quello comunitario.

dominante in taluni diritti positivi contemporanei. Naturalmente questa tesi va precisata. Infatti, riprendendo quanto si diceva poc' anzi, si potrebbe sostenere che la "natura stessa del diritto" risulti corroborata dall'"applicazione" del "principio di ragionevolezza" da parte delle corti partendo dal presupposto che norme e soluzioni dei casi giudiziari ragionevoli siano per esempio accettate più di buon grado dai consociati o siano migliori o più giuste, nel senso di più conformi alla morale positiva o al diritto naturale o ad altro ancora.

L'Autrice dichiara apertamente la propria opinione sul punto.

Rifiutata come "rigida" la "contrapposizione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, tra diritto positivo e diritto naturale", inteso quest'ultimo come *morale positiva* che trova espressione nel procedimento democratico, i sistemi giuridici democratico-costituzionali contemporanei avrebbero "supera[to]" il problema dell'"oggettivazione della morale" in quanto in essi vi sarebbe uno "stretto collegamento tra diritto e morale" positiva (50, 81).

Nel libro vengono dunque sostenute tre tesi, tutte logicamente distinte: i) che il diritto naturale prenda la forma di moralità positiva (nelle società democratico-liberali?), ii) che la Costituzione (la nostra o ogni Costituzione democratico-liberale?) ne sia la traduzione per iscritto, iii) che i valori della moralità positiva in tal modo diventino «oggettivi» (in qualche senso della parola)<sup>10</sup>.

In sintesi, dice l'A., il "costituzionalismo contemporaneo" "rappresenta proprio la 'positivizzazione' del diritto naturale" (50), nel senso sopra precisato.

L'applicazione del principio di ragionevolezza sarebbe pertanto uno dei modi (forse il principale o persino l'unico) per far sì che le norme positive, così come emanate dagli organi competenti, siano conformi alla morale positiva.

In questo quadro, la validità delle norme dell'ordinamento democratico-costituzionale non dipende unicamente dal rispetto delle procedure e delle competenze a questo scopo stabilite dall'ordinamento: "la validità della norma" si basa sì "sull'imprescindibile" – *i.e.* necessario – "rispetto delle procedure democratiche" (81) ma ciò non è sufficiente perché "una norma è valida quando ragionevole" (47).

La validità è una questione non solo procedurale o formale ma anche sostanziale o di contenuto, cioè relativa a ciò che le norme prescrivono, e una norma potrà essere invalida, benché prodotta nelle forme previste, qualora sia irragionevole. Non basterà invece che una norma purchessia

<sup>10</sup> Notato solo per inciso che ciascuna di queste tesi è da sempre discussa nella letteratura teorico-giuridica; basti pensare alle posizioni di H.L.A. Hart sul punto e in particolare alla distinzione che tenne a rimarcare tra diritto naturale e morali positive.

sia ragionevole perché sia valida, occorrendo che sia anche prodotta nei modi previsti dall'ordinamento.

La ragionevolezza viene quindi concepita come un criterio di validità delle norme degli ordinamenti democratico-costituzionali e, in particolare, come quel criterio che, tramite "continui procedimenti di validazione" (57), li rende dei «sistemi giuridici».

Come noto, la distinzione tra 'ordinamento giuridico' e 'sistema giuridico' è un *topos* del pensiero giuridico ed è stata declinata variamente e non sempre in maniera perspicua<sup>11</sup>.

Nel libro questa distinzione tra i due concetti di ordinamento e di sistema ha una duplice ragion d'essere. L'idea di sistema sta a suggerire, in primo luogo, che un diritto positivo, visto in dimensione diacronica, non è qualcosa di statico (un ordine di elementi fisso, dato una volta per tutte, come per esempio una classificazione di numeri in matematica o la tavola degli elementi della chimica) ma dinamico (che cambia di contenuto ed eventualmente di forma); in secondo luogo, che nei diritti positivi contano non solo le relazioni logiche tra le norme e in specie quelle di contraddizione e di contrarietà ma anche i diversi modi in cui esse si connettono quando sono compatibili<sup>12</sup>.

### 3.2. Diritto positivo e criteri di validità

L'Autrice, a mio parere a ragione, sottolinea che "l'appartenenza [di una norma] al sistema [o a un ordinamento che dir si voglia] non può rappresentare una precondizione della validità" (57). Con la parola 'validità' infatti si esprime un'idea estremamente complessa circa il fatto che un diritto non è un coacervo di norme qualsivoglia, ma un insieme complesso di norme identificate e individuate in certi modi, prima di tutto dal senso comune ordinario e poi dal senso comune giuridico, eventualmente secondo modalità regolate dal diritto medesimo<sup>13</sup>. Questo è tipico soprattutto dei diritti moderni, ivi compresi quelli dotati di Costituzioni scritte che regolano espressamente *chi* e *come* deve produrre le norme, cioè le procedure e le competenze di cui si diceva.

<sup>11</sup> Anche per questo le nozioni di ordinamento e sistema sono state fortemente criticate a più riprese. Tra i più polemici vi fu come noto G. Tarello: cfr. ad es. *Il diritto come ordinamento, Atti del X congresso nazionale di filosofia giuridica e politica (Bari ottobre 1974)*, Giuffrè, Milano 1975, 49-237.

<sup>12</sup> «La norma irragionevole non è, allora, invalida per essere contraria al sistema ma per non essere in grado di perseguire l'unità e l'ordine del sistema» (58). In teoria del diritto, spesso, si parla di *congruenza*, oltre che di coerenza.

<sup>13</sup> Cfr. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa 2010.



Talvolta, dunque, il diritto positivo stesso sancisce in appositi documenti scritti le procedure e le competenze da seguire nella produzione normativa. Ma anche se in un ordinamento vi sono criteri espressi di validità delle norme, resta comunque il problema di sapere se tali criteri siano da considerare *tassativi* o se si possano e debbano ammettere anche *altri* criteri *inespressi*, che, come quelli espressi, potranno essere procedurali oppure relativi al contenuto delle norme.

Nel nostro ordinamento, né il legislatore costituente né quello ordinario, sino a oggi, hanno stabilito un elenco tassativo espresso di tutte le condizioni che le norme debbono soddisfare per essere valide secondo diritto vigente<sup>14</sup>. Perciò stabilire queste condizioni è diventata di fatto una questione di competenza dei giuristi teorici e pratici. Come noto, allo stato, la validità delle norme viene perlopiù parametrata sul testo costituzionale (si pensi ai principi o ai criteri, per menzionarne solo alcuni, di eguaglianza, sussidiarietà e precostituzione del giudice) e, sempre più spesso, anche su altri testi considerati particolarmente rilevanti (come la CEDU e i trattati europei)<sup>15</sup> ma vi sono vivissime discussioni su tutto ciò.

In questa situazione, la tesi che, nel nostro ordinamento, la ragionevolezza sia un criterio di validità delle norme aggiuntivo rispetto a quelli formali, a mio parere non può essere giudicata né vera, né falsa, né corretta, né scorretta: è semmai un'opzione di metodologia prescrittiva di cui valutare l'opportunità e la bontà.

Mi pare ci siano due argomenti principali, uno a favore e uno contro, tale opzione.

### 3.3. Ragionevolezza, certezza ed efficienza del diritto

L'argomento a favore è che, in un accostamento teleologico al diritto in cui il diritto è uno strumento di regolamentazione della vita associata in funzione di determinati scopi, la ragionevolezza può essere concepita come una *condizione minima di efficienza* delle norme<sup>16</sup>: una norma

<sup>14</sup> Un ordinamento positivo può decidere che una norma sia valida a certe condizioni e che un certo parametro non può essere in alcun caso considerato sua condizione (sufficiente) di validità: per esempio l'essere emanata in situazioni di necessità ed urgenza o in occasione della guerra civile o per legittima difesa da un attacco straniero.

<sup>15</sup> La CEDU e i trattati europei sono atti equiparati, sul piano formale, alle leggi ordinarie dal momento che il recepimento delle convenzioni e dei trattati internazionali avviene con legge ordinaria. Sovente, però, sul piano dei contenuti, sono considerati atti di portata costituzionale e talvolta anche sovra-costituzionale.

<sup>16</sup> Sulla nozione di efficienza e strumentalità delle norme v. G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida reputabile*, ETS, Pisa 2008.

*irragionevole* sarà allora una norma che non è in grado di svolgere la funzione primaria di ogni norma che è di dare ragioni per l'azione.

Questo non vale solo per le norme come ad esempio quella che proibisce di tenere accesi sistemi elettronici nei reparti di radiologia, che è una norma ragionevole perché riduce le interferenze tra i campi elettromagnetici e dunque il rischio che vengano alterati gli esami radiologici. Pensiamo per esempio a una *scelta* come quella di un lavoratore precario di risparmiare una parte del proprio reddito per i periodi in cui potrà non essere più occupato, a una *decisione* come quella di partecipare a un concorso per il quale si possiedono tutti i titoli necessari, o a una *promessa* come quella di duellare lealmente. Scelte, decisioni, promesse e norme come queste delineano tutte un *comportamento giustificabile* e sono ragionevoli, prima di tutto, in questo senso.

Costituiscono invece tutti casi di irragionevolezza, ad esempio:

- i) la scelta di intraprendere un'arrampicata senza l'attrezzatura e la preparazione atletica necessaria, perché la scalata si rivelerà un'impresa non realizzabile o comunque pericolosa per la persona e gli eventuali soccorritori;
- ii) la decisione di un consumatore disoccupato e nullatenente di chiedere un credito finalizzato all'acquisto di uno yacht di lusso, richiesta che non supererà la verifica della meritevolezza del credito neo-introdotta dal d.lgs. 4 settembre 2010 n. 141 di riforma del credito al consumo;
- iii) la promessa di non essere mai narcisisti, posto che il narcisismo fa parte del modo d'essere della persona e non è, se non in parte, una questione razionalmente dominabile;
- iv) una norma che obbligasse l'assicuratore a rinegoziare coi propri assicurati, personalmente ogni trimestre, tutte le condizioni di assicurazione, il che renderebbe il rapporto di assicurazione ingestibile, atteso che esso deve avere una minima stabilità nel tempo visto che il contratto di assicurazione è fatto per regolare rischi, cioè situazioni, per definizione, future e incerte.

In definitiva, in un accostamento teleologico al diritto, un diritto positivo fatto di norme irragionevoli come quest'ultima sarebbe destinato all'inefficienza e, in ultima istanza, all'ineffettività perché non assolverebbe alla sua funzione o scopo primario che è di regolare la condotta degli individui in una certa società.

Come dicevo, c'è però anche un *argomento contro* la tesi che una norma, per essere valida, debba essere ragionevole, oltre che prodotta nei modi previsti.

In un accostamento *teleo*-logico al diritto, è necessario individuare gli *scopi* da perseguire tramite le norme giuridiche. La ragionevolezza di una norma, nel senso sopra visto d'idoneità della stessa a essere guida della condotta, dipende insomma da preve assunzioni: dalla scelta preliminare dello scopo che si vuole raggiungere con essa.

Secondo l'Autrice, queste scelte si troverebbero cristallizzate nella morale positiva e sarebbero sancite formalmente nella Costituzione.

Tuttavia, se si considera che le morali positive variano nel tempo e con le circostanze<sup>17</sup> sicché non sono formalizzabili una volta per tutte in un testo e che esse hanno confini e contenuti normalmente assai indeterminati, ancorare la validità delle norme giuridiche alla ragionevolezza, secondo morale positiva, rischia di rendere il diritto straordinariamente *incerto* e quindi *inefficiente*. Di là dei casi pacifici e condivisi di ragionevolezza o irragionevolezza (ricordo gli esempi sopra), vi saranno infatti numerosissimi casi in cui è incerto o contestato se e cosa sia (ir)ragionevole. Nelle nostre società pluraliste i giudizi di (ir)ragionevolezza possono variare notevolmente a seconda dei sottogruppi sociali considerati. Spesso il diritto è emanato proprio per risolvere (provvisoriamente) conflitti morali di fondo e si occupa proprio di questi casi dubbi per cui non basta la morale positiva.

Dico che un diritto incerto è un diritto inefficiente, così come lo è un diritto irragionevole nel senso sopra visto, perché il regolare i comportamenti degli individui in modo certo, cioè il renderli in linea di principio prevedibili da parte degli altri consociati<sup>18</sup>, è un'altra funzione primaria del diritto, come quella di cui si diceva poc'anzi di giustificare i comportamenti. La certezza è uno scopo in primo luogo del diritto privato patrimoniale.

In breve, l'esigenza che le norme giuridiche siano ragionevoli fa parte del concetto di diritto di senso comune, ma il senso comune non è sufficiente a regolare una società.

#### 4. *Ragionevolezza e bilanciamento*

##### 4.1. *Un problema di misura e valori*

“[L]a ragionevolezza – scrive l'Autrice – è data da un giudizio di valore” (47). È una nozione, un principio non neutrale.

Dopo aver ricordato che nella giurisprudenza costituzionale “tre sono stati gli schemi utilizzati: ragionevolezza come *eguaglianza*, ragionevolezza come *razionalità* e ragionevolezza come *bilanciamento*” (61), oggi si assisterebbe secondo l'Autrice alla “definitiva autonomia della ragionevolezza dal

<sup>17</sup> Le morali positive sono dette ‘positive’ proprio per sottolinearne la dipendenza dal contesto specifico volta per volta considerato (contesto che potrà essere definito su base spazio-temporale, culturale, o altro ancora). Alle morali positive si contrappongono infatti i sistemi morali «costruiti a tavolino» sulla base di valori/principi immaginati nell'esercizio intellettuale come fissi.

<sup>18</sup> Cfr. G. GOMETZ, *La certezza come prevedibilità*, Giappichelli, Milano 2005.

principio di eguaglianza per seguire la via dei valori” (69)<sup>19</sup>. Più precisamente, la ragionevolezza sarebbe “tesa a realizzare un equilibrio nella ponderazione dei diversi valori dei quali è espressione la Carta Costituzionale stessa” (43), nonché “capace di individuare la ‘giusta misura’ dei principi di volta in volta coinvolti nella soluzione del caso concreto” (131).

In questa cornice, l’equilibrio tra valori ha alle spalle un “bilanciamento ragionevole degli interessi” (71), cioè v’è un legame “stretto” e “necessario” (74-75) di tipo biunivoco tra interessi tutelati e valori di riferimento: un’equilibrata ponderazione dei valori della morale positiva, positivizzati nella Costituzione è premessa del ragionevole bilanciamento degli interessi nei singoli casi e ciascun caso concreto di ragionevole bilanciamento degli interessi conferma l’esistenza di una ponderazione equilibrata dei valori costituzionali nel sistema.

Questa visione su due livelli, fatta di una ponderazione «in astratto» dei valori e di un bilanciamento «in concreto» degli interessi, ricorda l’«equilibrio riflessivo» rawlsiano. Nella teoria della giustizia di Rawls, questo procedimento è una procedura ideale di controllo delle assunzioni di principio della teoria rispetto ai giudizi specifici o concreti formulati sulla loro base. Come noto, l’impianto rawlsiano postula la piena rispondenza tra principi e giudizi. Il che insegna che principi «astratti» e giudizi «concreti» non collimano sempre e necessariamente a meno di concepirli in partenza a questo modo.

D’altra parte, è vero che “il propendere per un’idea di bilanciamento in concreto non comporta (...) la consegna della ragionevolezza alla pura irrazionalità o, più in generale, ad una concezione del diritto del tutto aperta”, cioè fatta di decisioni idiosincratiche caso per caso, perché “ad un caso identico corrisponderà un medesimo bilanciamento in concreto e, dunque (...) il bilanciamento è comunque vocato all’universalizzazione” (78).

Il bilanciamento compiuto, «in concreto» nel singolo caso giudiziario o «in astratto» relativamente a una classe di casi, come ogni altra forma di giudizio pratico, è un procedimento astrattivo generalizzabile<sup>20</sup>. Ma non è equiparabile a un calcolo: ‘bilanciamento’ e ‘ponderazione’ sono due nozioni metafisiche che presuppongono scelte da parte di chi bilancia o pondera.

Al proposito, si puntualizza giustamente che “la questione centrale del bilanciamento” ragionevole è “se – sottolineo il ‘se’ – è possibile commensurare principi diversi e, in definitiva, valori diversi” (91). Nel

<sup>19</sup> L’A. aderisce in specie alla posizione di G. Fiandaca che “intende la irragionevolezza come «incompatibilità coi valori di fondo del nuovo ordinamento costituzionale».” (nota 139, 69).

<sup>20</sup> Cfr. R.M. HARE, *Universalisability*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, (LV), 1954-1955, 295-312; P. WINCH, *The Universalizability of Morals Judgements*, in *Ethics and Action*, Routledge & Kegan Paul, London 1972, 151-170.

diritto, non è scontato che questa domanda abbia una risposta positiva, dal momento che, nel diritto, non vi sono scale e unità di calcolo e strumenti, come appunto, le bilance con cui si misura ad es. il peso dei corpi ordinariamente e nei laboratori scientifici.

La giurisprudenza concepisce la ragionevolezza come una soluzione al “problema della misurazione dei principi” (92) o dei valori o degli interessi, ma si tratta di «un’unità di misura» dipendente da *un valore ultimo*, perché qualsiasi cosa è o non è (ir)ragionevole *in base a una determinata scelta di valore*.

A seconda del tipo di ricerca che si intende condurre, si può parlare della ragionevolezza come di un concetto o un giudizio normativo-valutativo oppure di una tecnica o un procedimento: quel che conta è che “tecniche argomentative esclusivamente formali e bilanciamenti assiologicamente neutrali (*wertfrei*) sono praticamente impossibili e, di fatto, mai storicamente realizzati, in quanto ogni scelta tecnica si ispira ad un valore e trova giustificazione in un progetto politico” (190).

Così, per esempio la scelta del legislatore penale di prevedere per il delitto di infanticidio una pena più lieve di quella del delitto di omicidio comune<sup>21</sup> può essere giudicata ragionevole, se si reputa particolarmente tragico e degno di considerazione il fatto che una madre uccida il figlio trovandosi in “condizioni di abbandono materiale e morale”<sup>22</sup>.

Questa scelta di politica criminale è invece irragionevole se ad esempio si assume che uccidere il figlio da parte di colei che lo genera sia un’azione in ogni caso particolarmente immorale perché contro natura.

#### 4.2. *Bilanciare principi o regole*

La ragionevolezza viene intesa come una tecnica di bilanciamento e uno “strumento di concretizzazione nell’ipotesi in cui” per la soluzione dei casi “concorrano (...) più principi” (132).

Il bilanciamento ragionevole riguarderebbe quindi solo i *principi*, non le *regole*<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Il primo reato è punito dal Codice penale con la reclusione da 4 a 12 anni, mentre il secondo con la reclusione non inferiore ad anni 21.

<sup>22</sup> Solo a questa condizione, per il nostro diritto penale (art. 578 cod. pen.), l’uccisione di un figlio da parte della madre è infanticidio ed è quindi punita di meno di un omicidio comune.

<sup>23</sup> Per l’Autrice “la tecnica (...) del ragionevole bilanciamento (...) richiede (...) la netta distinzione tra regole e principi, in quanto solo i secondi possono essere oggetto di bilanciamento” (71). Questa posizione è molto discussa nella teoria del diritto contemporanea, specialmente post-dworkiniana: v. per tutti G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, il Mulino, Bologna 2010, spec. 51-58, 173-209.

Il problema della distinzione regole-principi non può essere trattato in modo esauriente in questa sede. Mi limito perciò a osservare che ogni norma può essere considerata una regola oppure un principio: la distinzione tra regole e principi non è logica ma semantico-pragmatica. Regole e principi non sono norme con struttura logica diversa, ma norme a cui i giuristi riconoscono funzione diversa nel ragionamento giuridico. Il fatto che alcune norme siano reputate tendenzialmente delle regole o altre invece dei principi dipende da come le si impiega nel ragionamento giuridico, tanto che non è infrequente che una stessa norma sia considerata e usata in un caso come una regola e in un altro come un principio: ad esempio, la norma che vieta di offendere l'onore e il decoro di una persona o quella che obbliga a restituire, a richiesta, ciò che si è ricevuto in godimento senza niente in cambio sono regole o principi?<sup>24</sup>

In breve, i principi sono norme che si suole bilanciare più spesso di altre ma che sono suscettibili di altri usi e in particolare di essere trattate anche come regole.

Si pensi al principio “della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta” che per la Corte di Cassazione<sup>25</sup> “deve accompagnare il contratto *nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione*, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., *impone a ciascuna* delle parti del rapporto obbligatorio *di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche*”. Questo principio, che pare amplissimo, può essere pensato come una regola piuttosto rigida, posto che esso impone di bilanciare *sempre e comunque*, dall'inizio alla fine di un rapporto contrattuale, cioè *in ogni sua fase e circostanza*, i propri interessi con quelli di *ogni* controparte.

Quando si escludono le regole dal bilanciamento, di solito, si pensa a norme che contengono un criterio esclusivo alternativo del tipo acceso / spento o destra / sinistra (per es. “i sorpassi possono essere effettuati solo sul lato sinistro della carreggiata”) o di tipo numerico (per es. “è vietato superare il limite di velocità di 30 km/h”) e si esclude che norme simili possano essere bilanciate perché *sull'altro piatto della bilancia si pone la norma che fa riferimento alla classe complementare* (negli esempi, il sorpassare a sinistra o il correre a una velocità maggiore di 30 Km/h). Ma lo stesso discorso si può fare anche per i principi come quello sopra menzionato della buona fede oggettiva, pensando al principio opposto, che non potrà naturalmente essere bilanciato col complementare.

<sup>24</sup> Cfr. rispettivamente l'art. 594 cod. pen. e la disciplina del comodato gratuito.

<sup>25</sup> Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, (enfasi mie).

Bilanciamento e ragionamento per opposizione si escludono a vicenda: un atto o è o non è illecito, ma un atto illecito potrà non essere ingiusto. Possiamo bilanciare illiceità e ingiustizia, non liceità e illiceità.

#### 4.3. *Bilanciamento in concreto od orientato alle conseguenze*

Nel libro si delinea “un’idea di ragionevolezza” quale “norma giuridica, nella specie del principio implicito” “immanente dell’ordinamento che si esplicita attraverso il bilanciamento [in concreto] degli interessi” (191, 131), intendendo per ‘bilanciamento in concreto’ un tipo di bilanciamento specificamente “orientato alle conseguenze” del singolo caso (86).

Un bilanciamento ragionevole degli interessi sulla base delle conseguenze è stato operato recentemente dalla Corte Costituzionale per esempio riguardo all’art. 140 cod. proc. civ. in materia di notificazione degli atti giudiziari.

La Corte costituzionale ha dichiarato tale disposizione costituzionalmente illegittima, per violazione dell’art. 3 Cost., primo comma, e dell’art. 24 Cost., secondo comma, nella parte in cui prevedeva che, per il destinatario, la notifica si perfezionasse, anziché con il ricevimento della raccomandata informativa, con la spedizione o decorsi dieci giorni da questa, in quanto la disposizione, facendo decorrere per il destinatario dell’atto notificato i termini per agire a sua difesa da un momento anteriore alla concreta conoscibilità dell’atto, dava luogo a un “non ragionevole bilanciamento tra gli interessi del notificante (...) e quelli del destinatario, in una materia nella quale, invece, le garanzie di difesa e di tutela del contraddittorio devono essere improntate a canoni di effettività e di parità”<sup>26</sup>.

Nel libro si afferma che un bilanciamento non orientato alle conseguenze, come quello di mio esempio, sarebbe in realtà una ponderazione o bilanciamento non «in concreto» ma «in astratto».

Tuttavia, il bilanciamento degli interessi è un confronto tra interessi e, in linea di principio, un interesse – come qualunque altra cosa (ad es. un valore, un diritto, ecc.) – può essere valutato e comparato con un altro interesse sotto

<sup>26</sup> C. Cost., 14 gennaio 2010, sent. n. 3. Fa applicazione del principio espresso dalla Corte Costituzionale per es. Cass. civ. sez. III, 31 marzo 2010, n. 7809. Si esprime poi esplicitamente in termini di “conseguenze” per es. Cass. civ. sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830: “la circostanza che l’atto interruttivo pervenga alla conoscenza del destinatario costituisce l’unico *eventum iuris* idoneo ad impedire che si consolidi l’affidamento di questo sulla concreta e protratta inoperatività delle *conseguenze svantaggiose che gli deriverebbero dall’altrui esercizio di un diritto*, là dove invece *l’effetto vantaggioso*, che l’intervenuta decadenza comporta per la controparte dell’onerato, costituisce un *riflesso meramente indiretto della limitazione* che la tutela del diritto di quest’ultimo soffre per *effetto dell’imposizione dell’onere*” (corsivi miei).

vari profili, non solo in rapporto alle sue conseguenze. Per esempio, posso confrontare due interessi dando rilevanza per esempio ai loro presupposti (nel diritto contrattuale notoriamente si ragiona in questo modo in materia di presupposizione, per porre fine a un rapporto contrattuale quando, per circostanze esterne al negozio dopo la conclusione, cambia l'assetto originario degli interessi che fu determinante per le parti).

Peraltro, anche quando i giudici danno rilevanza alle conseguenze ciò che comparano non sono necessariamente né sempre e solo gli interessi *concreti* dei protagonisti del giudizio, ma molto spesso le conseguenze *tipiche* di una certa situazione di fatto: nell'esempio precedente, la possibilità o meno per chi riceve una notifica di agire in giudizio in tempo utile per difendersi.

Come si diceva, anche il bilanciamento «in concreto» degli interessi è un ragionamento e dunque qualcosa di «astratto»: ciò vale per il bilanciamento tra interessi così come tra valori, diritti o altro ancora. Peraltro, ciò che si compara in ogni caso sotto la veste di interessi, valori, diritti ecc. sono piuttosto *posizioni giuridiche soggettive* che sono anch'esse un'astrazione.

Ragionare per davvero «in concreto» riguardo a singoli casi vorrebbe dire isolare ciascun caso da ogni altro, considerandolo come se fosse unico e irripetibile, e dare rilevanza solo ed unicamente alle circostanze materiali che lo individuano. Tuttavia, anche in un'analisi di questo ordine le conseguenze del caso possono essere ma non è necessario che siano il fattore di decisione determinante.

## 5. *La ragionevolezza come principio implicito o clausola generale*

### 5.1. *Vaghezza socialmente tipica e vaghezza comune*

Secondo l'Autrice, la ragionevolezza non apparterebbe “al novero delle clausole generali, ma piuttosto a quello dei principi (impliciti)” (134).

Alla base di questa tesi, v'è una precisa concezione delle clausole generali e una nota distinzione analitica che si esamina nel dettaglio: quella tra la cosiddetta vaghezza comune (che riguarda tutti gli enunciati normativi, 133) e la cosiddetta vaghezza socialmente tipica (116 ss.).

Le clausole generali sarebbero caratterizzate da vaghezza socialmente tipica e sarebbero criteri di condotta enucleati da principi (130)<sup>27</sup>, ragion per cui esse avrebbero la “necessità di ancorarsi a parametri o, meglio, a

<sup>27</sup> Nel libro si accoglie la distinzione di G. Oppo tra clausole generali e *standard valutativi* intesi “come misura sociale dell'applicazione [dei] criteri” tratti dai principi (130).



principi di rango costituzionale, capaci di fornire la chiave di lettura per giungere ad un'interpretazione adeguata" (134).

Invece, la ragionevolezza sarebbe caratterizzata da vaghezza comune e il bilanciamento ragionevole, sia «in astratto» che «in concreto», viene indicato come «uno dei principali strumenti di riduzione» della vaghezza socialmente tipica propria delle clausole generali (131).

La vaghezza socialmente tipica è chiamata anche vaghezza «da rinvio». Riguarda i termini (le parole) che esprimono concetti valutativi come 'buono', 'prudente', 'gentile' "i cui criteri applicativi non sono *neppure parzialmente* determinabili se non attraverso il riferimento a variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume"<sup>28</sup>.

I termini caratterizzati da vaghezza socialmente tipica oltre che esprimere concetti valutativi, esprimono più precisamente concetti prasseologici, cioè che riguardano l'agire umano, per l'impiego dei quali è necessario individuare delle regole / parametri di comportamento. L'espressione '*diligenza del buon padre di famiglia*' contiene due concetti valutativi e prasseologici che denotano le due proprietà di un'azione di essere diligente e di un agente di essere buono<sup>29</sup>.

Per affermare ad esempio che qualcuno è 'buono' o 'diligente' o 'gentile' o che è corretto qualificare qualcosa/qualcuno come 'prudente' occorrono regole che non si trovano nel vocabolario italiano, nel senso che non sono regole di uso della parola di tipo meramente linguistico ma sono anzitutto regole di condotta: potranno essere regole di natura sociale proprie di una certa comunità come costumi o tradizioni o usanze o regole morali (ad esempio della moralità positiva) o religiose o di altro tipo.

Si noti che, senza il riferimento a tali regole, non si può definire nemmeno un caso tipico o paradigmatico di bontà, gentilezza, prudenza. Perciò si parla di vaghezza «da rinvio».

Così intesa, la vaghezza socialmente tipica è una caratteristica «qualitativa», non «quantitativa» nel senso che il grado di vaghezza socialmente tipica di due o più termini non è comparabile o misurabile se non istituendo (convenzionalmente) una scala di valori.

La vaghezza comune, invece, riguarda sia i termini valutativi, sia i termini descrittivi, in una parola, riguarda (in vario grado) tutti i termini di una lingua naturale e per conseguenza tutti gli ambiti comunicativi che in cui si adopera la lingua naturale, come per esempio il diritto.

<sup>28</sup> C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, 302-303; ma vedi tutto cap. X, 299 ss.

<sup>29</sup> Buono qui connota il tipico autore dell'azione che sarà considerato tale in ragione dei suoi comportamenti diligenti.

Termini come ‘foresta’ o ‘bosco’ o ‘alimento’ sono comunemente vaghi nel senso che, a fianco a casi di sicura applicazione e di sicura non applicazione (secondo le regole della lingua), vi sono casi-limite in cui è incerto, nella pratica linguistica, se essi vadano o no applicati. Per esempio la Foresta Nera è per tutti una foresta e il pane è indubbiamente un alimento; ma può essere incerto se sia un bosco ad esempio una macchia mediterranea (la giurisprudenza si è trovata a discuterne spesso e volentieri)<sup>30</sup> o se siano un alimento ad esempio le vitamine e i minerali (ordinariamente terremo a escludere tali sostanze dal novero degli alimenti, anche se secondo la scienza alimentare lo sono).

Vaghezza comune e vaghezza socialmente tipica sono dunque due tipi di vaghezza distinti, ciascuno dei quali esprime una fattezze semiotica diversa e non si escludono a vicenda. Infatti, se, per una caratteristica generale delle lingue naturali, tutti i termini sono comunemente vaghi, lo sono anche i termini caratterizzati altresì da vaghezza socialmente tipica. Per esempio, ‘prudente’ è socialmente vago ma è anche comunemente vago perché, una volta individuate tramite rinvio le regole per la sua applicazione, vi saranno casi di indubbia prudenza (nelle zone ventose assicurare al balcone i vasi collocati sul parapetto) e di sicura imprudenza (in caso di temporale con fulmini, non attendere che spiova sotto a un pino) ma anche casi incerti (circolare in bicicletta in vie senza piste ciclabili).

## 5.2. *Concetti e norme*

Ciò premesso, per analizzare le fattezze semiotiche delle clausole generali e dei principi, conviene muovere da un punto fermo minimale: mentre le prime sono concetti oppure termini e sintagmi che esprimono concetti, i secondi sono norme. Di conseguenza, le clausole generali, quali concetti, possono essere una componente dei principi e questi ultimi, quali norme, possono eventualmente contenere anche clausole generali.

Le clausole generali, quali termini o sintagmi che esprimono concetti normativo-valutativi, sono caratterizzate da vaghezza socialmente tipica, oltre che dall’ordinaria vaghezza comune di ogni termine della lingua. Le si può ritenere, più precisamente, termini giuridici che esprimono concetti valutativi indeterminati, la cui applicazione cioè richiede una integrazione valutativa:

<sup>30</sup> Ad es. Cass. pen. sez. III, (ud. 11 giugno 2008) 1 ottobre 2008, n. 37274, con riguardo a una zona interessata da una lottizzazione in cui «esisteva vincolo paesaggistico ex L. n. 431 del 1985, in quanto “territorio coperto da bosco”» esamina se trovi o no «applicazione “la disciplina stabilita al riguardo dalla Regione Puglia che ha vietato ogni modificazione dell’assetto del territorio nonché qualsiasi opere edilizia nei «territori coperti da boschi o macchia mediterranea ... e nelle fasce contermini di 100 metri” (L.R. n. 30 del 1990, art. 1, lett. d)».

“il/i cui criterio/i di applicazione non è/sono determinabile/i se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti”<sup>31</sup>.

Per i principi quali norme occorre fare un discorso diverso.

Un principio può contenere un concetto socialmente vago come quello di lealtà (si pensi ad esempio al principio per cui ciascun atleta deve competere in maniera leale) oppure – secondo il lessico preferito dai giuristi – una clausola generale, caratterizzata da vaghezza socialmente tipica o indeterminatezza nel senso visto, come per esempio il principio giuridico, espresso nell’art. 1375 cod. civ., per cui nell’esecuzione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede. Ma un principio può consistere anche di soli concetti comunemente vaghi come il principio cardine di molti popoli che l’ospite deve osservare le usanze del luogo in cui si reca.

### 5.3. Cos’è la ragionevolezza?

In conclusione, la ragionevolezza può essere alternativamente considerata, per elencare solo alcune alternative principali:

i) un *termine/parola della lingua naturale* o un *concetto ordinario*

‘Ragionevole’ è una parola della lingua italiana ad esempio nella frase di uso corrente: ‘non essere cocciuto: sii ragionevole!’. Il significato di questa frase dipende dal concetto ordinario di ragionevolezza.

ii) un *giudizio (pratico) di senso comune*

È ragionevole per il senso comune, per esempio, salutare gli altri in modo diverso a seconda di chi essi sono e delle circostanze.

iii) un *concetto normativo-valutativo*

Il concetto di ragionevolezza è un concetto complesso che consiste di più componenti concettuali, in particolare una componente concettuale normativa e una componente concettuale valutativa. Dicendo che X è ragionevole si portano ragioni a sostegno di X mentre dicendo che X è irragionevole si esclude che ve ne siano. Alla base del ragionamento, sia nel primo caso che nel secondo c’è una scelta di valore<sup>32</sup>. Per esempio, posto che un mezzo

<sup>31</sup> V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 28, vedi tutto § Vaghezza e indeterminatezza, cap. 1.

<sup>32</sup> Ho affrontato la questione specialmente nel cap. 4 di *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano 2008, 203 ss.

efficace per attenuare la fame è mangiare, se si ha fame è ragionevole mangiare qualcosa. Ma, visto che il cibo sazia, è irragionevole ordinare un secondo trancio di pizza, quando si è appena cominciato il primo (sul presupposto che uno solo sia sufficiente a saziare). Il ragionamento si basa su un valore: quello di non essere golosi bensì misurati nell'alimentazione.

iv) un *termine* o un *concetto giuridico*

Per esempio, gli articoli 8 e 25 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, in tema di interpretazione del contratto e di inadempimento essenziale, parlano di 'persona ragionevole' ('*reasonable person*' nella versione ufficiale inglese). Né i due articoli né il resto della Convenzione definiscono espressamente il significato dell'espressione, per cui il concetto di persona ragionevole manca di una definizione giuridica espressa.

v) una *clausola generale*

Come dicevo, le clausole generali sono concetti giuridici o, se si intendono le parole delle disposizioni, termini/sintagmi che esprimono concetti giuridici.

La ragionevolezza, quale clausola generale, è quindi un concetto giuridico e precisamente un concetto giuridico normativo-valutativo, socialmente vago o, per meglio dire, indeterminato, oltre che comunemente vago come ogni altro concetto (giuridico e non).

vi) un *principio giuridico* nel senso di una norma (giuridica).

Il principio giuridico di ragionevolezza può essere declinato in vari modi; non è determinato né quanto ai contenuti (in termini di divieto, obbligo, potere, ecc.), né quanto ai destinatari. Alcune sue enunciazioni potrebbero essere per esempio 'si deve o è fatto obbligo di agire in modo ragionevole' (nella cornice costituzionale di cui s'è detto si potrebbe pensare che abbiano questo obbligo ad es. i pubblici funzionari e in particolare i membri delle istituzioni politiche dello Stato) oppure 'si deve decidere secondo ragionevolezza' (quale regola di giudizio rivolta per es. ai giudici o agli arbitri) o, ancora, 'è vietato comportarsi irragionevolmente' (che potrebbe essere una norma di comportamento per tutti o per i cittadini della Repubblica) e così via.

Nessuno di questi sensi di ragionevolezza esclude gli altri perché ciascuna accezione o determinazione rappresenta un approccio diverso alla ragionevolezza. A seconda degli obiettivi della ricerca si potrà preferire una o l'altra soluzione, quel che importa è che nessuna può essere considerata l'unica corretta o legittima, né è in grado di spiegare da sola i molteplici

usi della ragionevolezza nel diritto. Piuttosto ciascuna ricostruzione alternativa illumina un aspetto della ragionevolezza<sup>33</sup>.

La tesi dell'Autrice che la ragionevolezza sia un principio cioè una norma (e non una clausola generale, un concetto) deriva dall'obiettivo che il libro persegue e cioè di proporre la ragionevolezza come norma a disposizione delle corti per correggere l'autonomia contrattuale in tutti i casi in cui il suo esercizio, secondo le corti, non è conforme alla morale positiva della società.

<sup>33</sup> Come detto, l'elenco formulato nel testo si potrebbe allungare con altre voci, parlando per esempio anche di ragionevolezza come criterio, come parametro, come standard, ecc.