

INTRODUZIONE

Correva l'anno 1984, quando Khairallah metteva in evidenza la comparsa e l'espansione veloce del termine "*raisonnable*" nell'ordinamento francese. Un fenomeno che, a parer dell'Autore, avrebbe comportato sì "*l'avantage d'une souplesse qui assure tout autant une meilleure adaptation de la règle aux circonstances infiniment variables de chaque espèce*", ma che avrebbe altresì seminato nel diritto "*mille germes d'insécurité et d'imprévisibilité*". Ad oggi, questa constatazione sembra più che mai attuale, come evidenziato da numerosi studiosi di diritto privato e comparato, italiani e non, la cui attività costituisce il punto di partenza per questa analisi, la quale condurrà, inevitabilmente, a confermare quanto detto in *ouverture*.

Parlare di *standard* di ragionevolezza significa parlare di concetto relativo, che assume un diverso significato a seconda dell'ordinamento giuridico nel quale opera, composto dei propri valori e delle proprie ideologie. In questo senso, ben più stretto era il legame della ragionevolezza con la buona fede di diritto romano, in quanto moralità, fede e diritto erano spesso ricondotti ad unità; mentre, da un punto di vista sincronico, diversa è la portata del concetto in un sistema di diritto codificato come quello continentale rispetto al rilievo che essa assume in un sistema di *common law*.

La ragionevolezza, da sempre considerata come una "nozione opaca, allusiva, polimorfa e sfuggente", ha sempre avuto qualche rapporto con il diritto e rivestito in esso una certa importanza, mentre molto più recente e nient'affatto scontato è il suo rilievo nel diritto contrattuale. Non v'è dubbio che fino all'inizio degli anni Novanta la storia della ragionevolezza nel nostro ordinamento è stata pressoché circoscritta al diritto costituzionale, con le dottrine dell'interpretazione costituzionale e con il suo ruolo di "*tertium comparationis*" e, per certi versi, al diritto amministrativo. La ragionevolezza è stata spesso accostata al principio di eguaglianza, ex art. 3 della Carta Costituzionale, e, in modo particolare, al binomio "giustizia/equità". Diversamente, allo stato attuale delle cose, è possibile ormai affermare che lo *standard* di ragionevolezza goda di una piena cittadinanza nel diritto privato internazionale, europeo, e nazionale.

Lo scopo precipuo del presente lavoro sarà quello di qualificare, innanzitutto, la ragionevolezza all'interno delle categorie dogmatiche e concettuali più familiari al nostro ed agli altri sistemi giuridici appartenenti alla tradizione giuridica continentale. Da questa analisi, condotta principalmente lungo le righe del Capitolo I, si ricaveranno delle considerazioni importanti. Il preludio alle conclusioni alle quali si giungerà al termine dello stesso è, certamente, costituito dalla qualificazione che si è deciso di attribuire alla ragionevolezza: non principio, non clausola generale, bensì *standard*. Parlare di *standard*, a nostro avviso, significa rendersi consapevoli della dimensione ultranazionale del concetto in esame e delle origini dello stesso. Ci si chiederà, infatti, se la ragionevolezza rinvenga i suoi fondamenti nel diritto romano, nel diritto dell'Unione europea, ovvero nella *common law* angloamericana, anticipando, già in questa sede, che la soluzione non sarà così scontata.

Il Capitolo II sarà interamente dedicato al ruolo della ragionevolezza nel processo di armonizzazione europeo e transnazionale. La creazione di un mercato unico aveva richiesto, sin dalle sue origini, regole uniformi che consentissero di “abbattere le frontiere” alla libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali. Dal punto di vista giuridico, il processo di armonizzazione europeo si presenta come un processo lento e graduale, che tende verso un Codice Europeo dei contratti, ma che sistematicamente viene vinto dalle perplessità politiche ed accademiche. Nonostante questa difficoltà, il diritto europeo ha certamente influenzato il diritto dei contratti, anche per mezzo dello *standard* di ragionevolezza. Esso, infatti, rappresenta forse il tentativo meglio riuscito di costruire un “ponte sulla Manica”, di superare, cioè, quelle differenze linguistiche e concettuali che da sempre tengono divise “le due anime divise” della tradizione giuridica occidentale: la *common law*, con la sua regola del precedente, i suoi canoni efficientistici, la sua logica snella e veloce; la *civil law*, con l'eleganza dei suoi codici, la preminenza delle sue Costituzioni, il ruolo fondante della legge scritta e della sua interpretazione.

Come una figlia di questo processo di ravvicinamento delle legislazioni, ecco, dunque, che si inserisce, con impatto dirompente, nel discorso giuridico europeo, la riforma del diritto francese dei contratti e delle obbligazioni ad opera della *Ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016. Il discorso si sposterà, così, in Francia, ed

essa sarà la protagonista principale del Capitolo III. Posto che, da decenni, il *Code Napoléon* aveva perso la *grandeur* che per secoli l'aveva caratterizzato, il legislatore francese, sulla scorta dei principi europei di diritto contrattuale, ha predisposto, di recente, un testo di riforma importante, sia per la quantità di articoli sui quali esso va ad incidere, sia per le conseguenze ch'esso produrrà sul diritto nazionale degli Stati membri dell'Unione. Riuscirà, ancora una volta, la Francia, a fungere da sistema trainante in una prossima stagione di riforme? Sicuramente, l'esperienza francese è da considerarsi un esordio degno di nota.

CAPITOLO I – LE ORIGINI DEL CONCETTO DI RAGIONEVOLEZZA E LA RICERCA DEI SUOI FONDAMENTI: TRADIZIONI GIURIDICHE A CONFRONTO

Lume v'è dato a bene e malizia
(Dante Alighieri)

1. Le radici romanistiche e filosofiche della ragionevolezza: *rationabilitas* e razionalità

È opinione assai diffusa quella per la quale il concetto di ragionevolezza sia qualcosa di “estraneo” alla tradizione giusprivatistica di *civil law*¹ e che vi sia stato trapiantato² ad opera del processo di armonizzazione del diritto a livello europeo. Senz'altro, come è stato messo in evidenza da autorevoli autori³, si è registrato un forte incremento nell'utilizzo dello *standard* di ragionevolezza nei testi legislativi continentali, dovuto proprio all'influenza della *common law* americana e anglosassone, attraverso le direttive e i progetti di armonizzazione del diritto privato.

¹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Esi, p. 2.

² La nozione di *trapianto*, inteso come trasferimento di una norma o di un sistema giuridico da un paese all'altro o da un popolo all'altro, fu coniata da Alan Watson nel 1974 nel suo libro “*Legal Transplants: an Approach to comparative law*”, come riflesso di quella moda culturale che nel XIX secolo trasponeva sui fenomeni giuridici metafore delle scienze naturali. Sul trapianto di norme e sui flussi giuridici, si vedano, ad esempio, G. AJANI, B. PASA, *Diritto comparato: Casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 102; V. BARSOTTI, V. VARANO, *La tradizione giuridica occidentale: testi e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 16.

³ su tutti, S. ZORZETTO, *Reasonableness*, in *The Italian Law Journal*, vol. 1, Napoli, Esi, 2015, p. 107 e ss., per la quale “(the) extension of the reasonable especially in private and contract law is said to depend on the increasing influence of American and English common law, as well as the effect of international treating and general customs such as the well-known *lex mercatoria*, where reasonableness is a long-standing notion”; così anche E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 4, 2012, p. 953 e ss., la quale analizza lo *standard* di ragionevolezza nel diritto europeo alla luce delle direttive europee, dei progetti di armonizzazione, del *Draft Common Frame of Reference*, sino alla Proposta di regolamento sulla vendita. In particolare, l'Autrice ritiene che lo sviluppo e la diffusione dello *standard* di ragionevolezza sia dovuto all'esigenza di dotarsi di “regole facilmente condivisibili”, che siano “familiari rispetto alla maggior parte degli ordinamenti”. Del resto, l'articolo mette in evidenza come, in questo processo, l'utilizzo di *standard* e di clausole generali possa aggregare il diritto degli Stati membri, seppur valorizzandone le peculiarità nazionali, grazie alla caratteristica della “flessibilità”.

Eppure, è altrettanto facile trovare autori che sono di un diverso avviso. Essi ritengono, cioè, che la ragionevolezza non sia qualcosa di avulso dalla nostra tradizione giuridica, ma che, al contrario, essa trovi le sue origini proprio nella cultura romanistica. In modo particolare, è stato affermato che “considerare la nozione di ragionevolezza estranea alla nostra cultura giuridica è il riflesso della poca attenzione riservata da alcuni civilisti alla tradizione di diritto romano⁴”. Infatti, sia nel diritto canonico che nello *ius commune* di epoca medievale, il concetto di ragionevolezza (in latino, *rationabilitas*) è “profondamente impresso” nel pensiero giuridico continentale e il suo utilizzo trova origine nell’antica Roma⁵. Nel diritto romano, invero, è forte il richiamo al senso del giusto, dell’equo, della “domanda di giustizia”, che ritroviamo, poi, anche nell’*equity* delle corti inglesi secoli più tardi.

“*Rationem dicere*”, per Cicerone⁶, significava appunto tenere un comportamento razionale, lasciarsi condurre dalla ragione⁷. Non è un caso se di comportamento razionale è possibile rinvenir traccia anche nella drammaturgia sofoclea (qualora si voglia ricercare le radici della ragionevolezza in tempi ancor più antichi): “fa onore a un uomo, per quanto sapiente egli sia, continuare ad imparare senza chiudersi nell’ostinazione”⁸ diceva Emone a suo padre Creonte per tentare di scongiurare la condanna a morte di Antigone contro l’opinione diffusa della città⁹.

⁴ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, op. cit., p. 2.

⁵ S. ZORZETTO, *Reasonableness*, op. cit., p. 109.

⁶ CICERONE, *Oratur ad M. Brutum*, 116: “*Et quoniam in omnibus quae ratione docentur et via primum constituendum est quid quidque sit nisi enim inter eos qui disceptant convenit quid sit illud quod ambigitur, nec recte disseri umquam nec ad exitum perveniri potest, explicanda est saepe verbis mens nostra de quaque re atque involuta rei notitia definiendo aperienda est, si quidem est definitio oratio, quae quid sit id de quo agitur ostendit quam brevissime; tum, ut scis, explicato genere cuiusque rei videndum est quae sint eius generis sive formae sive partes, ut in eas tribuatur omnis oratio*”.

⁷ G. WEISZBERG, *Le “Raisonnable” en Droit du Commerce International*, Université Panthéon-Assas, Parigi, 2003, par. 7, consultabile in [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/reasonableness.html>].

⁸ SOFOCLE, *Antigone*, v. 680.

⁹ M. CUONO, *Tra arbitrarietà e ragionevolezza. Riflessioni analitiche di teoria politica e giuridica*, intervento al XVII seminario italo-espagnolo-francese di Teoria del Diritto, 2011, p. 6; sul punto, si veda anche F.G. SOURGENS, *Reason and Reasonableness: the necessary diversity of the common law*, in 67 Me. L. Rev. 73, 2014, p. 73 e ss., il quale fa riferimento alla tragedia di Antigone analizzandola in correlazione allo *standard* di ragionevolezza. In modo particolare, l’Autore sottolinea come “*reasonableness recognises that there is not one absolute rule of conduct premised upon moral or religious command. Instead, law depends*

Qualcuno¹⁰ ha messo in evidenza come nel diritto romano ed intermedio la ragionevolezza rileva principalmente come criterio interpretativo. In modo particolare, si fa riferimento, nelle fonti, all'opinione del giurista Celso relativa ad un problema di competenza territoriale e ad un altro parere concernente l'interpretazione di una disposizione testamentaria. Altre tracce di questa considerazione le si rinvengono in Ulpiano e Pomponio. Quest'ultimo, in particolare, utilizza il concetto di *rationabilitas* con riferimento all'interpretazione di un contratto. Il termine *rationabilitas*, però, non coincide perfettamente con l'espressione "standard di ragionevolezza", per una duplice ragione. La prima è che solo negli ultimi tempi si è parlato di *standard* con riferimento alla ragionevolezza, mentre nella riflessione giuridica che parte dagli anni Cinquanta e che ancora oggi permane nello studio di tanti giuristi¹¹, è ancora aperto il dibattito sul posto che questo concetto occupa nelle categorie dogmatiche che sono più familiari alla nostra tradizione – si pensi ai concetti di clausola generale, concetto indeterminato, principio. La seconda ragione è esposta in maniera efficace e sintetica da Silvia Zorzetto nel suo saggio "La

upon the reciprocal regard for the interests of other – even particularly those others holding different moral, religious, and political point of view". Nello stesso articolo, l'Autore spiega come ragionevole sia ciò che il popolo (*the group*) ritiene sia tale in un dato momento storico. L'esempio che pone è quello della società spartana: ogni anno, gli *efori* (governanti e membri delle magistrature spartane) dichiaravano una simbolica guerra agli *iloti* (schiavi e soggetti destinati ai lavori agricoli) per formalizzare lo stato dei rapporti tra le due classi. In quei giorni era lecito commettere aggressioni e torture nei confronti degli *iloti* senza che questo comportamento venisse considerato riprovevole. Al contrario, questi erano atti considerati "ragionevoli" al fine di raggiungere l'obiettivo di creare una città-stato potente ed in salute. Non a caso, la società spartana è considerata dagli studiosi di *Law and Economics* per queste ed altre regole che potremmo definire "efficientistiche".

¹⁰ E. NALLI, *Sui fondamenti romanistici del diritto europeo in materia di obbligazioni e contratti*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, vol. 2, 2013, p. 6.

¹¹ Sul punto, si vedano anche S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 2005, p. 48 e ss., il quale si interroga per rispondere al quesito se la ragionevolezza possa o meno essere intesa come "concetto giuridico indeterminato" o come "clausola generale"; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 114, il quale asserisce che, stante l'impossibilità "di concepire concetti e nozioni isolatamente" e di equiparare o sovrapporre la ragionevolezza alle tradizionali clausole generali, la ragionevolezza può allora essere un "criterio utile per l'interpretazione e la concretizzazione delle c.d. clausole generali". In un altro articolo, successivo alla monografia di cui sopra, S. TROIANO, *Ragionevolezza e concetti affini: il confronto con buona fede ed equità*, in *Obbligazioni e contratti*, Torino, Utet, 2006, p. 692, l'autore osserva che "se è vero che la ragionevolezza non si identifica né con la buona fede né con la diligenza (...) si può affermare che essa costituisce una componente di riequilibrio che opera all'interno della buona fede e della diligenza e in funzione complementare ad esse".

*ragionevolezza dei privati*¹². L'autrice colloca il termine *rationabilitas* nel diritto canonico, analizzandone la relazione con la ragionevolezza così come intesa nel nostro ordinamento. L'originalità del termine *rationabilitas*, infatti, è da ricercare innanzitutto nella speciale natura dell'ordinamento della Chiesa, dove elemento giuridico ed elemento teleologico si fondono. Nel diritto canonico, la *rationabilitas* viene intesa come coerenza ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico della Chiesa e alla concezione di vita propria del cristianesimo e viene usata come criterio di "ordine, misura, giustizia" per valutare quanto "razionabile" sia una consuetudine. Dunque, una consuetudine è ragionevole quando, oltre ad essere conforme alla realtà naturale, concorre alla promozione del bene comune. Nel diritto canonico, quindi, la *rationabilitas* costituisce la *ratio legis*¹³ del canone nel senso più pieno, cioè come congruenza sostanziale del sistema, e realizza la perfetta congiunzione tra la lettera della legge e lo spirito del diritto. Un po' come scriveva Carlo Lavagna negli anni Settanta con riferimento alla ragionevolezza: attraverso di essa "il guscio vuoto rappresentato dalla prescrizione legislativa viene a volta a volta riempito di contenuti normativi che variano (e devono variare) precisamente in relazione al possibile evolversi dei contesti umani e in funzione della varietà della fattispecie"¹⁴.

Ciò che è emerso da un'attenta analisi delle prospettive fin qui esposte, è che coloro i quali rinvennero le radici della ragionevolezza nel diritto romano, ricollegano questo concetto a quello di certezza del diritto. Al contrario, un'altra considerevole parte degli studiosi del diritto civile - ma non solo - ha individuato le radici della ragionevolezza nella corrente di pensiero denominata "giusnaturalismo" o "dottrina del diritto naturale".

Secondo Hobbes il diritto di natura, che gli scrittori chiamano comunemente *ius naturale*, è la libertà che ciascuno ha di usare il proprio potere a suo arbitrio per la conservazione della sua natura, cioè della sua vita e conseguentemente di fare qualsiasi cosa che, secondo il suo giudizio e la sua ragione, egli concepisca come il

¹² S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, FrancoAngeli, 2008, p. 66 e ss.

¹³ S. ZORZETTO, *ibidem*.

¹⁴ A. RUGGERI, *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2016, p. 56.

mezzo più idoneo a questo fine¹⁵. Il libero arbitrio del quale ogni uomo è dotato, consentirebbe dunque di poter discernere il giusto dall'ingiusto, il morale dall'immorale, il ragionevole dall'irragionevole.

Emergerebbe, così, un ulteriore significato attribuibile al concetto di ragionevolezza: ragionevole, secondo il giusnaturalista, sarebbe ciò che deriva dalla ragione, ciò che consente di analizzare il mondo che ci circonda al di là dei pensieri morali¹⁶. Allo stesso modo, molti anni più tardi, il filosofo tedesco Robert Alexy afferma che il concetto di ragionevolezza ha una “funzione simile alla verità”¹⁷. Secondo l'autore, il passo in avanti che deve essere fatto è quello di spostare l'attenzione da “chi è ragionevole” a “cosa è ragionevole” ed approda all'espressione “ragionevole certezza” per spiegare questo confronto.

Ora, il concetto di ragionevolezza ha senz'altro sollecitato l'interesse dei moderni filosofi del diritto impegnati sia ad individuare i tratti semantici propri di questo concetto, sia ad individuare i rispettivi confini con il concetto di razionalità¹⁸. In questo senso, meritevole di una particolare attenzione è, ancora una volta, il lavoro già citato di Silvia Zorzetto, la quale indaga sulle premesse filosofiche della ragionevolezza nel pensiero giuridico, al fine di chiarirne il significato.

Un secondo punto di vista molto interessante è pure quello offerto da Erika Giorgini¹⁹. L'autrice, infatti, sostiene che l'idea di ragionevolezza si afferma con l'emergere del principio personalistico. Il porre al centro la persona determina inevitabilmente la mancanza di un'idea *standard* di bene comune e, di conseguenza, non si può determinare ciò che è ragionevole e ciò che non lo è senza considerare che

¹⁵ T. HOBBS, *Leviathan*, 1651, cap. XIV.

¹⁶ sul punto, G. RADBRUCH discorreva di “*leggi che mancherebbero del senso di verità*”.

¹⁷ M. CUONO, *Tra arbitrarietà e ragionevolezza. Riflessioni analitiche di teoria politica e giuridica*, op. cit., p. 7.

¹⁸ P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 8.

¹⁹ E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2010. Lo stesso è commentato da S. ZORZETTO, *Ragionevolezza, politica del diritto e semiotica giuridica. Considerazioni in margine al libro “Ragionevolezza e autonomia negoziale”*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, 2010, pp. 601 e ss.

la razionalità non deve perseguire l'universale assoluto, ma l'universale rispetto a qualcuno o a qualcosa²⁰.

2. La ragionevolezza come concetto di derivazione europea ed il suo ruolo nel processo di ravvicinamento delle legislazioni

Stefano Troiano ha più volte precisato, analizzando i diversi significati attribuibili alla ragionevolezza, che nonostante il termine “*reasonableness*”²¹ affondi le sue radici nel diritto romano, esso ha certamente una tradizione più forte nel diritto anglosassone (come si vedrà di seguito, l'autore analizza la ragionevolezza con riferimento alla disciplina dei *Torts*) e, proprio per mezzo di esso, il concetto in esame ha influenzato tutta la disciplina dei contratti anche nel diritto continentale. Dunque, è, ad oggi, prevalente, l'opinione per la quale la ragionevolezza affondi le sue radici nella *common law* e che possa essere considerata come un concetto di derivazione europea. Per questo motivo, su questo aspetto si soffermerà in misura maggiore l'analisi che si va conducendo.

Invero, è possibile affermare che oggi il concetto di ragionevolezza goda di piena cittadinanza anche nel diritto italiano - ma verranno considerati in seguito anche altri sistemi giuridici, ed in particolar modo, quello francese, che da ultimo è stato terreno di riforme proprio in questo senso - sia a seguito del proliferare dei normali strumenti normativi europei²² ma anche, o forse soprattutto, a seguito dei tentativi di

²⁰ sul punto, F. VIOLA, *La ragionevolezza politica secondo Rawls*, in C. VIGNA (a cura di), *Etiche politiche della post-modernità, Vita e pensiero*, Milano, 2003, pp. 163-181, per il quale “oggi la problematica della ragionevolezza deve riuscire a far coesistere l'eguaglianza con l'equità. Nel regime del pluralismo il sacrificio delle differenze in nome dell'universalità della regola si considera intollerabile”.

²¹ si veda S. TROIANO, *Das Konzept den “Reasonableness” als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystem*, Verona, 2008, par. II, consultabile in [<https://www.csecl.uva.nl>]. L'autore spiega la ragione per la quale preferisce parlare di “*reasonableness*” anziché usare i termini “ragionevolezza” o “*Vertnünftigkeit*”.

²² si vedano, a titolo esemplificativo: *Direttiva 374/85* sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso; *Direttiva 13/93* sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, ove, ex art. 3, possono essere dichiarate abusive le clausole con le quali si autorizza il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso, salvo che gli sia fatto obbligo di informare con un ragionevole preavviso il consumatore e che questi sia libero di recedere dal contratto; *Direttiva 44/99* su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, ove i termini ragionevole/ragionevolmente appaiono ben 9 volte, e, su tutte, il considerando n. 11,

armonizzazione del diritto privato²³, nonché, in una prospettiva transnazionale, ai Principi UNIDROIT.

Più in particolare, si possono individuare due diverse direttrici²⁴: da un lato, il movimento per l'uniformazione del diritto e dei contratti internazionali e del diritto internazionale privato; dall'altro, l'intensificarsi degli interventi del legislatore europeo, attuati principalmente attraverso le direttive, volti al ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri. Da questo punto di vista, è stato osservato che l'utilizzo del termine "ragionevole" non solo viene usato con una sempre maggiore frequenza, ma talora si vuole anche tendere, con precisa consapevolezza, ad attribuire allo stesso la funzione di vero e proprio strumento di ravvicinamento delle legislazioni²⁵. Dal punto di vista italiano, un esempio di incidenza delle direttive europee sul diritto nazionale è costituito certamente dalle norme in materia di contratti del consumatore. In un primo momento il legislatore aveva recepito le norme comunitarie, per così dire, a mo' di macchia di leopardo, andando cioè ad operare su norme già presenti nel codice civile. Questi interventi, così disomogenei, sono stati poi sostituiti nel 2005 dal d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del

per il quale *“il consumatore può chiedere al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, un rimedio sarebbe sproporzionato se imponesse costi irragionevoli rispetto a un altro rimedio, per stabilire che i costi sono irragionevoli bisogna che i costi di un rimedio siano notevolmente più elevati di quelli dell'altro rimedio”*; Direttiva 47/02 sui contratti di garanzia, in particolare art. 4, par. 6.

²³ su tutti: PECL, *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Proposta di Regolamento sul diritto comune europeo della vendita.

²⁴ S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op.cit., p. 10.

²⁵ Il “ravvicinamento delle legislazioni” è un meccanismo normativo finalizzato all'integrazione del sistema europeo, secondo quanto delineato, in origine, dall'art. 3, lett. h) del Trattato CEE (norma poi abrogata) che lo configurava come strumentale al funzionamento del “mercato comune” cui ricorrere “nella misura necessaria” alla realizzazione dello stesso. Attualmente, l'art. 114 TFUE ne prevede il procedimento: *“salvo che i Trattati non dispongano diversamente, (...) il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno”*. Sul ravvicinamento delle legislazioni, si veda anche S. MIGLIORINI, *Il ravvicinamento delle legislazioni nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea e dei suoi effetti nel diritto interno. Le tecniche del ravvicinamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, speciale PRIN 2008, fasc. 3/2012, Rivista telematica consultabile in [<https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-prin-2008>]

consumo. Ad esempio, si guardi alla direttiva 85/374 sulla responsabilità da prodotti difettosi. In modo particolare, se si legge la definizione che la stessa dà del prodotto difettoso all'art. 6.1, si può rinvenire un riferimento alla ragionevolezza: *“un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui: a) la presentazione del prodotto, b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato, c) il momento della messa in circolazione del prodotto”*. Tale riferimento alla ragionevolezza è stato recepito, all'art. 102 del Codice del Consumo, come uno dei parametri alla stregua del quale valutare la sicurezza di un prodotto²⁶. Da ciò se ne ricava che, se si innalza lo sguardo anche al di sopra del codice civile, e si passa a considerare il quadro della più recente legislazione speciale, si disvela nel diritto privato italiano uno spazio di utilizzazione della ragionevolezza straordinariamente ampio²⁷.

A questo punto viene da chiedersi se, effettivamente, si vuole che la ragionevolezza costituisca un mezzo per raggiungere il ravvicinamento delle diverse esperienze giuridiche - in modo più intenso su temi particolarmente delicati, come i contratti di scambio - ovvero se, in realtà, si tratti di qualcosa di inevitabile, che il legislatore europeo e quello nazionale si limitano ad accettare e a recepire. Tra l'altro, come si vedrà in seguito, questo dilemma produce non poche conseguenze, considerando che, attualmente, la maggioranza dei paesi europei “appartiene alla stessa tradizione giuridica”, e che questa tradizione giuridica, almeno fino a qualche tempo fa, aveva

²⁶ Art. 103, c. 1, l. a) Codice del Consumo: *“Ai fini del presente titolo si intende per: a) prodotto sicuro: qualsiasi prodotto, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera e), che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone in funzione, in particolare, dei seguenti elementi: 1) delle caratteristiche del prodotto, in particolare la sua composizione, il suo imballaggio, le modalità del suo assemblaggio e, se del caso, della sua installazione e manutenzione; 2) dell'effetto del prodotto su altri prodotti, qualora sia ragionevolmente prevedibile l'utilizzazione del primo con i secondi; 3) della presentazione del prodotto, della sua etichettatura, delle eventuali avvertenze e istruzioni per il suo uso e la sua eliminazione, nonché di qualsiasi altra indicazione o informazione relativa al prodotto; 4) delle categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani”*.

²⁷ S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 17.

a disposizione altri concetti, equivalenti per certi versi, ma differenti per altri, come la buona fede, ad esempio, e nei confronti dei quali diviene preminente il bisogno di tracciare un distinguo. Invero, è necessario dedicare alla nozione di ragionevolezza il massimo dell'attenzione, anche al fine di scongiurare il rischio che essa dilaghi negli ordinamenti nazionali sovrapponendosi a strumenti e concetti già consolidati, o rimpiazzandoli del tutto, senza che da ciò possa derivarne alcun vero giovamento in termini di certezza del diritto e di ravvicinamento delle legislazioni²⁸. Diventa, dunque, importante, verificare se si possa parlare di sovrapposizione o concorrenza tra concetti. Ad esempio, molto spesso la ragionevolezza è stata considerata come un "doppione concettuale"²⁹ della buona fede oppure dell'equità. Un ulteriore parallelo interessante è stato, poi, quello tra lo *standard* della persona ragionevole e il modello della diligenza del buon padre di famiglia, di cui si parlerà in seguito. Ciò che ora preme sottolineare è che, dunque, è forte il desiderio di capire se alla ragionevolezza possano essere attribuiti un significato e una portata suoi propri, oppure trattasi di una equivalenza funzionale con altre clausole generali³⁰.

Al di là delle ricostruzioni che rinvergono le radici della ragionevolezza nel diritto romano, è assolutamente indubbio che essa sia entrata a far parte del ragionamento giuridico degli ordinamenti continentali ad opera del diritto europeo. Ciò, tuttavia, non deve portare a conclusioni affrettate. Una cosa è affermare che, per mezzo dei testi, vincolanti o persuasivi che siano, la ragionevolezza abbia trovato nel diritto

²⁸ S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 40.

²⁹ L'espressione "doppione concettuale" è qui utilizzata da chi scrive in relazione alla ragionevolezza. Tale locuzione, però, era stata forgiata da R. SACCO, nel saggio "*Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*", in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, p. 373 e poi citato da G. D'AMICO nell'articolo *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 7/2011, p. 653.

³⁰ Sulla ragionevolezza intesa come clausola generale, si vedano anche: S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Cedam, 2005, pp. 47 e ss., C. SCOGNAMIGLIO, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 802. Diversamente, E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, ESI, 2010, p. 29, per la quale "*pare di potersi affermare con una certa sicurezza che la ragionevolezza rappresenta un tipico caso di c.d. termine di confine sistematico, di un termine, cioè, attraverso il quale il sistema giuridico entra in contatto con la realtà... e (citando P. FEMIA) per mezzo del quale il sistema giuridico riesce ad essere significante, comunicando ai destinatari una complessa e interminabile architettura di direttive e di funzioni*". Sui "termini di confine", si veda P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 38 e ss.

europeo un terreno fertile per la crescita del suo impiego, altra cosa è affermare che ivi trovi il suo natale. Tra l'altro, chi scrive ritiene che, effettivamente, prima che si facesse strada l'esigenza di trovare delle regole comuni a livello europeo, i sistemi continentali pure avevano - e conservano tutt'ora, determinando, così, dei problemi circa la ricerca di una linea di demarcazione tra l'uno e l'altro - dei concetti, delle "clausole generali" che consentivano di ampliare la portata del significato di una norma al di là del solo dato letterale, come la buona fede, ad esempio. Ed allora, si potrebbero ragionevolmente affermare due cose: la prima è che la necessità di ricorrere al termine ragionevolezza nasce dall'esigenza di conciliare i concetti propri della tradizione continentale con quelli propri della *common law*, di creare, cioè un ponte tra le due tradizioni giuridiche; la seconda è che lo *standard* di ragionevolezza rinviene più propriamente i suoi fondamenti nella esperienza anglo-americana di *common law*.

3. Ragionevolezza e *common law*. L'esperienza anglosassone

È affermazione ricorrente quella per cui il canone della ragionevolezza "permea intensamente e interamente di sé ogni angolo del sistema di *common law*"³¹. Nella *common law* inglese, il concetto di ragionevolezza è certamente da ricollegare al concetto di *equity* intesa come "*justice under circumstances*"³², prima ancora di arrivare allo stereotipo del "*man on the Clapham omnibus*". Nelle società primitive, scriveva Newman³³, il diritto era la volontà divina, riconosciuta attraverso gli auspici e le rivelazioni. Ma lì, nel diritto primitivo, non c'era spazio per adattare le regole alle circostanze del caso concreto. Solo dopo molti secoli, Aristotele scriveva: "*la legge è sempre una norma universale, mentre di alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente in universale... ed è questa la natura dell'equo: un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità*"³⁴. Del resto, tutta la *common law* trova la sua origine nel diritto naturale, nella *law of reason*, una ragione, però, fondata sulla esperienza.

³¹ S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 81, il quale cita, a sua volta, G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 725.

³² sul punto, interessante il parallelo con il IV Emendamento della Costituzione Americana.

³³ R. A. NEWMAN, *La nature de l'Équité en droit civil*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 16 N. 2, avril-juin 1964, pp. 289-295.

³⁴ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Libro V, 10, 1137b.

In effetti, proprio la nascita della giustizia di *equity* anglosassone, deriva da questa esigenza: la rigidità del sistema dei *writs* e della giustizia regia, aveva reso sempre più alto il numero di litiganti insoddisfatti che si recava a chiedere giustizia al Cancelliere del Re (di regola, un ecclesiastico) che, con il pretesto di amministrare l'*aequitas*³⁵, sovvertiva le decisioni di *common law*, applicando quei principi che la sua conoscenza del diritto canonico e della dottrina della Chiesa doveva fargli percepire come equi³⁶. Ben presto, la *Court of Chancery* divenne un Corte monocratica dotata di un proprio personale e di una propria avvocatura: il Cancelliere agiva *in personam*, prendendo in considerazione i caratteri peculiari di ciascuna lite ed indagandone i fatti oltre la mera superficie della rigida *littera legis* o delle strette regole processuali³⁷ - da qui, la denominazione "*court of conscience*". Con il tempo, il sistema di *equity* si consolidò accanto a quello di *common law*, procedendo su due binari paralleli: "*equity follows the law*", si dice, per dimostrare che "*equity does not replace or violate the law, but it backs it up and supplements it*".³⁸

Dunque, storicamente, è possibile inserire il concetto di *reasonableness* nel mezzo della dicotomia tra diritto comune ed *equity*. Più recentemente, per compensare l'applicazione, a volte troppo rigida, della regola del precedente, i giudici di *common law* hanno fatto ricorso alla tecnica del *distinguishing*. Attraverso di essa, il giudice esclude l'applicabilità di uno specifico precedente al caso di specie sulla base delle sottili differenze in fatto che possano marcare una certa distanza fra la fattispecie portata al suo esame e la fattispecie in passato decisa da altro giudice, sempre che tali differenze si possano considerare rilevanti per la questione da decidere. In altri termini, con il *distinguishing* il giudice dimostra che l'identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente. Però, è stato

³⁵ U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 14 e ss.

³⁶ Sul collegamento tra *equity* e diritto canonico, si veda anche S.A. SIEGEL, *The Aristotelian Basis of English Law, 1450-1800*, in *New York University Law Review*, vol. 56, n. 18, Aprile 1981.

³⁷ U. MATTEI, *Il modello di common law*, op. cit.

³⁸ *Legal dictionary*, consultabile in www.legal-dictionary.thefreedictionary.com.

evidenziato che questa libertà debba comunque essere contenuta entro certi limiti³⁹: in tanto si può andare a “*distinguishing*” od “*overruling*” sulla regola del precedente, in quanto tali operazioni appaiano *ragionevoli*. Del resto, sempre René David aveva spiegato come tutta la *common law*, nel diritto inglese, nasceva, in origine, come “un diritto fondato sulla ragione, per evitare il rischio dell’arbitrio incontrollato, prima che si fosse affermato un diritto stabile del Regno e prima che i giudici potessero appoggiarsi sulla regola del precedente”⁴⁰.

È agevole, a questo punto, spiegare il collegamento tra l’*equity* e la ragionevolezza. A parer nostro, è proprio nel sistema di *common law* e nelle decisioni di *equity*, che la ragionevolezza inizia ad assumere il significato che si intende attribuire in questa sede. Vi sono, infatti, fonti del XVIII secolo che testimoniano il rifiuto della *Court of Chancery* di concedere l’esecuzione in forma specifica di un contratto irragionevole⁴¹.

L’importanza della ragionevolezza come strumento di controllo sulla causa del contratto e, in modo particolare, sulle clausole contrattuali, assume rilevanza anche nell’*Unfair Contract Terms Act* del 1977 (e nelle *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* del 1994 e del 1999), riguardante le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità e che si applica ai contratti aventi ad oggetto un’attività commerciale e ai fatti illeciti occorsi in occasione della stessa. Più nello specifico, con riferimento alla responsabilità contrattuale, l’UCTA stabilisce la validità delle clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale per *negligence* in caso di danni alle cose o persona delle stesse purché siano ragionevoli in base ad un *reasonableness test*. Di conseguenza, in base allo stesso, una clausola è considerata “*fair and reasonable*” con riguardo alle circostanze conosciute o conoscibili dalle parti al momento della conclusione del contratto⁴².

³⁹ G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, op. cit., par. 33, il quale cita R. DAVID nelle note n. 49-50.

⁴⁰ *Ibidem*, traduzione libera.

⁴¹ A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2015, p. 441.

⁴² C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Giuffrè, 2008, p. 151.

In riguardo particolare allo *standard* del *reasonable man*, è possibile affermare che, nel diritto inglese, l'anno zero dello stesso si rinviene in una decisione del 1837, c.d. caso *Vaughan v. Menlove*. Tuttavia, è stato evidenziato⁴³ che questa figura ha diversi episodi precursori nel XVIII secolo. Prima di allora, il diritto inglese aveva solo occasionalmente fatto proprie espressioni tipiche della famiglia di *civil law*, come “*the good father of the family*” oppure “*the firm man*”, confinandole, però, all'interno di specifici ambiti applicativi. Poi, un primo punto di svolta è stato individuato in un caso del 1703, c.d. caso *Jones*⁴⁴, il quale affrontava una questione di responsabilità penale per frode, usando lo *standard of reasonable man*⁴⁵ non già per esemplificare una virtù o un comportamento ovvero per determinare la responsabilità di un soggetto, ma per tracciare una linea di demarcazione tra danno e responsabilità civile e penale. Un uomo si era finto mandatario del creditore e si era recato dal debitore a riscuotere la somma di 20 sterline. Il debitore, in un primo momento pagò, ma poi si rese conto del suo errore. Il *Queen's Bench* respinse la sua domanda, argomentando che l'inganno sarebbe stato perseguibile penalmente solo se la truffa fosse stata tale che “*a person of ordinary capacity*” non avrebbe potuto scoprirla.

In ogni caso, il *leading case* per quanto riguarda lo *standard of reasonable man* resta il caso *Vaughan v. Menlove* del 1837⁴⁶. Il caso riguardava un incendio scoppiato spontaneamente, che si era propagato dalla proprietà del convenuto ad un pagliaio sito in quella dell'attore. Nel caso di specie, il giudice ritenne che il convenuto fosse tenuto a rispondere del proprio comportamento sulla base del seguente principio: “*there is a rule of law which says you must so enjoy your own property as not to*

⁴³ S. STERN, *R. v. Jones (1703): the Origins of the Reasonable person*, in P. HANDLER, H. MARES, I. WILLIAM (a cura di), *Landmark cases in Criminal law*, Bloomsbury Publishing, 2017, p. 59.

⁴⁴ *R. v. Jones (1703)* 1 Salk. 379, 91 Eng. Rep. 330.

⁴⁵ Sullo *standard* del *reasonable man*, si vedano, tra gli altri, S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 80 e ss.; V. NOURSE, *After the Reasonable man: getting over the Subjectivity Objectivity question*, in *11 New Crim. L. Rev.* (2008), pp. 33-50; J. GARDNER, *The many faces of the Reasonable person*, in *Law Quarterly Review*, 131 (Oct), p. 563-584; A.D. MILLER, R. PERRY, RONEN, *The Reasonable Person*, in *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, pp. 323-392.

⁴⁶ *Vaughan v. Menlove*, 3 Bing NC, 132 Eng. Rep. 490 (Court of Common Pleas, 1837) consultabile in [<https://www.e-lawresources.co.uk>].

injure that of another".⁴⁷ Ciò, però, che interessa a chi scrive è che qui il giudice veniva chiamato a stabilire come si sarebbe comportato, nelle stesse circostanze "a reasonable man" e, pertanto, stabilire cosa dovesse considerarsi "reasonable".

Qualche anno dopo ci fu un secondo caso, legato anch'esso al *tort of negligence*, il c.d. caso *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.*⁴⁸ Il convenuto in questo caso era la *Birmingham Waterworks Company*, l'impresa che si occupava della gestione idrica nella Contea di *Birmingham*. Lo statuto della stessa prevedeva che: "*the company should, upon the laying down of any main-pipe or other pipe in any street, fix, at the time of laying down such pipe, a proper and sufficient fire-plug in each such street, and should deliver the key or keys of such fire-plug to the persons having the care of the engine-house in or near to the said street, and cause another key to be hung up in the watch-house in or near to the said street. By sect. 87, pipes were to be eighteen inches beneath the surface of the soil. By the 89th section, the mains were at all times to be kept charged with water. The defendants derived no profit from the maintenance of the plugs distinct from the general profits of the whole business, but such maintenance was one of the conditions under which they were permitted to exercise the privileges given by the Act*". Così, la compagnia aveva installato un idrante vicino all'abitazione di Mr. Blyth, attenendosi alle prescrizioni. Dopo circa venticinque anni, un inverno, a causa del freddo eccezionale, la tubazione si ruppe, l'idrante scoppiò, e l'abitazione della parte attrice si allagò. La *Exchequer Chamber*, tuttavia, rigettò la domanda, ponendo l'accento sulla imprevedibilità di temperature così basse in quel luogo ed affermando il seguente principio: "*Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do. The defendants might have been liable for negligence, if, unintentionally, they omitted to do that which a reasonable person would have done, or did that which a person taking reasonable precautions would not have done*". Tale definizione di *reasonable man* che il barone

⁴⁷ A. M. MANCALEONI, *Diritto europeo e tort(s) law*, in *Comparazione e diritto civile*, vol. 21, Giappichelli, Torino, 2012, p. 64.

⁴⁸ *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* (1856) 11 Exch. 781, [1856] EWHX Exch. J65, 156 ER 1047.

Alderson formulò in quella sede costituisce, ad oggi, il modello di cui tutti gli ordinamenti di *common law* si servono per determinare lo *standard* al di sotto del quale la condotta umana è da considerarsi negligente.

Un altro episodio simile risale al 1947 ed è il caso *Bolton v. Stone*⁴⁹. Mrs. Stone si trovava davanti a casa sua e veniva colpita da una palla da cricket proveniente dal campo del *Cheetam Cricket Club*. Il terreno da gioco era stato utilizzato per il cricket fino dal 1864, molto prima che venissero costruite le case circostanti. Raramente era successo che una palla volasse al di là della recinzione durante una partita ed i membri del comitato non ricordavano un tale incidente. Una persona che viveva vicino al club sosteneva che, in passato, delle palle provenienti dal campo da cricket erano finite nel suo giardino. La palla che riguardava l'oggetto della controversia era volata per 78 iarde, prima di attraversare la recinzione (alta sette piedi dalla strada e diciassette dal campo) e, poi, per altre 25 prima di colpire Mrs. Stone. L'attrice chiedeva i danni per *negligence* e per *nuisance*. Le ragioni a sostegno della pretesa risarcitoria erano le seguenti: il campo da cricket era troppo vicino alla strada; doveva esserci una recinzione sufficientemente alta per impedire alle palle di superarla; doveva essere, comunque, prevenuta la possibilità che delle palle potessero cadere sulla strada. La questione arrivò all'attenzione della *House of Lords*, la quale emise una sentenza favorevole ai convenuti. Nella sentenza, Lord Radcliffe, spiegava che la prova della colpa non poteva dipendere semplicemente dalla prevedibilità dell'evento, ma anche dal grado di probabilità (*remoteness*) che questo si verificasse. In questo caso, non era possibile ascrivere la responsabilità del ferimento di Mrs. Stone ai convenuti perché la probabilità che la palla da cricket la colpisse era troppo remota. Così remota che un uomo ragionevole non si sarebbe sentito tenuto né ad abbandonare il campo, né ad innalzare la recinzione⁵⁰.

⁴⁹ *Bolton v Stone*, [1951] AC 850, [1951] 1 All ER 1078

⁵⁰ "It seems to me that a reasonable man, taking account of the chances against an accident happening, would not have felt himself called upon either to abandon the use of the round for cricket or to increase the height of his surrounding fences. He would have done what the appellants did: in other words, he would have done nothing." (Lord Radcliffe in *Bolton v. Stone*).

In questo caso, dunque, la ragionevolezza è volta ad attenuare il problema della prova del danno, ammantandolo di oggettività.⁵¹ Poiché non si può provare con certezza il danno futuro, ci si affida alla prevedibilità del verificarsi dello stesso con ragionevole certezza, ovvero sulla base di criteri oggettivi di esperienza e di probabilità. In effetti, anche nel diritto italiano, il riferimento alla ragionevole certezza del danno è riscontrabile negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, pur mancandone una enunciazione normativa espressa. Al contrario, al “danno ragionevolmente certo” fanno riferimento sia i Principi UNIDROIT, all’art. 7.4.3, comma 1⁵², sia i PECL, all’art. 9:501. In entrambi i casi il riferimento è ad uno *standard* della persona ragionevole, esterno alle parti, da intendere come colei che agisce seguendo le regole di esperienza.⁵³ Inoltre, è stato osservato che, sempre con riferimento al danno, lo *standard* di ragionevolezza ricorre spesso anche per qualificare il danno risarcibile in caso di inadempimento. Nel diritto italiano, l’art. 1225 del codice civile si riferisce solo al danno prevedibile; tuttavia, non è infrequente nella prassi giurisprudenziale che questa nozione venga concretizzata riferendosi al danno che si poteva “ragionevolmente prevedere” al momento in cui è sorta l’obbligazione. Invece, nella Convenzione di Vienna, in questo caso, manca un richiamo al concetto di ragionevolezza. Tuttavia, è diffusa l’opinione per la quale si tratta di un riferimento implicito nel momento in cui si usa l’espressione “avrebbe dovuto prevedere”.

Nel diritto inglese, però, lo *standard of reasonable man* non interessa soltanto l’ambito della *Torts Law*. Non mancano, infatti, nelle decisioni delle Corti, richiami allo stesso come strumento di controllo della legittimità di un patto, come criterio nel quale assume rilevanza l’affidamento del destinatario di una dichiarazione contrattuale affinché un contratto possa ritenersi concluso tra le parti, come criterio

⁵¹ S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 239.

⁵² Principi UNIDROIT, art. 7.4.3, c. 1: “il risarcimento è dovuto solo per il danno, incluso il danno futuro, che sia stabilito con ragionevole grado di certezza”.

⁵³ Si consulti anche G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, op. cit., par. 457, per il quale “*c’est à la personne raisonnable en abstracto qu’il faut se référer. Tout serait sinon affaire de circonstances, et l’on peut craindre que le raisonnable en cause ne soit que celui inventé par le juge, qui puisera dans les données de l’espèce et le contexte du cas, à sa guise, c’est que bon lui semblera*”.

per valutare i c.d. *implied terms* del contratto⁵⁴, e così via. Invero, anche nel sistema inglese, tale *standard* ha cominciato a far parte dei testi legislativi, certamente sotto l’influsso della normativa europea ed internazionale, come nota Guillaume Weiszberg⁵⁵, per il quale “*il y a une multitude de textes internationaux et européens qu’il faut ratifier ou transposer en droit anglais, à l’aide entre autres de directives, règlement, conventions qui usent et abusent des notions a contenu variable*”.

4. Lo standard del “reasonable man” nel diritto americano ed il raffronto con la diligenza del buon padre di famiglia

Nella giurisprudenza americana, lo *standard of “reasonable man, “reasonable person”* o “*the man on the Clapham omnibus*”⁵⁶ ha trovato il suo massimo sviluppo, soprattutto perché, come si vedrà, il suo ambito di applicazione è risultato esteso, dal *duty of care* e dalla *action of negligence*, anche nell’ambito contrattuale e nella *Criminal law*. Sul piano istituzionale, bisogna sottolinearlo, diverse sono le caratteristiche del modello americano che lo rendono profondamente difforme rispetto a quello inglese e che, al contempo, ne costituiscono la principale nota di originalità rispetto al tronco comune di *common law*. La Costituzione del 1787, con i suoi successivi emendamenti, e il sistema federale, con al vertice la Corte Suprema, sono le peculiarità americane più importanti.⁵⁷

Il concetto di “*reasonable man*” è suscettibile di essere applicato in molti settori del diritto: sicuramente, gioca un ruolo cruciale nel diritto penale e nella disciplina dei *Torts*⁵⁸, ma, nondimeno, viene utilizzato anche nel diritto contrattuale, per determinare lo scopo delle parti durante la negoziazione e nella fase successiva alla conclusione del contratto stesso. Lo *standard del reasonable man* presuppone,

⁵⁴ S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 89.

⁵⁵ G. WEISZBERG, *Le Raisonnable en droit du commerce international*, op. cit, n. 38.

⁵⁶ *The man on the Clapham omnibus* è, appunto, “*a reasonable person*”, un concetto usato dalla Corti inglesi quando si rende necessario decidere se una parte abbia agito in maniera ragionevole. *The man on the Clapham omnibus* è un ideale di persona ragionevole, intelligente, alla quale la condotta del convenuto viene ad essere paragonata.

⁵⁷ U. MATTEI, *Il modello di common law*, op. cit., p. 93 e ss.

⁵⁸ Sull’utilizzo del concetto di *reasonable person* nella disciplina dei *Torts*, si veda anche MILLER, ALAN D. and PERRY, RONEN, *The Reasonable Person*, in *New York University Law Review*, Vol. 87, 2012, pp. 323-392. Available at [<https://ssrn.com/abstract=1883208>].

dunque, che il giudice debba valutare come si sarebbe comportato un “*ordinary citizen*” in una determinata circostanza, così come, nell’ordinamento italiano, l’art. 1176 fa riferimento alla diligenza del buon padre di famiglia per valutare la responsabilità civile. Negli stessi termini, si è parlato⁵⁹ di “*standard of reasonableness*” per indicare un soggetto “neutrale”, dotato delle stesse conoscenze preliminari delle parti al momento della conclusione del contratto, del quale si va a valutare il comportamento nel caso in cui fosse stato nei panni di una delle parti. Per citare W. E. Joachim⁶⁰, “l’uomo ragionevole può essere definito come una persona fittizia, che possiede e che esercita le qualità dell’attenzione, della conoscenza, dell’intelligenza e del giudizio che la società richiede a ciascuno dei suoi membri per proteggere gli interessi suoi propri e quelli degli altri”⁶¹.

Il criterio della *reasonableness* in tutte le sue varianti, ricorre con molta frequenza nel diritto contrattuale americano⁶², un po’ come tutti quei concetti che, essendo indeterminati, consentono di *filling the gaps*. I giuristi nordamericani impiegano il concetto di ragionevolezza come criterio generale di valutazione del comportamento umano in un una pluralità di casi concreti, che vanno dalla interpretazione del contratto al risarcimento del danno, fino al dovere di evitare o limitare il danno. Fin qui, non ci sono differenze sostanziali con il diritto anglosassone: in entrambi i casi abbiamo un riferimento alla *reasonableness* e allo *standard* del *reasonable man*, e pure in entrambi i casi la ragionevolezza assume un suo rilievo sia con riferimento alla responsabilità civile nella *Torts Law*, sia con riferimento al diritto contrattuale, ove essa assurge a criterio di valutazione della legittimità di patti e di clausole e della loro rispondenza alla legge e al volere delle parti. Tuttavia, una differenza viene messa in evidenza da Stefano Troiano, e cioè la peculiarità del sistema americano è rappresentata dal fatto che, accanto allo *standard* di ragionevolezza, si riscontra una insolita apertura verso il canone della *good faith*. L’autore dimostra, in via

⁵⁹ *Translex Principles*, consultabile in [<https://www.trans-lex.org/>].

⁶⁰ G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, op. cit., par. 75.

⁶¹ Traduzione libera.

⁶² S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 112, il quale cita V. AMAR, P. KIMBROUGH, *Esprit de géometrie, esprit de finesse ou l’acceptation du mot raisonnable dans les contrats de droit privé américain*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1983, p. 43 e ss.

esemplificativa, come un obbligo generale di buona fede nella esecuzione del contratto sia previsto in molte disposizioni dello *Uniform Commercial Code* e del *Restatement (Second) on Contracts*. Si dice che in tutto il testo dell'UCC, il riferimento alla buona fede appare almeno una cinquantina di volte⁶³ – senza tralasciare che, invece, la parola “*reasonable*” appare più di duecento volte in tutto il testo.

Per ciò che concerne, invece, lo *standard of the reasonable man* più nello specifico, sempre in relazione al diritto dei contratti, è stato evidenziato come questa figura rappresenti uno dei pilastri sui quali di fonda la teoria della dichiarazione⁶⁴. Secondo la teoria della volontà – elaborata dalla Pandettistica ottocentesca – il perno fondamentale del contratto consiste nella volontà: ciò che conta è la volontà interna, così, eventuali divergenze tra voluto e dichiarato vanno ad inficiare il contratto. La teoria generale del diritto, però, ha visto trionfare la teoria oggettiva, o della dichiarazione. Qui ciò che conta non è l'intimo volere delle parti, ma è la manifestazione di questa volontà così come destinata ad essere percepita dalla controparte.

Si è evidenziato *supra* il parallelo che, alla stregua del diritto americano, può essere fatto tra lo *standard of reasonable man* e la diligenza del buon padre di famiglia. La scelta, fatta talora dal legislatore nel recepimento delle direttive comunitarie, talaltra dall'interprete, di leggere nel parametro della persona ragionevole il modello di

⁶³ Solo a titolo esemplificativo, si veda: *Uniform Commercial Code*, Sec. 1-304: *Good faith obligations*, per il quale: “*every contract or duty within this act imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement*”.

⁶⁴ Nella teoria generale del contratto, da sempre si contrappongono due diversi filoni: da un lato, la teoria c.d. oggettiva del contratto, e cioè della dichiarazione, dall'altro, la teoria soggettiva, o teoria della volontà. Stessi dubbi riguardano il problema della causa del contratto e del controllo sulla stessa (che tra l'altro è tornato ad essere attuale in seguito alla sentenza *Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106*, c.d. caso *Renault*, ed ai più recenti dibattiti sul l'abuso del diritto) che da sempre ha diviso dottrina e giurisprudenza. Invero, il percorso che ha condotto al consolidamento della teoria della causa in concreto è stato molto tortuoso ed ha risentito fortemente del periodo storico nel quale le varie teorie venivano elaborate. In particolare, l'oggetto della diatriba è stata la qualificazione della causa secondo un punto di vista soggettivo (o dello scopo ultimo) ovvero oggettivo (o teoria della funzione). Per una analisi più approfondita, si consiglia di consultare l'opera di E. Betti, il quale è considerato il padre della teoria della funzione, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Esi, 2002 ristampa (1955), p. 170 e ss.

condotta del buon padre di famiglia, merita, secondo alcuni un ulteriore approfondimento⁶⁵. In modo particolare, ci si è interrogati sul contenuto di questo comportamento e sul livello di impegno richiesto. Ora, il problema si ripropone anche analizzando altre norme, nazionali ed internazionali (si pensi alla Convenzione di Vienna). Invero, molto spesso è stato sottolineato come la figura del *reasonable man* possa essere inteso come la personificazione del *bonus pater familias* del commercio internazionale. Chi scrive ritiene, pur essendo consapevole di non esserne forse all'altezza, che tale distinzione risieda nella generalità e flessibilità del concetto di ragionevolezza e nella sua caratteristica di "adeguarsi" alle circostanze e al contesto nella quale si analizza. Certamente, è possibile affermare che, proprio in virtù della elasticità del concetto, quello del *reasonable man* può essere considerato, per certi versi, più ampio del concetto di buon padre di famiglia. La ragionevolezza, secondo chi scrive, implica la ponderazione di tutte le circostanze rilevanti: uomo ragionevole è colui che, tenendo conto degli interessi propri e altrui in gioco, tiene il comportamento più adeguato alla realizzazione di un dato scopo.

Ora, anche con riferimento al diritto americano, è possibile citare degli episodi giurisprudenziali che consentono di verificare in che modo i giudici abbiano adoperato lo *standard* di cui trattasi nella risoluzione di una controversia. Il caso ha come protagonisti i giudici americani della Corte d'Appello del Secondo Circuito nel caso *United States v. Carroll Towing Company* del 1947⁶⁶, anch'essi chiamati a determinare "*the standard care for the tort of negligence*". Un rimorchiatore, che doveva trasportare una chiatte fuori dal porto di New York, aveva tentato di separarla da una fila di chiatte a cui era legata, ma una seconda chiatte si era slegata colpendone una terza. Sulle chiatte non era presente alcun addetto e così l'equipaggio del rimorchiatore aveva dovuto provvedere direttamente a slegare le chiatte. Tale operazione non era stata fatta in modo soddisfacente. Di conseguenza occorreva determinare se la responsabilità fosse del proprietario del rimorchiatore o di quello

⁶⁵ Per un approfondimento sul punto, si vedano, tra gli altri, S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 335, il quale, però, si riferisce all'abrogato art. 1519-ter c.c., il quale faceva un riferimento espresso alla *diligenza*; G. WEISZBERG, *Le raisonnée en droit du commerce international*, op. cit., par. 99.

⁶⁶ *United States v. Carroll Towing Co.*, 169 F.2d 482, 1947 U. S. App. LEXIS 2626 (2d Cir. N. Y. Mar. 17, 1947)

delle chiatte, poiché il primo non aveva eseguito in modo diligente l'operazione di separazione delle chiatte, mentre il secondo non aveva previsto alcun dipendente per compiere tale operazione. Il caso venne sottoposto al giudice Hand il quale, una volta stabilito che non esiste nessuno *standard* di diligenza per gli operatori di chiatte e rimorchiatori, ha formulato la celebre "regola di Hand" (poi consacrata in via definitiva con l'inclusione nel *Restatement*⁶⁷ (*Second*) *on Torts* - par. 291-293 e resa ancor più celebre dagli scritti del professor Posner) per determinare il comportamento ragionevole date le circostanze, facendo dipendere l'attribuzione della responsabilità da tre elementi: la probabilità che avvenga l'incidente, la gravità dei danni derivanti ed infine il costo delle precauzioni che avrebbero evitato l'incidente stesso.⁶⁸ In base a questa formula, la violazione sussiste quando il costo che il convenuto deve sopportare per evitare il danno è minore all'entità del rischio del danno moltiplicata per la gravità del danno stesso⁶⁹.

Come accennato, lo *standard* di ragionevolezza ha assunto, nella giurisprudenza americana, un ruolo centrale anche nella *Criminal law*⁷⁰ ed in modo particolare al tema della *self-defence*. Per citare solo uno dei casi celebri, si può guardare al caso *People v. Goetz* del 1986⁷¹, che, tra l'altro, ha avuto un forte eco sulla stampa e sull'opinione pubblica perché collegato al tema della discriminazione razziale, tant'è che, nel linguaggio comune, il protagonista di questo caso è passato alla storia come "il giustiziere delle metro". Quattro giovani di colore prendevano la metro nel quartiere Bronx di New York e due di loro avevano con sé dei coltelli. A Manhattan, un uomo, il sig. Goetz, saliva sul treno, sedendosi accanto ai ragazzi. Quando uno di

⁶⁷ I *Restatements* costituiscono, citando U. MATTEI, il prodotto della dottrina americana e sono nati allo scopo di risistemare il groviglio complesso del *case law* americano in alcune delle sue principali aree, allo scopo di recuperare regole unitarie nella soluzione dei problemi giuridici.

⁶⁸ La "regola di Hand" costituisce una delle acquisizioni fondamentali dell'analisi economica del diritto.

⁶⁹ $B < PL$, dove B=costo che il convenuto deve sopportare; P=probabilità che il danno si verifichi; L=entità del danno.

⁷⁰ Del resto, anche con riferimento al sistema italiano, la ragionevolezza assume rilievo centrale nel giudizio di legittimità costituzionale, insieme al principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. Tuttavia, sarebbe fuorviante dallo scopo del presente lavoro analizzare anche questi aspetti che, però, si badi, non sono da trascurare.

⁷¹ *People v. Goetz*, 68 N.Y. 2d 96 (N.Y. 1986)

loro gli si avvicinò, chiedendo cinque dollari, il sig. Goetz, temendo si trattasse di una rapina, estrasse una pistola, detenuta illegalmente, e sparò cinque colpi, ferendo i ragazzi, uno dei quali rimase a vita paralizzato. Il *Grand Jury* risolse la questione facendo leva, appunto, sullo *standard* di ragionevolezza ed affermando che “*a person may use deadly force in self-defence if he reasonably believes that said force is necessary to protect himself*”.

5. Il concetto di *standard* nella *common law* e la sua difficile ricezione nei sistemi di *civil law*

A questo punto appare evidente come, all'interno del presente lavoro, l'intenzione di chi scrive è stata quella di “classificare” la ragionevolezza come uno *standard*. La scelta non è stata certamente casuale, ma il suo scopo è stato quello di sottolinearne le radici di *common law* e di considerarla alla stregua di un ambito più ampio rispetto a quello nazionale, ove, si sa, le categorie concettuali sono ben altre, cioè alla luce delle normative europee e transnazionali delle quali si parlerà nel capitolo seguente.

Il tema dell'utilizzo di *standard* nel processo di armonizzazione del diritto non è nuovo. In una riunione della Società di diritto comparato⁷², negli anni Settanta, si diceva: “è più facile armonizzare sulla base degli *standard*. Sugli *standard*, tutti possono mettersi d'accordo, ma non se ne ricaverà mai una reale unificazione” e, ancora, “gli *standard* sono rivelatori dei valori della giurisprudenza, sono lo strumento attraverso il quale, in virtù della loro astrattezza, i giudici effettuano delle valutazioni politiche”⁷³.

Si ritiene utile, in questa sede, cercare innanzitutto di capire cosa sia uno “*standard*”. Lo *standard* esprime il riferimento ad un campo di azione⁷⁴ e sancisce la conformità ad un modello di condotta che appartiene al contempo alla sfera di ciò che è lecito e di ciò che appare desiderabile rispetto all'altrui azione. L'utilizzo degli *standard* ha visto la sua massima espansione nei tempi recenti grazie all'opera di *soft*

⁷² Ne fa menzione G. WEISZBERG, in *Le raisonnée en droit du commerce international*, op. cit., par. 14.

⁷³ Traduzione libera.

⁷⁴ A. PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, vol. 1, 2011, pp. 403-417.

regulamentation proveniente, da un lato, dai tentativi europei di creare un “ponte” tra sistemi giuridici appartenenti a tradizioni diverse, dall’altro, dalla tendenza ad “americanizzare” il diritto contrattuale europeo, al fine di favorire i rapporti transnazionali ed il commercio internazionale – si pensi ai Principi UNIDROIT.

La prima e più completa definizione di *standard* la si ritrova nella Introduzione alla filosofia del diritto di Roscoe Pound⁷⁵ (1954). Egli individua le origini degli *standard* nell’*aequitas romana*. Nei casi in cui vi erano dei riferimenti alla buona fede, il giudice aveva un grande margine di discrezionalità nel decidere ciò che il convenuto dovesse prestare, dare o fare a favore dell’attore. Il timore di concedere un potere illimitato ai giudici portò, tuttavia, i giureconsulti romani ad elaborare certi *standard* o regole di condotta, come ciò che avrebbe dovuto fare un giusto e diligente padre di famiglia, o un agricoltore prudente e diligente. Ogni *standard*, secondo Pound, presenta determinate caratteristiche: 1) implica un giudizio morale sulla condotta che deve essere, a seconda dei casi, giusta, cosciente, giudiziosa, prudente, diligente, 2) non richiede l’applicazione di una esatta conoscenza teorica giuridica, ma buon senso per le cose comuni; non è formulato in modo assoluto ed è relativo ai tempi, ai luoghi e alle circostanze in cui deve essere applicato con riferimento alle circostanze del caso.⁷⁶

Semberebbe, dunque, che lo *standard* sia qualcosa molto somigliante ad una clausola generale, eppure non perfettamente sovrapponibile, in quanto, si potrebbe

⁷⁵ Per una elencazione esaustiva delle prospettive dottrinali riguardanti gli *standard* giuridici, si consulti A. TUNC, *Standards juridiques et unification du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22, n. 2, 1970, pp. 247-261, il quale spiega come l’idea di “*standard* giuridico” sia emersa per la prima volta in un intervento di Roscoe Pound durante un congresso dell’American Bar Association nel 1919. Pound definiva lo *standard* come una misura media di condotta sociale; in tal senso, erano considerati *standard* il buon padre di famiglia, the *reasonable man*, e la nozione di ragionevolezza in generale. Così, anche per Al-Sanhoury, lo *standard* era una misura di condotta che consentiva “*une adaptation permanente du droit à une vie sociale changeante*”. Ancora, per Matteucci, bisognava procedere ad una distinzione tra i diversi *standard*: alcuni di essi avevano a che fare con i precetti morali, sociali, e della pratica commerciale – tra essi, appunto, la ragionevolezza – e tali *standard* erano “insostituibili”. Infine, per R. David, lo *standard* era qualcosa che assicurava la collaborazione del legislatore, del giudice, della dottrina e della società in generale.

⁷⁶ P. Loi, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 175-176.

quasi affermare che sia uno strumento per specificarla e calarla nella realtà pratica. Si potrebbe anche obiettare che, nei fatti, lo *standard* altro non sarebbe che un equivalente linguistico e funzionale delle clausole generali e dei concetti indeterminati. In questo modo, facendo un sillogismo, si potrebbe affermare che lo *standard* della ragionevolezza sia semplicemente un equivalente funzionale⁷⁷ delle clausole di buona fede e proporzionalità che sono care al nostro sistema. Chi scrive, tuttavia, non è di questo avviso. Se il legislatore ritiene di parlare di ragionevolezza e non già di buona fede, non può trattarsi solo di differenze terminologiche, ma ciò deve necessariamente avere delle ricadute sul piano sostanziale. È interessante, allora, il punto di vista di alcuni autori⁷⁸, che individuano la ragionevolezza “quale privilegiata tecnica di ermeneutica contrattuale idonea a tracciare il punto di equilibrio tra volontà delle parti ed economia del contratto”.

Concludendo, si può affermare che, benché l'utilizzo di *standard* di condotta sia sempre crescente nella legislazione sovranazionale e che, pian piano, stia permeando anche il diritto nazionale degli Stati europei, si registra ancora una certa ostilità nel recepire questo tipo di concetti i quali, inevitabilmente, portano con sé una serie di problematiche legate alla certezza del diritto ed ai poteri attribuiti al giudice in sede di valutazione. Tali perplessità sono state evidenziate, da ultimo, da coloro i quali si sono cimentati nel commentare la recente riforma del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti – di cui si tratterà nel Capitolo III del presente lavoro – la quale sembra aprire la strada verso un utilizzo sempre più frequente degli *standard* giuridici nei diversi settori del diritto privato.

6. Lo *standard* di ragionevolezza e la buona fede nel diritto contrattuale

Nel diritto contrattuale, sia esso interno o di derivazione comunitaria ed internazionale, la ragionevolezza viene spesso ricondotta, non senza critiche e perplessità, all'ambito di operatività proprio, negli ordinamenti di *civil law*, della buona fede oggettiva. Infatti, tradizionalmente, si dice che buona fede e

⁷⁷ Più precisamente, un equivalente funzionale non è un semplice sinonimo o una traduzione di parole e concetti. Esso deve essere inteso, invece, come una corrispondenza tra concetti appartenenti a culture e tradizioni diverse, che implica, di conseguenza delle somiglianze, ma anche delle differenze.

⁷⁸ A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, 2007, p. 57 e ss.

ragionevolezza rappresentino concetti emblematici delle tradizioni giuridiche cui esse appartengono: rispettivamente, *civil law* e *common law*. Nel sistema angloamericano, la *reasonableness* costituisce uno *standard* empirico di valutazione, uno dei pilastri della concezione pragmatica del diritto. Qui, il canone della ragionevolezza trova la sua incarnazione nella figura della *reasonable person*, che rappresenta un modello ideale di comportamenti socialmente accettabili, in quanto informati a buon senso ed equilibrio. In tale veste, come si è visto, la ragionevolezza trova una serie notevole di applicazioni negli ambiti più disparati. Al contrario, l'ordinamento inglese ha riservato uno spazio assai limitato alla *good faith* – mentre così non è nel sistema statunitense. Anche se oggi questo atteggiamento è in parte mutato, esso deriva dalla resistenza del giurista inglese ad utilizzare un concetto generale di buona fede e dalla tendenza ad impiegare al suo posto soluzioni particolari (*implied terms, misrepresentation, ecc.*). Invece, l'ordinamento americano dimostra una maggiore apertura nei confronti della buona fede continentale; anzi, qui il richiamo alla *good faith* va di pari passo con quello alla *reasonableness* e, nell'impianto dello *Uniform Commercial Code*, la buona fede è definita proprio attraverso il concetto di ragionevolezza: “*honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade*”.⁷⁹

Tra l'altro è stato evidenziato⁸⁰ che, nel processo di ravvicinamento delle legislazioni, ragionevolezza e buona fede vanno di pari passo. La buona fede è stata individuata come un criterio che mostra il passaggio da una visione puramente egoista ed individualista del contratto ad una concezione che conferisce al contratto un volto umano e reale, garantendo il rispetto della persona e “quella giustizia commutativa che solo l'uguaglianza sostanziale è in grado di realizzare”. Dall'altro canto, la ragionevolezza si è imposta a sua volta per la sua capacità di assecondare il bisogno di flessibilità del regolamento pattizio, soprattutto tenendo conto della complessità odierna delle relazioni contrattuali, pur lasciando trapelare, secondo alcuni, una

⁷⁹ L. CRUCIANI, *La clausola generale di buona fede secondo il pensiero giuridico contemporaneo*, in *Associazione Italiana di Diritto comparato. Privato, pubblico, globale nelle prospettive del diritto comparato*, rivista on line consultabile in [<https://www.archiviofscpo.unict.it>]

⁸⁰ E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, op. cit.

visione liberal-individualista del contratto. Così, i due concetti non si sovrappongono, né contrastano, ma operano sotto due profili funzionali diversi. Dal punto di vista del controllo di merito sul contenuto del regolamento contrattuale, la buona fede sembra preferibile rispetto al *test of reasonableness*, mentre nella funzione *costruens* del contratto, allora la ragionevolezza sembra calzare meglio per quanto concerne il giudizio sul comportamento delle parti. Si pensi, ad esempio, all'art. 88 del *Draft Common Frame of Reference*, relativo alla disciplina sull'inadempimento giustificato. La coesistenza tra la ragionevolezza e la buona fede si evince anche, nel diritto italiano, con riferimento alla fase precontrattuale, ed in particolare all'ipotesi di rottura delle trattative ex art. 1337: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". Qui, per tutelare l'affidamento⁸¹ e, al contempo, non compromettere in modo eccessivo la libertà contrattuale, è necessario analizzare gli interessi coinvolti, coniugandoli e bilanciandoli con la ragionevolezza.⁸²

Per sintetizzare il discorso circa i rapporti tra la buona fede e la ragionevolezza, si potrebbero individuare tre diversi indirizzi di pensiero. Il primo, come si è visto, è quello per il quale le due nozioni operano in maniera coordinata e non conflittuale (Navarretta). Il secondo è quello per il quale la ragionevolezza sarebbe uno strumento che consente di concretizzare la buona fede, secondo un rapporto di strumentalità (Perlingieri). Infine, altri hanno cercato di spiegare come, allo stato attuale delle cose, il distinguo tra l'uno e l'altro concetto non ha più ragion d'essere (Criscuoli). Invero, ci si è chiesto⁸³ se, per sgomberare il campo da possibili sovrapposizioni e da pericolose confusioni concettuali, non siano mature le

⁸¹ Si consulti anche S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 370, per il quale "tale necessità di tutelare gli affidamenti ragionevoli, come si è visto, troverebbe, nel sistema giuridico inglese, una sua compiuta realizzazione proprio per il tramite dello *standard* obiettivo della *reasonableness* e della teoria, che su di esso si regge, della protezione delle *reasonable reliances* delle parti". In particolare, l'Autore si riferisce all'*Unfair Contract Terms Act* del 1977, dove il *test of reasonableness* viene usato in maniera frequente con riguardo alla tutela del contraente debole. L'UCTA, infatti, non si limita ad individuare la ragionevolezza come criterio cardine di controllo della vessatorietà di clausole predisposte, ma si preoccupa altresì di indicare quali circostanze devono essere tenute in considerazione dal giudice nello svolgimento del *test*.

⁸² G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, op. cit., p. 116.

⁸³ S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 371 e ss.

condizioni per proporre una sostanziale identificazione della buona fede con la ragionevolezza o viceversa, a beneficio della chiarezza del diritto. La tendenza, a livello europeo e transnazionale, è certamente verso un impiego diffuso della ragionevolezza, la quale, come concetto di sintesi, aspirerebbe a porsi come il simbolo stesso dell'unificazione del diritto privato europeo e, in una prospettiva futura, come uno dei pilastri di un possibile codice europeo del contratti. In particolare, si fa riferimento alla scelta del codice olandese il quale, da sempre, “punta ad offrire una sponda sul continente alle istanze provenienti dal mondo anglosassone”, e dove la buona fede sembra aver lasciato il passo alla ragionevolezza, coniugata, tra l'altro, attraverso il canone dell'equità. Ancor prima che il movimento per l'armonizzazione europea esplodesse, G. Criscuoli si chiedeva “se la buona fede oggettiva è effettivamente un concetto a contenuto plasmabile, non si vede il perché non la si possa intendere come sinonimo di ragionevolezza (...) e tutto questo in una visione di umanesimo sociale, alla cui luce la persona umana ottiene il pieno rispetto del suo valore proprio per via dell'adozione del criterio della ragionevolezza, misuratrice del necessario equilibrio tra il di lei individualismo e la di lei socialità”⁸⁴.

La proposta di identificazione della buona fede con la ragionevolezza emerge in dottrina con riferimento alla interpretazione del contratto ex art. 1366 c.c., a livello italiano, ed ex art. 8 della Convenzione di Vienna. In relazione a queste disposizioni, è apparsa con evidenza l'importanza che la ragionevolezza va assumendo, a livello europeo, come criterio direttivo della interpretazione delle dichiarazioni contrattuali, in quanto entrambe farebbero riferimento ad un modello di condotta “socialmente normale”. Tuttavia, Stefano Troiano ha precisato che l'assimilazione tra la ragionevolezza e la buona fede, quantomeno per ciò che concerne l'interpretazione del contratto, non sembra portare a risultati persuasivi, in quanto la ragionevolezza in questo ambito dovrebbe essere paragonata alla diligenza, che dalla buona fede si distingue sia per funzioni sia per contenuti.

⁸⁴ Il passaggio è riportato per esteso da S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, op. cit., p. 373, nota 8.

7. L'abuso del diritto come *très d'union* tra buona fede e ragionevolezza: il caso Renault

La dottrina comparatistica più recente ha inquadrato il rapporto tra i concetti di buona fede e ragionevolezza alla luce del divieto di abuso⁸⁵ del diritto il quale, quindi, fungendo da ponte tra le due nozioni, supera anche quella distinzione tra sistemi giuridici diversi di cui si è ampiamente trattato. In questa chiave, si afferma che il tradizionale concetto europeo di *abus de droit* trova nella *reasonableness* il suo equivalente funzionale di *common law*: questa conclusione rappresenta l'esito di una analisi casistica condotta in tema di immissioni, contratti di lavoro, interferenza illecita con una relazione contrattuale, intese restrittive della concorrenza.⁸⁶ In tutti questi ambiti, lo *standard* della ragionevolezza svolge, in *common law*, le funzioni che l'abuso del diritto esercita nella corrispondente casistica europea. Invero, sistemi angloamericani l'abuso del diritto si collega alla ragionevolezza, nel senso che abusare di una prerogativa significa farne un utilizzo irragionevole: l'edificazione di cancelli, ringhiere e ciminiere al solo scopo di arrecare molestia e disturbo al vicino costituisce un'ipotesi di "*nuisance*", che si risolve in una interferenza irragionevole nell'utilizzo e sfruttamento della terra. Al contrario, in Europa, l'esercizio di un diritto oltre, o addirittura contro, lo scopo per cui esso è stato conferito ha sempre avuto un rapporto con la nozione di buona fede, a cui comunque l'abuso del diritto si collega, almeno nell'area del contratto. In altri termini, nei sistemi continentali l'abuso del diritto trova nella buona fede il suo fondamento, mentre negli ordinamenti angloamericani, è la ragionevolezza a fungere da equivalente dell'abuso.

⁸⁵ Per un approfondimento sulla nozione di abuso, si consultino M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2014, pp. 467-499; G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 7/2011, pp. 653-655; A. LAS CASAS, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del Diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in *Comp. Dir. Civ.*, 2013, p. 1 e ss.; G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 1 e ss., il quale analizza nello specifico il rapporto con la ragionevolezza nel giudizio costituzionale; S. HABERL, A. SOMMA, *Sciogliere l'individuo nell'ordine economico. L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 5, n. 2, 2016, *Rivista giuridica online consultabile in* [<https://www.edizionicafoscarini.unive.it>]

⁸⁶ L. CRUCIANI, *La clausola generale di buona fede secondo il pensiero giuridico contemporaneo*, op. cit.

Il concetto di abuso del diritto ha assunto una valenza centrale all'interno del nostro ordinamento, sulla base della dottrina francese dell'*abus du droit*. Oggi più che mai esiste un referente, dal punto di vista sovranazionale, dell'abuso del diritto, il quale è costituito dall'art. 54 della Carta di Nizza. Tale norma stigmatizza, seppur in maniera molto generica, il c.d. divieto di abuso del diritto, in riferimento a tutti i diritti e le libertà che sono contenuti all'interno della disciplina comunitaria. Tali diritti e libertà, si badi, non riguardano solo i diritti fondamentali, ma anche diritti e libertà di natura patrimoniale, come il diritto di proprietà – che, nei fatti, è l'ambito per eccellenza nel quale è maturato il concetto dell'abuso del diritto.

La *leading case*, che ha intensificato in maniera esponenziale il dibattito italiano sull'abuso del diritto, è stato il c.d. caso Renault, deciso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 20106 del 2010⁸⁷. Tale sentenza ha rappresentato il punto di approdo di un complesso iter giurisprudenziale: Cassazione ha deciso riunendo una serie di ricorsi proposti da circa duecento concessionari della casa automobilistica Renault i quali, ad un certo punto, hanno subito uno scioglimento del loro rapporto contrattuale di concessione di vendita in base ad un recesso *ad nutum* consentito dal contratto alla casa produttrice.

L'importanza di questa sentenza è costituita anche dal fatto che la Corte ha analizzato quello che è il significato dell'abuso del diritto all'interno del sistema normativo italiano, prendendo le mosse dai dati della dottrina, facendo riferimento a tutti i casi significativi di abuso in materia contrattuale e societaria posti in essere in Italia fino al 2009, ed individuando, in maniera ambigua, i possibili parametri dell'abuso anche con riferimento al concetto di buona fede. Probabilmente, sarà stato questo il motivo per cui numerosissimi giuristi hanno deciso di commentare la sentenza in esame e di individuare la sua reale portata⁸⁸.

Dunque, duecento concessionari vedevano sciogliere il loro contratto con la casa Renault sulla base dell'articolo 12 del testo contrattuale, il quale prevedeva un

⁸⁷ Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, c.d. caso Renault.

⁸⁸ Su tutti, si consulti F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2/2011, pp. 311-319.

recesso *ad nutum* solo per la casa produttrice. Contestualmente, la Renault aveva risolto una serie di contratti con i propri dirigenti con il patto implicito di tramutare il rapporto di lavoro in concessione di vendita e collocarli al posto dei concessionari revocati. Era dunque chiaro quello che era l'intento della Renault. Tra l'altro, essa asseriva che il recesso *ad nutum* era pienamente giustificato da una serie di norme europee relative alla distribuzione e alla concorrenza nell'ambito del settore automobilistico. In particolare, nel regolamento che veniva richiamato nel caso Renault era prevista la possibilità, per il produttore di autoveicoli, di recedere dai contratti per "esigenze di riorganizzazione della rete aziendale". Di conseguenza, il quesito diventava quello di capire se il recesso della Renault fosse un recesso *ad nutum* (senza giusta causa) oppure la valutazione delle esigenze di riorganizzazione della rete potesse costituire una giusta causa. Peraltro i concessionari lamentavano che, sulla base di una serie di rapporti interni, essi avevano, nel frattempo, fatto una serie di investimenti specifici idiosincratici.

Quanto alle motivazioni in diritto, i ricorrenti denunciavano la violazione e falsa applicazione della clausola generale della buona fede, in particolare della pretesa insindacabilità degli atti di autonomia privata e della conseguente non applicazione della figura dell'abuso del diritto all'esercizio del recesso *ad nutum*.

La sentenza Renault, allora, è divenuta celebre per lo sforzo, fatto dai giudici, di individuare i tratti caratterizzanti l'abuso del diritto ed il rapporto con la buona fede. Per la Cassazione "*rileva nel caso di specie la buona fede oggettiva, la quale ha una funzione, oltre che interpretativa, integrativa e correttiva dell'autonomia negoziale, e quindi è uno strumento di controllo e di ricostruzione del giusto equilibrio e proporzione tra opposti interessi tramite un giudizio di ragionevolezza*". Secondo la Corte "*il criterio rivelatore dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto*". Ecco, quindi, che si apriva una strada verso separazione concettuale tra buona fede e abuso del diritto.

"*L'abuso del diritto,*" proseguiva la Corte, "*lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di*

autonomia conferito al soggetto e il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede”.

La sentenza in parola ha dato vita ad una serie di variegate posizioni dottrinarie. Secondo Francesco Galgano, avvocato nella sentenza Renault, l'abuso costituisce una categoria effettiva che esiste nella prassi giurisprudenziale consolidata e nel diritto europeo e ciò si traduce nel risultato che il controllo giudiziale è realizzato sull'autonomia negoziale da parte del giudice, per il tramite di questo strumento. E tale strumento è importante non già perché depotenzia il vincolo contrattuale, bensì ne garantisce e promuove l'attuazione. Tale controllo sulla discrezionalità contrattuale è utile anche in una prospettiva di *Law and Economics*, perché consente il passaggio da una visione puramente equitativa, di equilibrio efficiente ad una visione qualitativa della circolazione della ricchezza poiché, nel momento in cui si coniuga efficienza e giustizia, si incrementa anche la fiducia nel mercato e la circolazione della ricchezza.

Per alcuni commentatori, allora, l'abuso del diritto non costituisce una categoria autonoma, ma solo un doppione della buona fede. Ma, oltre questo, l'uso inappropriato della categoria dell'abuso del diritto, a detta di molti, è dimostrato dal fatto che ciò potrebbe indebolire il rapporto contrattuale, attribuendo al giudice una discrezionalità incontrollata, non predeterminata secondo criteri di natura oggettiva. Lo stesso problema che, si vedrà, pone lo *standard* di ragionevolezza a seguito della riforma francese dei diritti dei contratti e delle obbligazioni.