

**RAGIONEVOLEZZA E BILANCIAMENTO
NELL'INTERPRETAZIONE RECENTE DELLA CORTE
COSTITUZIONALE***

***REASONABLENESS AND BALANCING IN THE RECENT
INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 10-51

* Lo scritto, con l'aggiunta delle note, rielabora la relazione svolta in occasione del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.), in tema di *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, organizzato a Napoli presso il Grand Hotel Vesuvio, nei giorni 11, 12 e 13 maggio 2017. Il saggio è dedicato a *Loris Lonardo*.



Giovanni
PERLINGIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Il saggio, anche alla luce di casi concreti e delle sentenze più recenti della Corte Costituzionale italiana, dimostra l'impossibilità di identificare ragionevolezza e uguaglianza, nonché i pericoli di una confusione tra ragionevolezza, consenso sociale, prassi e diritto vivente. Bilanciamento e ragionevolezza, quali aspetti fisiologici dell'attività ermeneutica di qualunque operatore giuridico, sono elementi fondamentali per evitare la cecità della mera sussunzione e la tirannia dei valori.

PALABRAS CLAVE: Bilanciamento; ragionevolezza; interpretazione; applicazione; ordine pubblico.

ABSTRACT: *The essay, taking into consideration also some concrete cases and recent decisions of the Italian Constitutional Court, demonstrates the impossibility to consider reasonableness and equality as the same principle, and shows the dangers of confusing reasonableness, social consensus, practice and law in action. Balancing and reasonableness, as ordinary instruments of each and every activity of legal interpretation, are fundamental elements in order to avoid both the blind syllogistic subsumption and the tyranny of values.*

KEY WORDS: *Balancing; reasonableness; interpretation application; public policy.*

SUMARIO.- I. IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.- II. RAGIONEVOLEZZA, EGUAGLIANZA E PARITÀ DI TRATTAMENTO.- III. LA RAGIONEVOLEZZA NELLA PROSPETTIVA DIACRONICA.- IV. SEGUE. LA CRIOCONSERVAZIONE DEGLI EMBRIONI IN SOPRANNUMERO.- V. SEGUE. L'AUTOMATISMO ESPULSIVO DELLO STRANIERO A SÉGUITO DI REATO.- I. Il riconoscimento dei diritti dello straniero.- VI. LA RAGIONEVOLEZZA IN PRESENZA DI DISPOSIZIONI CHIARE E PUNTUALI.- VII. RAGIONEVOLEZZA E GIUSTO RIMEDIO.- VIII. LA RAGIONEVOLEZZA COME PARAMETRO DI INTERPRETAZIONE E CONCRETIZZAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI: L'ORDINE PUBBLICO.- IX. RELATIVITÀ DEL CONCETTO DI RAGIONEVOLEZZA.- X. I PERICOLI DELLA CONFUSIONE TRA RAGIONEVOLEZZA, CONSENSO SOCIALE, PRASSI E DIRITTO VIVENTE. CRITICA.- XI. RAGIONEVOLEZZA, STORICITÀ E RELATIVITÀ DEI VALORI NORMATIVI.- XII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Già negli indici delle *Relazioni annuali sulla giurisprudenza della Corte costituzionale*¹ sono richiamati espressamente i concetti di *proporzionalità*, *ragionevolezza* e *bilanciamento*. Anche là dove vi sia una regola che descrive una fattispecie linguisticamente chiusa e predeterminata, risultato di un bilanciamento operato *a priori* dal legislatore, il giudice non può fare a meno di comparare, volta per volta, princípi e interessi coinvolti, perché l'attività interpretativa ha sempre carattere *valutativo*. Si interpreta bilanciando (interessi e valori) e si bilancia (no interessi e valori) interpretando² nel tentativo di ricercare il "migliore diritto possibile"³. Soltanto riconoscendo l'indissolubilità dell'endiadi tra *ragionevolezza* e *bilanciamento* è possibile scongiurare i pericoli sia della *cecità della mera sussunzione* (la quale, se non accompagnata da una attività valutativa, rischia di trascurare le

1 Consultabili sul sito www.cortecostituzionale.it.

2 RUGGERI, A.: "Interpretazione costituzionale e ragionevolezza", in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 18-19-20 aprile 2006, I, Napoli, 2007, p. 233 ss., secondo il quale *bilanciamento* di interessi e valori e *interpretazione* degli enunciati non sono attività separabili; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 123 ss. e spec. p. 142 ss.

3 L'espressione è tratta da una affermazione dell'ex Presidente della Corte costituzionale, CHIEPPA, R.: "La giustizia costituzionale nel 2002", in *Giur. cost.*, 2003, p. 3180: "anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano a pieno titolo coinvolti, sia pure entro confini determinati, in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione. E lo stesso processo costituzionale finisce per configurarsi [...] come sede, in concreto, di formazione e di elaborazione del "miglior diritto possibile"".

• Giovanni Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Università della Campania "L. Vanvitelli". Correo electrónico: giovanni.perlingieri@unicampania.it

peculiarità del caso concreto in violazione del principio di differenziazione, ex artt. 3 e 118 cost.), sia della *tirannia dei valori* (i quali, come si vedrà, hanno una gerarchia e non sono monadi inconciliabili e non comparabili)⁴. Occorre, quindi, sempre combinare regole e principi per evitare che gli enunciati perdano la loro funzione di delimitare l'area dei significati possibili e per assicurare che l'interpretazione giuridica non si risolva in una analisi della sola *lettera*, distante da interessi e valori. Il diritto non si risolve nell'analisi del "linguaggio"⁵.

Come ribadito dalla Consulta nel 2003, va escluso che il bilanciamento debba essere operato sempre a monte dal legislatore e soltanto talvolta *a posteriori* dalla Corte costituzionale⁶.

L'interprete comune è chiamato non soltanto a bilanciare, comporre e coniugare disposizioni normative, spesso espressione di ideologie differenti, ma anche a "decidere valutativamente se certi collegamenti di una norma ad un'altra debbano essere fatti o no"⁷, adeguando il dettato normativo statico alle peculiarità del fatto. Il fatto è "un aspetto necessario del ragionamento del giurista"⁸ e la legge vive soltanto "nel momento della sua applicazione", tant'è che il "problema costante dell'interpretazione" è "la sottile determinazione dell'esatta portata della norma di fronte al caso concreto"⁹. Del resto, neppure le decisioni della Corte costituzionale possono trascurare il fatto e le conseguenze fattuali di una determinata interpretazione; il giudizio della Corte non è, come spesso si afferma, un giudizio astratto in quanto il giudice *a quo* deve sempre descrivere le peculiarità del caso altrimenti rischia l'inammissibilità. Sì che la fattualità è parte essenziale anche del giudizio di costituzionalità¹⁰. Lo chiarisce, di recente, anche la Consulta, quando riconosce che il giudice *a quo*, al fine di evitare l'inammissibilità,

4 Come si è cercato di evidenziare altrove, i principi non operano mai da soli ed è proprio il bilanciamento, anche in presenza di una fattispecie apparentemente esaustiva, che preclude ogni forma di tirannia o abuso dettato dall'esistenza e dall'operatività di un solo principio o di una sola ideologia. Del resto anche l'interesse non è mai una monade e va sempre posto in correlazione con altri interessi, diritti o situazioni soggettive. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 143 ss. In questa direzione, di recente, v. anche Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, sul caso Ilva, secondo la quale "il bilanciamento" tra principi e situazioni soggettive, secondo proporzionalità e ragionevolezza, è l'unico strumento idoneo a evitare la "tirannia" o "l'illimitata espansione di uno dei diritti".

5 GUASTINI, R.: *Teoria del diritto: approccio metodologico*, Modena, 2012, p. 60.

6 Cfr. Corte cost., 18 dicembre 2003, n. 1, in www.cortecostituzionale.it, ove si legge che "non è sufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali od ordinarie, ma è necessario far riferimento all'insieme dei principi costituzionali [...] In tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa".

7 Così GRASSO, B.: *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli-Camerino, 1974, p. 30, sia pure sminuendo questa incontestabile verità.

8 DE GIOVANNI, B.: *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2016, p. 31.

9 ASCARELLI, T.: "Antigone e Porzia", in Id.: *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 155, 158.

10 Si è rilevato, di recente, che "anche le Corti costituzionali e i massimi consessi giurisdizionali – pur formalmente investiti del compito di giudicare la legittimità di "norme" – dichiarano esplicitamente che l'oggetto della loro analisi non sono solo testi, ma contesti, non sono [solo] dettati ma esperienze, non sono [soltanto] parole ma fatti"; LIPARI, N.: "Presentazione", in Id., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 5.

deve sempre tenere conto delle peculiarità del caso¹¹. Persino nel diritto penale – che si fonda sul broccardo *nullum crimen sine lege* – sulla scia della migliore dottrina, la Corte costituzionale non esita ad affermare che ogni pena deve essere *proporzionata* e diretta ad assicurare che la libertà del singolo non sia “esposta o sacrificata oltre i limiti della ragionevolezza”¹², nella direzione di garantire effettività alla reale funzione della pena. Diversamente si violerebbe l'art. 27, comma 3, cost., che impone la *rieducazione* e la *reintegrazione* sociale del condannato.

II. RAGIONEVOLEZZA, EGUALIANZA E PARITÀ DI TRATTAMENTO.

Nel linguaggio del Codice civile, delle leggi speciali, del Codice della navigazione, dei Principi *Unidroit*, dei *Principi di diritto europeo dei contratti* e del *Regolamento europeo della vendita*, la ragionevolezza assume una pluralità di significati. Spesso, ad esempio, è riferita a una indicazione temporale (*termine ragionevole*), all'oggetto della prestazione (*prezzo ragionevole*), a un rimedio (*misura ragionevole*), a un connotato soggettivo (*persona ragionevole*, *ragionevole affidamento*, *ragionevole previsione*), a un *progetto di fusione* o a un *assetto organizzativo o contabile di una società*¹³. Anche in dottrina e in giurisprudenza la ragionevolezza sembra sovrapposta alla proporzionalità, all'abuso, alla buona fede e all'equità¹⁴.

11 Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329.

12 Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Foro it.*, 2017, I, c. 97 s., che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 567, comma 2, c.p., là dove prevede, in caso di “alterazione di stato”, la pena della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni (comma 1). La sanzione più severa è considerata irragionevole e sproporzionata in relazione sia alla funzione rieducativa della pena, sia all'effettivo disvalore attualmente attribuibile alla condotta incriminata anche alla luce di altri reati analoghi e in certi casi più gravi (artt. 567, comma 1, 566, comma 2, e 568 c.p.). La pena è non proporzionata quando mira soltanto a risultati di tipo intimidativo-deterrente ed “utilizza” il singolo reo per intimidire la collettività. Il reo, se ridotto a “mezzo” per intimidire, non può che rifiutare il trattamento rieducativo: sul piano individuale, infatti, il rispetto del rapporto di proporzione tra fatto e sanzione “realizza un presupposto essenziale perché il reo possa in qualche modo considerare, in fase di esecuzione, la restrizione della sua libertà non come un sopruso da parte dello Stato”. Il reo giammai può divenire “mezzo”; egli può esser soltanto “fine”: questo è il senso che la miglior dottrina e la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale danno al dettato dell'art. 27, comma 3, cost., in virtù del quale “le pene devono tendere alla rieducazione del condannato”. Altro significativo esempio è riscontrabile nella l. n. 41 del 2016 che, nel disciplinare l'omicidio (colposo) stradale, ha introdotto comminatorie edittali esponenzialmente più severe dell'omicidio colposo comune. Detto altrimenti, sono previsti aumenti di pena soltanto in caso di colpa stradale, nonostante che in essa tendano a cumularsi pena legale e *poena naturalis*: gli effetti della violazione di una regola del traffico stradale si riverberano, infatti, quasi sempre anche a danno di colui che ha innescato il rischio. Proprio sulla base di queste considerazioni, in Germania l'omicidio stradale non è punito più severamente dell'omicidio colposo comune ed anzi è previsto l'istituto dell'*Absehen von Strafe* – ex § 60 StGB –: “Il giudice si astiene dalla pena, quando le conseguenze del fatto, che hanno riguardato l'autore, sono così gravi, che l'infliczione di una pena risulterebbe manifestamente sbagliata”. Si rinuncia all'applicazione della pena allorché le conseguenze della condotta pericolosa si siano riverberate a danno del suo autore, in guisa tale da far ritenere opportuno astenersi dall'irrogare, nei suoi confronti, la pena legale. In dottrina, MOCCIA, S.: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 188 s.; NAPPI, A.: *Razionalità complessiva del sistema: il c.d. omicidio stradale al banco di prova dei canoni di proporzione ed offensività*, Napoli, 2016, p. 693 ss. Da ultimo, PALMIERI, G.: “Ragionevolezza e scelte di incriminazione”, in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 777 ss.

13 Per una ricognizione dei relativi riferimenti normativi, si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., spec. p. 16 ss.

14 Sul punto, v. gli studi già svolti in PERLINGIERI, G.: o.u.c., *passim*, spec. pp. 16 ss. e 115 ss.

Nel concentrare l'attenzione sulla giurisprudenza costituzionale, il concetto di ragionevolezza è spesso appiattito sul principio di eguaglianza o sulla parità di trattamento, tant'è che, secondo la Consulta, il "generale canone di ragionevolezza sancito dall'art. 3" si risolverebbe in un "principio generale [...] che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento"¹⁵.

Su questa convinzione, la Corte costituzionale ha dichiarato, ad esempio, l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che riconosceva alle persone totalmente invalide il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico, escludendo dagli aventi diritto gli invalidi stranieri¹⁶. La decisione è condivisibile perché è vero che l'individuazione delle categorie di beneficiari rappresenta il frutto di una scelta "necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie", ma al legislatore è consentito introdurre "regimi differenziati" unicamente in presenza di una causa che non sia fonte di discriminazioni *irragionevoli* (arg. artt. 2, 3, 16 e 32 cost.)¹⁷.

Similmente, la Corte tende a identificare ragionevolezza ed eguaglianza quando fa questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, l. prov. autonoma di Trento 24 luglio 2012, n. 15, ai sensi del quale "[s]ono destinatari dell'assegno di cura i cittadini italiani o di Stati appartenenti all'Unione europea, gli apolidi e gli stranieri in possesso della carta di soggiorno ex art. 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 [...], purché [...] siano residenti nel territorio della Provincia di Trento da almeno tre anni continuativi"¹⁸. Rispetto alla lamentata "violazione del canone di ragionevolezza", la Corte osserva che – sebbene al legislatore sia consentito introdurre una disciplina differenziata per l'accesso alle prestazioni assistenziali al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili – "la legittimità di una simile scelta non esclude che i canoni selettivi adottati debbano comunque rispondere al principio di ragionevolezza, in quanto l'introduzione di

15 Corte cost., 4 luglio 2013, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1721; Corte cost., 9 luglio 2015, n. 146, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 515 ss., con nota di BORRILLO, B.: "Profili successori della riforma della filiazione: il regime transitorio al vaglio della Consulta". In dottrina, studia tale atteggiamento della Corte costituzionale, di recente, RUGGERI, A.: "Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale", in *Riv. AIC*, 2017, p. 1 ss.

16 Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. it.*, 2006, p. 2252.

17 Con un ragionamento simile, fondato sempre sul principio di eguaglianza, Corte cost., 9 luglio 2015, n. 146, cit., ha sostenuto la necessità di far operare la nuova disciplina in tema di parificazione tra figli anche per le successioni apertesi prima dell'entrata in vigore dell'intervento riformatore. V. anche Corte cost., 4 luglio 2013, n. 172, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2542; nonché Corte cost., 11 dicembre 2015, n. 262, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2272 (e in *Giur. it.*, 2016, p. 885 ss., con nota di RIVARO, R.: "Riflessioni sulla sospensione della prescrizione dell'azione sociale di responsabilità") che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2941, n. 7, c.c., nella parte in cui non prevede che la prescrizione sia sospesa tra la società in nome collettivo e i suoi amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi a differenza di quanto invece previsto per le persone giuridiche e per le società in accomandita semplice. Ancóra, è ritenuta arbitraria la scelta del legislatore di diversificare la decorrenza dei termini di prescrizione in base a un elemento, la personalità giuridica, che non soltanto vede attenuarsi il suo ruolo di fattore ordinante della disciplina societaria, ma non ha portata scriminante per il diverso aspetto della responsabilità degli amministratori per gli illeciti commessi durante la permanenza in carica.

18 Corte cost., 4 luglio 2006, n. 254, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 514 ss., con nota di LONGOBUCCO, F.: "Il regime patrimoniale dei coniugi tra vecchie e nuove norme di conflitto: ragionevolezza nell'uso del genuine link", *ivi*, p. 521 ss.

regimi differenziati è consentita soltanto in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*'. Nella specie, è esclusa tale ragionevole correlazione tra l'impugnato presupposto di ammissibilità al beneficio (residenza protratta nel tempo) e gli altri peculiari requisiti (situazione di bisogno e di disagio anche economico riferibile direttamente alla persona non autosufficiente in quanto tale), che costituiscono le condizioni di fruibilità della provvidenza in esame. Ciò determina "il venir meno della ragionevolezza della previsione di un requisito differenziato (e, nella specie, pesantemente aggravato), che, lungi dal trovare giustificazione nella essenza e finalità del beneficio, contraddittoriamente potrebbe portare a escludere soggetti altrettanto (se non più) esposti alle condizioni di bisogno e di disagio". La disposizione "realizza una discriminazione [...], che contrasta con la funzione e la *ratio* normativa stessa, in violazione del limite di ragionevolezza imposto anche dal rispetto del principio di uguaglianza"¹⁹.

Allo stesso modo, la norma è censurata di illegittimità per violazione dell'art. 3 cost. nella parte in cui è presupposto che lo straniero goda di permesso di soggiorno, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la condizione di accesso dei cittadini extraeuropei alle prestazioni assistenziali in questione e le situazioni di bisogno o disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità dell'assegno di cura.

L'atteggiamento dei Giudici costituzionali, sommariamente esposto e riscontrabile diffusamente anche in altre pronunce²⁰, è seguito da un'autorevole dottrina secondo la quale "il principio di ragionevolezza si ricava per astrazione dal principio di uguaglianza, come il principio di uguaglianza si ricava per specificazione dal principio di ragionevolezza"²¹.

19 Corte cost., 4 luglio 2006, n. 254, cit. Specularmente e per converso, Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258, in *Dir. giust.*, 2017, reputa fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, l. 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza), nella parte in cui non prevede l'esenzione dall'obbligo del giuramento (necessario ai fini della trascrizione nei registri dello stato civile dell'acquisita cittadinanza italiana da parte dello straniero) a favore della persona affetta da disabilità e, per tale condizione, inabilitata ad adempiere a tale obbligo. Precludendo l'acquisizione dello *status* di cittadino alle persone che non sono in grado di prestare giuramento per infermità psichica e, dunque, non prevedendo trattamenti differenziati, la normativa rischia di creare irragionevoli forme di emarginazione sociale e di determinare una ulteriore forma di emarginazione rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza.

20 Tra le altre cfr. Corte cost., 4 luglio 2006, n. 254, cit., p. 514, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 19, comma 1, disp. prel. c.c. nella parte in cui prevede che i rapporti patrimoniali tra coniugi siano regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio. La disposizione integrerebbe discriminazione irragionevole nei confronti della moglie per motivi legati soltanto al sesso, in violazione degli artt. 3 e 29, comma 2, cost.

21 BARBERIS, M.: "Eguaglianza, ragionevolezza e libertà", in VIGNUDELLI, A. (a cura di): *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, III, Modena, 2014, p. 26 ss.

La prospettiva non convince perché il controllo di ragionevolezza non si risolve affatto né nell'uguaglianza né nella parità di trattamento. In molti casi, prescinde da questi principi e si fa strumento di concretizzazione e di bilanciamento di una pluralità di ulteriori e non meno rilevanti valori normativi. In questa direzione, anche il meccanismo del *tertium comparationis* si rivela spesso riduttivo e fuorviante, in quanto il controllo di costituzionalità e di ragionevolezza, come affermato dalla stessa Consulta nelle sentenze n. 559 del 1988 (in tema di conflitto di attribuzione)²² e n. 394 del 2005 (in tema di assegnazione della casa familiare)²³, è sempre *totalitario* e *unitario* perché non è separabile dal fatto e riguarda sempre una pluralità di regole e principi²⁴. *Sí* che in ogni caso riduttivo, ma non “disperato”, “il tentativo di riduzione e rappresentazione teorica unitaria” del concetto di ragionevolezza²⁵. I casi che seguiranno confermeranno queste osservazioni.

III. LA RAGIONEVOLEZZA NELLA PROSPETTIVA DIACRONICA.

A titolo esemplificativo, il conflitto tra norme diacroniche è spesso condivisibilmente risolto prescindendo del tutto dall'uguaglianza. In diverse occasioni, la giurisprudenza ha scelto di sacrificare gli affidamenti individuali per perseguire obiettivi di politica sociale e/o economica che non necessariamente hanno a che fare con l'uguaglianza²⁶.

In questa prospettiva, oltre ad una significativa decisione del 2006²⁷, si pensi al necessario bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato – riconosciuto dall'art. 28, comma 7, l. 4 maggio 1983, n. 184, anche a tutela della vita del concepito,

22 Corte cost., 19 maggio 1988, n. 559, in *Giur. it.*, 1989, I, I, c. 1466.

23 Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1083.

24 Cfr. anche TESAURO, G.: “Il dialogo muto con la Corte europea dei diritti dell'uomo e la giustizia internazionale”, in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 121 ss.

25 RUGGERI, A.: “Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale”, in LA TORRE, M., SPADARO, A. (a cura di): *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 97 ss., spec. p. 98.

26 MAISTO, F.: “Diritto intertemporale”, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, I, 5, Napoli, 2007, *passim*. Invece, per il problema della parificazione tra figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio e la necessità di far operare la nuova disciplina in tema di filiazione anche alle successioni apertesi prima dell'entrata in vigore dell'intervento riformatore, cfr. Corte cost., 9 luglio 2015, n. 146, cit., ove senz'altro assume rilevanza l'art. 3 cost. assieme ad altri principi come la tutela della “vita familiare”.

27 Corte cost., 7 luglio 2006, n. 279, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1066, nel valutare la legittimità dell'art. 48, comma 5, l. 24 novembre 2003, n. 326 (che consente una riduzione della quota di spettanza del produttore del prezzo di vendita al pubblico di medicinali) e dell'art. 1, comma 3, d.l. 24 giugno 2004, n. 156 (che prevede uno sconto sul margine del prezzo al pubblico previsto in favore del produttore di alcuni medicinali), propone un bilanciamento tra l'interesse al contenimento della spesa farmaceutica nel contesto delle risorse date, il diritto alla salute e la libertà di iniziativa economica privata, e conclude che, nella specie, la compressione della libertà di iniziativa economica non è illegittima, perché l'imprenditore conserva un margine di utile ridotto ma *adeguato*. La sentenza è interessante perché non si limita a bilanciare in astratto la tutela della salute con l'adeguatezza del margine di utile per l'imprenditore, ma si preoccupa di ragionare “sul terreno della ragionevolezza complessiva della soluzione”, osservando che “appare ovvio che tale ragionevolezza complessiva dovrà, a sua volta, essere apprezzata nel quadro di un altrettanto ragionevole contemperamento di interessi [...] che risultino nella specie coinvolti”, come auspicato in Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92, in *Foro it.*, 2014, I, c. 714.

perché “distoglie” la donna da decisioni irreparabili, quali l'aborto o l'abbandono materiale del neonato²⁸ – e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Tale bilanciamento coinvolge non tanto l'eguaglianza, quanto la riservatezza, la tutela della vita, l'identità personale e la salute²⁹. Al riguardo, il dialogo muto con la Corte EDU³⁰ ha indotto la Consulta a rivedere la posizione precedentemente assunta³¹ e acquisire consapevolezza della necessità, anche per l'interprete comune, di valutare la *perdurante attualità* dell'anonimato, dichiarando l'illegittimità della disposizione che prevede l'irreversibilità della scelta effettuata al momento del parto. Tuttavia, anche il giudice comune è chiamato a operare un'analisi degli interessi in concreto coinvolti in una prospettiva “diacronica”, per verificare, volta per volta, la prevalenza dell'anonimato o del diritto a conoscere le proprie origini³².

Nell'occasione, la Corte sottolinea l'impossibilità di “cristallizzare” il diritto all'anonimato, valorizzando l'eventualità che un fatto sopravvenuto (la morte della madre o la revoca dell'anonimato), oppure un interesse o un valore, anche sopravvenuto, giustifichi una soluzione differente. Si pensi all'insorgere di malattie ereditarie, curabili prevalentemente grazie a informazioni o indagini genetiche e biologiche; o al sopraggiungere della morte della madre, che comporta (non l'estinzione, ma almeno) un “affievolimento” dell'interesse all'anonimato, come comprovato dal limite temporale massimo (cento anni) al quale il legislatore

-
- 28 PANE, R.: “L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 451 ss.; sempre EAD.: “Unioni same-sex e adozione in casi particolari”, *ivi*, 2017, p. 479 ss. Sul punto cfr. anche le interessanti osservazioni emerse dalla Tavola Rotonda “In materia di filiazione” svolta presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, il 13 aprile 2016, e pubblicate in *Foro nap.*, 2016, p. 611 ss.
- 29 Il problema è risolto di recente dal d.d.l. S. n. 1978, approvato dalla Camera dei Deputati in data 18 giugno 2015, che propone la modifica dell'art. 28, l. 4 maggio 1983, n. 184 (DDL. S. 1978, *Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita*, in <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/45784.pdf>). Non può omettersi, tuttavia, l'importante contributo della Corte costituzionale in questa direzione (Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 264). Proprio dando séguito alle sollecitazioni della Consulta, è stata prevista la possibilità di chiedere alla madre se intenda revocare la propria scelta.
- 30 La Corte Edu, con la pronuncia 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, Godelli c. Italia, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1597, condanna l'Italia per la violazione dell'art. 8 Cedu, evidenziando la necessità di attribuire rilevanza non soltanto all'interesse della madre, ma anche all'interesse del figlio a conoscere le proprie origini. V. anche Corte Edu, Grande camera, 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/1998, Odièvre c. Francia, in DE SALVIA, M., ZAGREBELSKY, G. (a cura di): *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, III, Milano, 2007, p. 598.
- 31 Con la pronuncia n. 278 del 22 novembre 2013, cit., p. 264, la Corte costituzionale muta intendimento rispetto alla precedente n. 425 del 25 novembre 2005, in *Riv. not.*, 2006, p. 101 ss.
- 32 Si pensi all'ipotesi nella quale la madre revochi (spontaneamente o su istanza del figlio) la scelta dell'anonimato (v., di recente, Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477) o nella quale l'interesse della madre all'anonimato e alla riservatezza si “affievolisca” (così nel caso di morte della madre) (Cons. St., 12 giugno 2012, n. 3459, in *Foro amm.*, 2012, p. 1545). La soluzione trova conferma in fonti sovranazionali e, come ha rilevato anche Cass., 9 novembre 2016, n. 22838, in *Dir. giust.*, 2016, p. 10, è utile a evitare disparità di trattamento tra figli le madri dei quali possono ancora essere interpellate e figli di madri che non sono più in vita. Né pare possibile prendere in considerazione gli interessi di “quei soggetti che dalla rivelazione di quella nascita tenuta nascosta per un'intera vita potrebbero subire ripercussioni esistenziali, sentimentali, affettive” e semmai “patrimoniali”, perché l'interesse dei terzi, sia pure meritevole, sembra dover soccombere di fronte alla verità biologica, alla tutela dell'identità personale e al diritto alla salute psico-fisica [TESCIONE, F.: “L'anonimato materno: un diritto al banco di prova” (nota a Cass., 9 settembre 2016, n. 22838), in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 673 ss.]

subordina la titolarità del diritto della madre a non essere menzionata³³. In tutti questi casi non può disconoscersi il diritto del figlio a conoscere le proprie origini al fine di tutelare anche la sua identità personale.

Detto altrimenti, la riservatezza della madre va tutelata nei limiti nei quali lo consenta il bilanciamento con altri valori, con il *favor veritatis* e una insopprimibile responsabilità genitoriale³⁴. Conclusione, questa, che può essere perseguita in via ermeneutica, a prescindere dall'approvazione del disegno di legge n. 1978 del 2015, in materia di "accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita", in discussione al Senato³⁵. La logica è la stessa che ispira la definizione del contenuto del diritto degli adottanti i quali, ex art. 22, comma 7, l. adozione, devono conoscere i fatti rilevanti relativi al minore, tra i quali almeno le informazioni sanitarie necessarie per il suo sano e armonico sviluppo psicofisico. La prospettiva storico-relativa, proposta dalla stessa Corte, impone di rifuggire da soluzioni *sub specie aeternitatis* e di configurare bilanciamenti (soluzioni) ragionevoli in un dato momento storico (che pure potrebbero risultare irragionevoli in un momento storico diverso) oppure soluzioni ragionevoli rispetto a talune informazioni (che parimenti potrebbero risultare irragionevoli rispetto a informazioni relative a beni di natura diversa, come le informazioni sanitarie)³⁶.

33 Art. 93, comma 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice di protezione in materia di dati personali*, che si intende modificare ai sensi dell'art. 2, d.d.l. S. n. 1978 (v., *retro*, la nota 29).

34 Sembra al contrario porsi degli interrogativi particolarmente favorevoli alla tutela della riservatezza GRANELLI, C.: "Il c.d. *parto anonimo* ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di *dialogo fra Corti*", in *www.juscivile.it*, 2016, p. 573. L'a. mette in evidenza l'importanza di procedere in ogni caso con cautela, anche in caso di morte della madre, poiché il diritto all'anonimato non tutela soltanto la salute (anche del concepito) e la riservatezza della madre, ma l'identità sociale costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato, in modo da evitare danni (all'immagine, alla reputazione e ad altri beni costituzionalmente rilevanti) a eventuali terzi interessati (p. 569).

35 D.d.l. S. 1978, *Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita*, cit.

36 La logica argomentativa è la stessa che induce Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Pluris online*, a reputare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 177, comma 1, cost., là dove non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità possa essere accolta soltanto quando risponde all'interesse del figlio. La Corte riconosce che, sebbene l'interesse del figlio "a vedersi riconosciuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita" sia particolarmente meritevole di tutela (come pure riconosciuto dal legislatore in diverse occasioni), va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualunque bilanciamento. Il giudice deve valutare, volta per volta, "se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità". Per concludere che "[s]e dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore".

La dottrina sensibile a tale prospettiva diacronica da tempo discorre non soltanto, ad esempio, di irragionevolezza sopravvenuta, bensì di illiceità sopravvenuta, oppure – si pensi ai vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. – di immeritevolezza sopravvenuta con conseguente inopponibilità sopravvenuta³⁷.

IV. *SEGUE*. LA CRIOCONSERVAZIONE DEGLI EMBRIONI IN SOPRANNUMERO.

La ragionevolezza ha un ruolo fondamentale nell'interpretazione della l. 19 febbraio 2004, n. 40, sulla *procreazione medicalmente assistita*.

La Consulta ha aderito alla prospettiva, accolta anche dalla Cassazione, tesa a estendere il principio di *dignità* alla *specie umana* per assicurarne il futuro³⁸, con la conseguenza di considerare anche gli embrioni, secondo la nozione accolta dalla Corte di Giustizia³⁹, portatori di valori e interessi da bilanciare con i diritti di soggetti terzi⁴⁰. Ciò perché il valore della persona, costituzionalmente garantito, dilata la sua rilevanza oltre i confini della nascita e della morte.

Se così è, la crioconservazione degli embrioni in soprannumero non può risolversi in una pratica a tempo indeterminato (come invece auspicato dalla Corte costituzionale nel tentativo di evitare la soppressione degli embrioni residui). Infatti, se è vero che l'embrione, a prescindere dal “grado di soggettività (...) più o meno ampio, non è certamente riducibile a mero materiale genetico”⁴¹, e se è vero che la crioconservazione, sia pure perpetua, evita la soppressione degli embrioni *abbandonati* tutelandone la loro “dignità”, vero è pure che la pratica della crioconservazione *sine die* rischia di porre l'embrione in un limbo, con lesione

37 PERLINGIERI, G.: “Il controllo di *meritevolezza* degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.”, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.

38 GUTMANN, T.: *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, Napoli, 2016, p. 40.

39 Sulla nozione di “embrione umano” v. ZECCHINO, I.: “La nozione di *embrione umano* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 503 ss.

40 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 680; in questa prospettiva vedi anche BALLARANI, G.: “Nascituro (soggettività del)”, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, IX, Napoli, 2015, p. 137 s., il quale richiama anche Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, p. 117 ss.; nonché CARIMINI, F.: “Nascituro (legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e)”, *ivi*, p. 128 ss.

41 Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3749.

della sua "dignità"⁴², risolvendosi, in altre parole, in una sorta di accanimento terapeutico, con sacrificio della vita che l'embrione già porta in sé⁴³.

Il generale divieto di impiego degli embrioni soprannumerari (ex art. 13, l. n. 40 del 2004) va opportunamente bilanciato sia con la *libertà di ricerca*, sia con altri interessi e valori meritevoli di tutela: tra questi, l'*interesse economico alla riduzione delle spese*, in ragione degli oneri legati alla crioconservazione, e il *diritto alla salute*, in ragione del mancato uso degli embrioni per nuove terapie e farmaci. Si pensi all'utilizzabilità dell'embrione a scopi di sperimentazione, specie se affetto da anomalie cromosomiche incompatibili con la vita o comunque molto gravi, o all'utilizzabilità delle cellule staminali embrionali qualora fosse acquisita dalla scienza la loro utilità. In tal caso il *divieto di impiego di embrioni* procurerebbe lesione certa sia alla *ricerca scientifica* sia alla salute delle persone.

Il *divieto di impiego degli embrioni* in soprannumero va bilanciato altresì con la *solidarietà* e la *protezione della maternità*. Non sembra si possa *de iure condito* escludere anche l'adozione dell'embrione da parte di terzi, se vi è il consenso della coppia fornitrice del materiale genetico. Questa pratica realizzerebbe in via diretta la *protezione della maternità*, ex art. 31, comma 2, cost.⁴⁴, e risponderebbe ai princípi di solidarietà e di tutela della *dignità dell'embrione*⁴⁵. Tra l'altro, l'adozione del concepito è ammessa dal recente disegno di legge n. 4215, presentato l'11 gennaio 2017. Più utile, invece, sarebbe introdurre da parte del legislatore delle cautele idonee a evitare una incontrollata *commercializzazione degli embrioni residui*.

La Corte costituzionale sembra comunque consapevole che il divieto della crioconservazione a tempo indeterminato (o perpetua) degli embrioni

42 Ciò considerando, molti Paesi europei (come Francia, Germania, Regno Unito e Spagna) scelgono di limitare temporalmente la crioconservazione, consentendo l'utilizzo degli embrioni soprannumerari per fini anche diversi da quelli originariamente previsti (i.e., l'utilizzabilità degli embrioni "abbandonati" affetti da gravi anomalie per la ricerca scientifica o l'adozione dell'embrione da parte di terzi). *De iure condito*, l'utilizzabilità degli embrioni in soprannumero per la ricerca scientifica è una pratica, riconosciuta in altri Paesi (come Regno Unito, Portogallo e Spagna), ma che in Italia sembra vietata dall'art. 13, l. n. 40 del 2004. Questa disposizione pone una serie di dubbi di costituzionalità (recentemente superati da Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giur. cost.*, 2016, p. 750, in modo non del tutto convincente; v. ord. di rimessione del Trib. Firenze, 7 dicembre 2012, n. 166, in *Foro it. online*) e comunque non sembra idonea a escludere in tutti i casi l'utilizzabilità dell'embrione a scopi di sperimentazione. Sul tema, di recente, PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, cit., p. 827 ss. Cfr. Altresí MUSIO, A.: "Misure di tutela dell'embrione", in STANZIONE, P., SCIANCALEPORE, G. (a cura di): *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004, p. 205 ss.

43 ZECCHINO, I.: "La nozione di *embrione umano* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", cit., p. 511, richiama la giurisprudenza europea che discorre dell'embrione quale "essere umano in divenire". Sul punto cfr. anche LANDI, R.: "L'incerto destino degli embrioni soprannumerari", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 907 ss.; PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", cit., p. 827 ss.

44 Invece auspica, conformemente alla Corte costituzionale, un intervento del legislatore anche PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", cit., p. 834 ss.

45 Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit., p. 750 ss.; Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit., c. 3749; Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro amm.*, 2015, p. 1641 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 930 ss., con nota di FERRANDO, G.: "Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto", *ivi*, II, p. 582 ss.

sopranumerari non è la soluzione definitiva⁴⁶. Senz'altro l'embrione merita protezione perché la sua conservazione è funzionale alla tutela della vita e della sua dignità, ma non può neppure negarsi che soltanto con il ragionevole "bilanciamento tra i principi in conflitto" è possibile valutare la meritevolezza di questa pratica. Libertà della ricerca scientifica, esigenze procreative della coppia, tutela della dignità dell'embrione sono istanze non perseguibili con la logica deduttiva o con il mero dogmatismo.

V. SEGUE. L'AUTOMATISMO ESPULSIVO DELLO STRANIERO A SÉGUITO DI REATO.

Discorso simile si può proporre a proposito dell'automatismo espulsivo dello straniero a séguito di reato (artt. 4 e 5, d.lg. 25 luglio 1998, n. 286)⁴⁷.

Sebbene l'espulsione possa essere funzionale a soddisfare *sicurezza, sanità e ordine pubblico*, in diverse occasioni la Corte costituzionale ha invitato il giudice comune, mediante interpretazione conforme, a escludere l'automatismo espulsivo e valutare, con ragionevolezza e proporzionalità, le *peculiarità del caso concreto*⁴⁸. L'esortazione è a tenere conto non soltanto dei principi fondamentali a tutela della persona, ma anche della *natura e della gravità del reato*, della sussistenza di una sentenza di *condanna definitiva, non definitiva* oppure di una *mera denuncia*⁴⁹, del *lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato*, della *pericolosità del reo*, della *situazione familiare*, della *solidità e della serietà dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite*. Si pone anche il problema della tutela di *eventuali minori* e dell'interesse, riconosciuto in ambito nazionale e sovranazionale⁵⁰, all'unità della famiglia del reo (in particolare se minore)⁵¹; interesse che può rendere necessario il ricongiungimento familiare e legittimare l'esclusione dell'espulsione. Viceversa,

46 Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit., p. 750 ss. e Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit., c. 3749.

47 Cfr. ALPINI, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. meccanismo espulsivo dello straniero", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, cit., p. 47 ss.

48 Corte cost., 27 aprile 2007, n. 143, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2; e Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3376.

49 Si tratta di fattispecie molto diverse fra loro in ordine alla valutazione di *pericolosità sociale* dello straniero: Cass. pen., 1 febbraio 2012, n. 4377, in *Cass. pen.*, 2012, p. 918 ss.; Cass. pen., 25 novembre 2014, n. 50379, in *Foro it.*, 2015, II, c. 1 ss.

50 V. art. 17, Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 10, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo; art. 8 Cedu; ma anche gli artt. 2 e 30 cost. e 28, comma 3, t.u. immigr.; art. 3, Conv. New York cit.; art. 24, Carta dir. fond. un. eur., i quali impongono che in caso di minore la disciplina dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale sia conformata, interpretata e applicata al fine di perseguire il suo preminente interesse.

51 Del resto già Cass., 16 ottobre 2009, n. 22080, in *Fam. dir.*, 2010, p. 225; Cass., 19 gennaio 2010, n. 823, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 918, ha interpretato l'art. 31 t.u. sull'immigrazione nel senso che i "gravi motivi" ben possono ricondursi allo sviluppo psico-fisico del minore, alle sue condizioni di salute e, più in generale, alla sua età con conseguente autorizzazione alla madre a permanere in Italia pur in mancanza di un permesso di soggiorno. In tema LIPARI, N.: "Diritti fondamentali e ruolo del giudice", in *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 126 s.

è pur possibile che l'allontanamento del minore straniero dalla famiglia si renda indispensabile nel suo preminente interesse, nonostante il generale divieto dell'art. 19, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 286 del 1998. La Consulta ammette che l'esercizio del diritto al ricongiungimento può essere sottoposto a presupposti e limiti normativi se diretti ad assicurare "un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale", come, ad esempio, quando si richieda allo straniero la possibilità di assicurare ai familiari dignitose condizioni di vita⁵².

I. Il riconoscimento dei diritti dello straniero.

L'impossibilità di identificare ragionevolezza ed eguaglianza e la necessità di utilizzare la prima quale criterio di bilanciamento di una pluralità di principi emergono anche con riferimento al problema del riconoscimento di taluni diritti agli stranieri. Problema che, secondo la Consulta⁵³, non si esaurisce in una questione di logica deduttiva, neppure per il giudice comune. Occorre bilanciare l'interesse statale al controllo del territorio, a sua volta collegato alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti (come l'ordine pubblico, la sicurezza e la sanità pubblica), con i diritti fondamentali della persona⁵⁴. Per farlo, è necessario tener conto delle peculiarità del caso concreto, in quanto – come rilevato anche dalla Cassazione – altro è il riconoscimento allo straniero, in condizione di irregolarità, di diritti non fondamentali, altro è il caso nel quale siano in questione diritti fondamentali, che spettano alla persona umana in quanto tale, indipendentemente dallo *status civitatis* e dalla *condizione di reciprocità* (ex art. 16 disp. prel. c.c.)⁵⁵.

- 52 In questa prospettiva Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 635; e Corte cost., 26 giugno 1997, n. 203, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2370, estendono il novero dei titolari del diritto al ricongiungimento, rispettivamente, al genitore che presti la propria attività lavorativa soltanto all'interno della famiglia e al genitore che chieda di ricongiungersi al figlio convivente in Italia con l'altro genitore. Nello stesso solco, Cass., 7 febbraio 2001, n. 1714, in *Dir. fam.*, 2001, p. 1429 ss., e Cass., Sez. un., 25 ottobre 2010, n. 21799, *ivi*, 2011, p. 140, che apre un varco nella disciplina sull'ingresso e il soggiorno dello straniero, consentendo l'autorizzazione temporanea del familiare a entrare o permanere nel territorio nazionale non soltanto in presenza di situazioni di emergenza (come sembrava stabilire eccezionalmente l'art. 31, comma 3, t.u. immigr.), ma ogni qualvolta, nel singolo caso concreto, dall'allontanamento del familiare possa derivare al minore un danno grave all'equilibrio psico-fisico, da apprezzarsi ad opera del giudice del merito, "tenendo conto della peculiarità delle situazioni prospettate" e di ogni possibile variabile della fattispecie. Si che anche in questo caso il principio dell'interesse superiore del minore impone al giudice non soltanto di porsi la questione di legittimità costituzionale di una norma (quindi sindacare la ragionevolezza della ponderazione dei valori in conflitto compiuta dal legislatore), ma (come rileva anche Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353, in *Dir. giur.*, 1998, p. 903) di compiere egli stesso nel momento dell'interpretazione e dell'applicazione direttamente il bilanciamento degli interessi in gioco, in modo da svolgere un'indagine *in modo individualizzato* che giunga a una interpretazione della norma attenta al *caso concreto* e agli interessi e i principi coinvolti. In dottrina, CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 477 ss.
- 53 Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245, in *Dir. fam.*, 2012, p. 59; Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3030; Corte cost., 16 maggio 2008, n. 148, in *DeJure online*; Corte cost., 26 maggio 2006, n. 206, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 3.
- 54 CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo", in *Dir. fam. pers.*, in corso di pubblicazione, e *Id.*: "Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale", cit., p. 477 ss.
- 55 Sul punto il dialogo tra la giurisprudenza, anche di legittimità, e la Corte costituzionale è serrato. V. Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, in *Dir. fam.*, 2011, p. 1630, in tema di diritto al risarcimento dei danni subiti da un genitore straniero; Corte cost., 23 novembre 1967, n. 120, in *www.cortecostituzionale.it*, sul riconoscimento allo straniero dello *status personae* e dei diritti fondamentali; e Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245, cit.,

VI. LA RAGIONEVOLEZZA IN PRESENZA DI DISPOSIZIONI CHIARE E PUNTUALI.

La ragionevolezza è criterio utile anche in presenza di disposizioni chiare e puntuali.

Oltre all'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. – che, nel vietare ai giudici di *citare autori giuridici* nelle motivazioni delle sentenze, appare una disposizione in contrasto con gli artt. 3, 4 e, soprattutto, 24 cost., nonché priva di *ratio* e idonea a minare un dialogo trasparente tra dottrina e giurisprudenza⁵⁶ –, si pensi alla questione dell'*exordium prescriptionis* in caso di danni lungolatenti e dell'interpretazione sistematica dell'art. 2935 c.c.⁵⁷.

Del pari, vale richiamare il necessario controllo di congruità e adeguatezza dei termini di decadenza legali e convenzionali, che, anche secondo la Corte costituzionale⁵⁸, non possono essere così brevi da rendere eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto e, quindi, la difesa ex art. 24 cost. La ragionevolezza di un termine non può essere stabilita in astratto, "fissando una *soglia minima generale*, valida per tutti i procedimenti, ma deve essere valutata caso per caso"⁵⁹ pure dal giudice comune⁶⁰. Analoghe considerazioni valgono per il termine di prescrizione pattizio, come ribadito di recente anche dalla Cassazione⁶¹.

Anche la disposizione puntuale, in costanza di un nuovo caso, deve essere reinterpretata al fine di bilanciare interessi e valori coinvolti. Né pare possibile distinguere tra sussunzione e bilanciamento, perché le regole e i principi sono in continua tensione applicativa⁶².

con la quale è dichiarata costituzionalmente illegittima la disposizione che, allo scopo di contrastare i matrimoni di "comodo", introduceva una generale preclusione a contrarre matrimonio a carico di stranieri extracomunitari non regolarmente soggiornanti, così da lederne il diritto fondamentale a contrarre matrimonio (in contrasto con gli artt. 2 e 29 cost., 12 Cedu e 16 Dich. un. dir. uomo).

- 56 La questione è diffusamente affrontata in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 56 ss.
- 57 Sul punto v. LEPORE, A.: "Prescrizione e ragionevolezza. I danni lungolatenti", in PERLINGIERI, G., LAZZARELLI F. (a cura di): *Secondo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 23-24 marzo 2017, Aula Magna – Campus dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, Napoli, 2018, p. 605 ss.
- 58 Corte cost., 31 maggio 2000, n. 161, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1437.
- 59 Corte cost., 31 maggio 2000, n. 161, cit., p. 1437.
- 60 Così, ad esempio, i giudici di merito hanno qualificato irragionevole il termine fissato con legge regionale (tra l'altro probabilmente illegittima in quanto relativa ad una materia di competenza esclusiva dello Stato) riconosciuto al Comune per esercitare il diritto di prelazione su una farmacia di nuova istituzione (T.A.R. Cagliari, 23 ottobre 2000, n. 919, in *Rass. dir. farm.*, 2001, p. 323 ss.).
- 61 Cass., 27 ottobre 2005, n. 20909, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 211 s.: "[è] nulla la clausola con la quale, una volta stabilito che il termine d'efficacia della fideiussione coincida con quello di escussione della garanzia, si fissi tra questo termine e il termine di scadenza dell'obbligazione garantita un periodo temporale così ristretto da rendere eccessivamente difficile [...] che il creditore possa avvalersi della garanzia prestata".
- 62 In questa direzione sembra inopportuno distinguere in modo assoluto tra "attuare", "osservare" e "applicare" la legalità costituzionale. Sul punto v. PEDRINI, F.: "Introduzione. Scienza giuridica e legalità costituzionale: vademecum metodologico per un "ritorno al diritto". Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista a Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1127 ss. (e in *Lo Stato*, 2017, p. 187 ss.). Diversamente LUCIANI, M.: "Ermeneutica costituzionale e massima

Del resto, se “le leggi si dichiarano costituzionalmente illegittime soltanto” quando “è impossibile darne interpretazioni costituzionali”⁶³; e, se nel bilanciamento tra interessi patrimoniali e non patrimoniali devono prevalere, di regola, i secondi⁶⁴ – al punto che la discrezionalità del legislatore nell’allocazione delle risorse per il perseguimento del pareggio di bilancio (art. 81 cost.) non è insindacabile⁶⁵, perché “è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione” –, è senz’altro condivisibile l’orientamento di quella recente giurisprudenza di legittimità che, in presenza di una disposizione chiara come l’art. 720 c.c., osserva che, anche in costanza di divisione ereditaria di un bene indivisibile, la preferenza dell’assegnazione tra piú condividenti non cade necessariamente sul maggior quotista (quale portatore di una ragione patrimoniale) ma sul titolare dell’interesse piú meritevole⁶⁶, come nel caso del quotista di minoranza che tuttavia utilizza il bene come unica abitazione o unica fonte di lavoro. Stesso discorso per l’interpretazione dell’art. 560 c.c. in tema di riduzione del legato e di donazione di immobili.

VII. RAGIONEVOLEZZA E GIUSTO RIMEDIO.

Il controllo di ragionevolezza risulta fondamentale anche nella scelta del rimedio piú adeguato⁶⁷.

La Consulta, come pure il legislatore⁶⁸, discorre spesso di “ragionevolezza e proporzionalità del mezzo impiegato rispetto al fine perseguito”⁶⁹.

attuazione della Costituzione”, in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 37 ss., il quale distingue in modo ingenuo tra “applicazione” e “attuazione” perché non soltanto questi due termini sono sinonimi, ma non sussistono indici normativi idonei a giustificare distinzioni di questo tipo.

- 63 Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 263, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3738; e già Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giust. pen.*, 1997, I, p. 85; e Corte cost., 20 aprile 2000, n. 113, in *Giur. it.*, 2000, p. 1687.
- 64 Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2330; Corte cost., 14 luglio 2016, n. 174, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, p. 162.
- 65 In questa direzione anche FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017, p. 60, il quale osserva che le spese nei diritti sociali “sono gli investimenti economicamente piú produttivi essendo la salute, l’istruzione e la sussistenza non solo fini a se stessi, ma anche le condizioni della produttività individuale e perciò collettiva”.
- 66 Cass., 5 novembre 2015, n. 22663, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1058 ss., con nota di VENOSTA, F.: “Immobili non divisibili, art. 720 c.c. e limiti alla discrezionalità del giudice”, *ivi*, p. 1059 ss. In tema, cfr. ALPINI, A.: “La preferenza nell’assegnazione del bene indivisibile: il criterio dell’interesse prevalente. Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione sull’interpretazione dell’art. 720 c.c.”, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 678 ss.
- 67 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 86.
- 68 *Amplius* in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 87 ss. V. anche l’art. 130 c. cons., in tema di vendita di beni di consumo, che consente al consumatore di scegliere tra *riparazione, sostituzione, riconduzione ad equità o risoluzione* salvo che il rimedio scelto risulti irragionevole, oppure gli artt. 7 e 7 bis d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, s.m.i., in tema di ritardi di pagamento, ove non si esclude che un comportamento iniquo, sottoforma di patto o prassi, possa dare luogo ora a nullità, ora a nullità e risarcimento, ora soltanto a risarcimento.
- 69 Tra le tante, Corte cost., 25 luglio 2000, n. 351, in *Foro amm.*, 2001, p. 1096; Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, vvw1, c. 1787; Corte cost., 19 febbraio 1999, n. 34, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1259.

La scelta del rimedio ragionevole è centrale, ad esempio, nelle discusse ordinanze con le quali si è disposta la nullità della caparra manifestamente eccessiva per contrarietà ai principi di solidarietà e proporzionalità, nonché alla buona fede⁷⁰. In proposito, il ragionamento della Consulta è condivisibile là dove non dichiara l'illegittimità della disposizione per la mancata previsione della riducibilità d'ufficio della caparra sproorzionata (sul presupposto che non è necessario che il legislatore di volta in volta assicuri espressamente il rispetto della proporzionalità, con specifica previsione, in quanto principio generale), ma lascia perplessi per la scelta del rimedio⁷¹. Di là da ogni analogia con la clausola penale⁷², il rimedio più adeguato in caso di caparra iniqua non è la nullità, sia pure parziale, ma la riconduzione ad equità, tecnica *manutentiva* che si rivela proporzionata e ragionevole nel caso in esame perché favorisce la conservazione e la stabilità dell'accordo⁷³ con contemperamento di tutti gli interessi coinvolti in relazione al valore del bene.

Né il potere di correzione può essere escluso da un previo accordo di irriducibilità, poiché all'autonomia non si può consentire di paralizzare la soddisfazione di interessi superiori⁷⁴. Del resto, la riduzione d'ufficio è espressamente prevista anche nella vendita di beni di consumo (art. 130 c. cons.) e nel contratto di assicurazione (art. 1909 c.c.). Con riferimento a quest'ultimo, la dottrina migliore ne discorre in termini di rimedio conformativo destinato a operare non soltanto in caso di soprassicurazione, ma anche di polizza stimata manifestamente eccedente, nonché in tutti i casi nei quali la prestazione pattuita risulti superiore al valore reale del bene⁷⁵.

La stessa Consulta, in altre occasioni, esclude l'utilità di previsioni sanzionatorie rigide, l'applicazione delle quali non sia calibrata sul "rapporto di adeguatezza col caso concreto" e rispetto alle quali è "indispensabile" una "gradualità applicativa" sia "nel contesto giurisdizionale" sia "in quello disciplinare"⁷⁶.

70 Corte cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giust. cost.*, 2013, p. 3767; e Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035.

71 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 31 ss., nota 65. Ribadisce, invece, la condivisibilità del rimedio indicato dalla Consulta in caso di caparra iniqua GROSSI, P.: *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 837 s.

72 Su questo profilo, cfr. PERLINGIERI, G.: *o.l.u.c.*; nonché, in particolare, Id.: "Legge, giudizio e diritto civile", in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2018, 2, in corso di pubblicazione.

73 Sulla diversa funzione dei c.dd. rimedi ablativi e manutentivi, cfr. DI SABATO, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, cit., p. 387 ss.

74 Cass., 28 settembre 2006, n. 21066, in *Foro it.*, 2007, I, c. 434.

75 Sempre importante sarà valutare l'interesse del creditore, nonché, da parte del giudice, esplicitare le ragioni che hanno indotto a ritenere eccessivo l'importo pattuito; sul punto v., per tutti, PARTESOTTI, G.: *La polizza stimata* (1967), rist. Napoli, 2017, p. 87 ss., nonché CORRIAS, P.: "Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni", *ivi*, p. XVII.

76 Corte cost., 16 luglio 2015, n. 170, in *Foro amm.*, 2015, p. 2461.

La prospettiva indicata non conduce alla sovrapposizione, come pure si è affermato⁷⁷, delle competenze tra *legislazione* e *giurisdizione*, perché la violazione di una norma avente natura imperativa non comporta necessariamente la nullità del contratto qualora questo rimedio risulti sproporzionato e irragionevole rispetto “alla *ratio* del divieto”⁷⁸, oppure qualora la nullità costituisca un “esito sovrabbondante rispetto all’attuazione degli interessi [coinvolti e] protetti dalla norma violata”⁷⁹. Sí che “spetta al Legislatore individuare gli interessi giuridicamente rilevanti e al giudice operare la valutazione comparativa e il bilanciamento di questi interessi al fine di stabilire se uno di essi sia stato “ingustamente” sacrificato e, in tal caso, verificare quale, tra i diversi rimedi in astratto previsti dall’ordinamento, sia il più idoneo ad assicurare l’effettiva tutela dell’interesse prevalente”⁸⁰, secondo criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza.

LepronouncedellaConsultaintemadicaparra,tuttavia,dimostrano innegabilmente che il controllo di costituzionalità deve estendersi anche all’autonomia negoziale, la quale non può essere *impermeabile* alle evoluzioni dell’ordinamento, né può essere considerata un valore sovraordinato e incomparabile (o non bilanciabile) con altri, ma deve essere tutelata se conforme e funzionale ad altri principi e valori del sistema ordinamentale⁸¹. D’altronde, sarebbe una contraddizione sottoporre il potere legislativo a controllo di costituzionalità e, invece, lasciare i privati liberi di regolamentare i propri rapporti in modo difforme dai principi fondamentali o

77 V., tra gli altri, LUCIANI, M.: “Ermeneutica costituzionale e massima attuazione della Costituzione”, cit., p. 37 ss.

78 POLIDORI, S.: *sub art. 1418*, in PERLINGIERI, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, Napoli, 2010, p. 1021. Il discorso è esteso alla nullità testuale in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 67 ss.

79 POLIDORI, S.: o.l.c. Cfr. anche PERLINGIERI, G.: o.u.c., p. 86 ss. e spec. p. 90 s. In questa prospettiva, v.: CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 149; DE NOVA, G.: “Il contratto contrario a norme imperative”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss., spec. p. 442; VILLA, G.: *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, pp. 22 ss., 78 ss. In giurisprudenza, cfr.: Cass., 12 ottobre 1982, n. 5270, in *Giur. it.*, 1983, I, I, c. 741; Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 7033, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3518 ss. Sulla nullità quale rimedio residuale, destinato a colpire la regola pattuita in violazione di norma imperativa sprovvista di altra sanzione, v. LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 110 ss.; ne riprende il percorso argomentativo Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109. La prospettiva indicata trova riscontro anche nell’ipotesi di negozi in frode alla legge fiscale dove, nonostante si violi una norma imperativa, la sanzione preferibile non è la nullità, ma la sola inopponibilità all’amministrazione finanziaria: così Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 339; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4785, in *Vita not.*, 2007, p. 815.

80 NUZZO, M.: “Abuso del diritto e nuovo riparto di competenze tra legislazione e giurisprudenza”, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 968, 972 e 974: “una volta che il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela un bene della vita, spetta al giudice valutare l’idoneità del rimedio legislativamente previsto a garantire un’efficiente tutela di quel bene, con la conseguenza che, ove il rimedio risulti inefficiente, rientra nel potere del giudice trovare nel sistema dei rimedi previsti in via generale dall’ordinamento quello più efficiente” e, direi, nel caso concreto, più ragionevole e proporzionato.

81 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 322 ss.; MIGNOZZI, A.: “Le pene private contrattuali nel diritto vivente. Funzione concreta e principio di proporzionalità”, in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, cit., p. 717 ss.; nonché, da ultimo, PERLINGIERI, P.: “Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale”, in *Rass. dir. civ.*, 2017, spec. p. 207 ss., ove ulteriori riferimenti a proposito dei fondamenti costituzionali dell’autonomia negoziale. In questa direzione, di recente, anche FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., p. 34 ss., il quale propone un costituzionalismo di diritto privato al fine di evitare un neo-assolutismo dei poteri economici di mercato, nonché l’esaltazione di una “libertà esente da limiti e controlli”.

da altre norme gerarchicamente superiori. E non si tratta, come pure affermato, di *uso alternativo del diritto* perché i princípi costituzionali appartengono al diritto posto.

L'interpretazione non è soltanto un mezzo per individuare il significato di una norma, ma ha una funzione di *controllo e conformazione*⁸² degli atti (legislativi o convenzionali) con valenza normativa.

VIII. LA RAGIONEVOLEZZA COME PARAMETRO DI INTERPRETAZIONE E CONCRETIZZAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI: L'ORDINE PUBBLICO.

La ragionevolezza è essenziale anche nell'interpretazione e nella concretizzazione delle clausole generali⁸³. Ad esempio, la distinzione, spesso sopravvalutata, tra ordine pubblico interno e internazionale⁸⁴ non è altro che la distinzione tra princípi fondamentali o disposizioni legislative espressione di princípi identificativi della Repubblica italiana (e, in quanto tali, in alcun modo

82 PERLINGIERI, P.: ““Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale”, cit., p. 204 ss. L'ordinamento è uno, il principio di legalità impone un controllo contenutistico ora di legittimità degli atti normativi ora di liceità e di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale. Controlli, questi, sostanzialmente simili perché “finiscono con l'avere le stesse radici (...), gli stessi princípi normativi di riferimento” (PERLINGIERI, P.: “Prefazione”, in *Id.*: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, p. 9), risolvendosi in un giudizio di conformità dell'atto (legale o convenzionale) ai princípi ed alle norme fondamentali. È necessario discorrere di norme perché c'è ancora qualche giurista che superficialmente equipara questa posizione, senz'altro espressione di un moderno positivismo giuridico, alla diversa e non assimilabile teorica dell'uso alternativo del diritto”; v. D'AMICO, G.: “Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei princípi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)”, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 500, 451, il quale, tra l'altro, ritiene, errando, che i fautori del controllo di meritevolezza degli atti di autonomia automaticamente prospettino una rilevanza “mediata” dei princípi costituzionali tramite la “categoria civilistica della “meritevolezza”” (nota 17). L'a. dimentica non soltanto che la meritevolezza è una mera *synthesi verbale*, ma soprattutto che non è mai questione di applicazione “mediata” o “immediata”, “indiretta” o “diretta” dei princípi, bensì sempre di un giudizio che non può non esser fatto alla luce di parametri normativi storicamente mutevoli che consentono di stabilire cos'è e cosa non è meritevole (e degno di tutela) in un determinato momento storico. Di conseguenza, un atto o una clausola potranno essere dichiarati non meritevoli anche in virtù della loro non conformità “immediata” o “diretta” ad un principio fondamentale. Inoltre, la dicotomia applicazione “diretta o indiretta” è espressione di una prospettiva ancora legata alla distinzione tra un “diritto per regole” e un “diritto per princípi” e trascura che qualsiasi controllo, anche quello di meritevolezza, impone sempre (il bilanciamento e) il coinvolgimento di tutte le norme, regole o princípi che siano. Tra l'altro, il controllo di meritevolezza può assumere connotati diversi anche nello stesso momento storico e alla luce del medesimo ordinamento giuridico, in ragione del contesto applicativo e della norma di riferimento. Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: “Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.”, cit., p. 54 ss.

83 In generale e con riferimento, in particolare, alla clausola generale di buona fede, si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 114 ss. In effetti, le clausole generali “non sono astoriche ma assumono significati con l'evolversi della realtà e quindi dello stesso ordinamento”; “sono nient'altro che una tecnica legislativa, una tecnica redazionale: acquisiscono rilevanza nel contesto del regolamento, del concreto rapporto inserito nell'intero sistema ordinamentale e soprattutto nei suoi princípi identificativi” (PERLINGIERI, P.: “Obbligazioni e contratti”, in *Annuario del contratto 2016* diretto da D'Angelo, A., Roppo, V., Torino, 2017, p. 213 s.).

84 Per una concezione unitaria dell'ordine pubblico si rinvia a PERLINGIERI, P.: “Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico”, in *Dir. succ. fam.*, 2017, I, p. 183 ss.; in tema, ma con sviluppi in parte differenti, cfr. anche BARBA, V.: “L'ordine pubblico internazionale”, in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato. 10-11 novembre 2016, Complesso di S. Andrea delle Dame, Seconda Università di Napoli*, Napoli, 2017, p. 409 ss.

derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi o norme imperative conformi a Costituzione ma non espressione di principi fondamentali (e quindi derogabili dalla legislazione straniera e applicabili al cittadino straniero a condizione di reciprocità ex art. 16 disp. prel. c.c.). Pertanto la questione se una consuetudine internazionale, una legge straniera o un lodo di un arbitrato internazionale possano derogare una “legge” italiana, o se una norma debba essere applicata a condizione di reciprocità⁸⁵, si risolve non tanto in distinzioni astratte tra ordine pubblico interno e internazionale⁸⁶, ma in un problema di gerarchia dei valori normativi (non delle fonti)⁸⁷ e di bilanciamento, secondo ragionevolezza, tra norme e principi in concorso. Bilanciamento che deve essere condotto tenendo conto delle peculiarità del caso⁸⁸, delle limitazioni di sovranità derivanti dal diritto internazionale generale, dal diritto dell'Unione Europea (artt. 10 e 11 cost.), dagli eventuali obblighi internazionali pattizi (art. 117, comma 1, cost.) e in considerazione del c.d. margine di apprezzamento che ciascuno Stato conserva nell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁹.

85 Questione affrontata in Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 237.

86 Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Giur. it.*, 2016, p. 1854 ss., con nota di DI MAJO, A.: “Riparazione e punizione nella responsabilità civile”, ove si afferma che “la portata del principio di ordine pubblico [...] è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale”. Progressivamente sono state abbandonate rigide posizioni in favore di una nozione di ordine pubblico allargata e unitaria; sul punto, cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408, con nota di CASABURI, G.: “Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata”, e in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di RENDA, A.: “La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore”.

87 Sulla differenza tra gerarchia dei valori e delle fonti, v. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. p. 433 ss., che ravvisa nel personalismo e nel solidarismo i fondamenti del sistema ordinamentale di derivazione europea e mette in luce la possibilità che una norma di grado inferiore deroghi una norma di grado superiore se più conforme al principio fondamentale. Cfr. anche ID., FEMIA, P.: “Sistema, gerarchia, bilanciamento dei principi”, in PERLINGIERI, P., AA.VV.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 14 s.

88 Cfr. CALÒ, E.: “Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale successorio nel diritto italiano e francese”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 879 ss., con il quale si conviene anche a proposito dell'interpretazione dell'art. 35, Reg. UE sulle successioni n. 650/2012. L'a. afferma che “le esigenze dell'ordine pubblico internazionale debbono essere considerate in modo concreto e non dovrebbe essere l'assenza della legittima nella legge straniera a far scattare l'eccezione d'ordine pubblico internazionale bensì l'esito della sua applicazione alla lite”, con l'obbligo per l'interprete di osservare sempre il caso concreto, nonché, ad esempio, se il legittimario ignorato, o trascurato, si trovi o no in difficoltà economiche (p. 904 s.).

89 Secondo PALOMBINO, F.M.: “Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Lautsi*”, in *Riv. Dir. Int.*, 2010, p. 137: “la dottrina del margine di apprezzamento costituisce notoriamente lo strumento attraverso il quale la Corte riconosce agli Stati il potere discrezionale di adottare misure limitative di alcuni diritti protetti dalla Convenzione, sempre che ricorrano certe condizioni e cioè quelle circostanze che le consentano di valutare la legittimità della violazione stessa. La limitazione deve essere prevista per legge oltre che effettivamente necessaria (per preservare l'ordine pubblico e/o garantire i diritti altrui) e proporzionale all'obiettivo perseguito; occorre che non esista nella materia oggetto della misura restrittiva un consenso comune tra gli Stati parte della Convenzione”. Del resto “il margine di apprezzamento permette viceversa ai vari Paesi [membri della CEDU] di conservare ciascuno la propria concezione etica e di procedere a velocità differenti”. Così VITUCCI, M.C.: “Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani”, in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporeo*, II, cit., p. 1093 ss., ove, con riferimento alla giurisprudenza della Corte, si prende atto che anche la violazione della Convenzione dipende dai valori normativi condivisi nei singoli Stati: “[d]immi che valori hai e ti dirò se hai violato la Convenzione”; e SAPIENZA, R.: “Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss. Se la dottrina

Oltre al problema dell'esposizione del crocefisso, il quale è un simbolo da tutelare perché conforme a valori normativi (positivi) meritevoli di tutela⁹⁰, si pensi alle norme interne a tutela della libera revocabilità del testamento e degli atti di ultima volontà che, di regola, non sono derogabili da nessuna norma straniera perché attuative dei principi fondamentali di ordine pubblico a tutela della persona e del risparmio⁹¹.

Al contrario, si pensi all'istituto della *Kafalah*, la cui meritevolezza e conformità all'ordine pubblico dipende non da inutili e forzate sussunzioni in fattispecie da noi sconosciute (come l'affidamento o l'adozione)⁹², ma dalla sua conformità ai principi fondamentali, controllando che sia funzionale, nel momento dell'applicazione, non soltanto alla libertà religiosa ma anche alla tutela del minore⁹³. Analogo ragionamento va seguito là dove ci si interroghi sulla meritevolezza di forme di convivenza estranee alle tradizioni del nostro Paese. Il controllo di ordine pubblico si risolve in un bilanciamento e in una valutazione di conformità ai principi fondamentali ed è incontestabile che la Costituzione italiana tutela qualsiasi *formazione sociale* purché funzionale allo sviluppo della persona (art. 2 cost.). In questa prospettiva appaiono meritevoli di tutela sia le convivenze nelle quali uno o entrambi i conviventi siano legalmente separati (le quali non sono espressamente riconosciute dalla l. 20 maggio 2016, n. 76, per la "Regolamentazione delle unioni civili tra le persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"), sia i rapporti familiari poligamici, funzionali alla libertà culturale e religiosa e di per sé non lesivi della tutela della persona⁹⁴.

del margine di apprezzamento, utilizzata in senso tecnico (ossia come sopra delineata), è tipica soltanto dei procedimenti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, va rilevato che lo stesso concetto di margine di apprezzamento è stato sovente utilizzato anche quale sinonimo di deferenza rispetto alla sovranità statale in tutti i giudizi di proporzionalità e/o ragionevolezza compiuti da corti e tribunali internazionali. Ne discende che, all'atto della valutazione compiuta in concreto sulla ragionevolezza e legittimità di una misura statale limitativa di diritti privati, i tribunali internazionali tengono sempre in debita considerazione la circostanza per cui gli Stati esercitano un diritto sovrano volto alla tutela dei diritti e alla salvaguardia degli interessi della totalità dei consociati, di talché – in concreto – può ritenersi ragionevole la limitazione dei diritti di un singolo se ispirata alla protezione di interessi essenziali di carattere generale. Sul punto v. ZARRA, G.: "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, p. 108 ss.

90 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 102 s.

91 PERLINGIERI, G.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva", in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 739 ss. Ovviamente anche il principio di libera revocabilità del testamento va bilanciato secondo ragionevolezza, sì che, ad esempio, ora può operare anche in costanza di contratti (sul punto si rinvia a Id.: "Invalidità delle disposizioni *mortis causa* e unitarietà degli atti di autonomia", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.), ora può non trovare applicazione nel testamento o in presenza di atti di ultima volontà, al fine di tutelare, secondo la tecnica del bilanciamento, interessi in concreto più meritevoli (come nel caso del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio ex art. 256 c.c.).

92 Così parte della dottrina e della giurisprudenza. Sul tema v. FERRANDO, G.: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 85, nota 24.

93 PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", cit., p. 182 s.

94 In tema cfr. RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli, 2016, p. 97 ss. La problematica è affrontata più diffusamente in PERLINGIERI, G.: "In tema di rapporti familiari poligamici", in corso di pubblicazione.

Ancóra, le norme a tutela dei legittimari, sia pure da considerare imperative, sono rimesse a valutazioni di opportunità, in quanto non attuative di diritti inviolabili dell'uomo. Sí che risultano ora derogabili da una legge straniera, ora applicabili a condizione di reciprocità. In effetti, l'art. 42 cost. discorre esclusivamente di *successione legittima* e *testamentaria* (senza richiamare quella *necessaria*) e la riserva di una quota a un soggetto non soltanto non è funzionale necessariamente alla tutela della sua persona, ma può risultare addirittura dannosa, come riconosciuto dallo stesso legislatore, per la tutela del lavoro, dell'impresa e del risparmio. La valutazione va compiuta sempre in concreto, con ragionevolezza, tenendo conto se il legittimario pretermesso o leso si trovi in difficoltà economiche o in stato di bisogno⁹⁵. Né, ai fini del calcolo della lesione, è possibile trascurare la proporzionalità con la conseguenza, ad esempio, che rispetto al coniuge o all'unito superstite si potrà tenere in considerazione anche la durata del matrimonio o dell'unione civile. In questa direzione si è posta – e non da ora – la Consulta, che ha dichiarato illegittimo l'art. 18, comma 5, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, là dove faceva dipendere la pensione di reversibilità esclusivamente da meri elementi “naturalistici”, incoerenti “con il fondamento solidaristico della pensione di reversibilità”⁹⁶. Il legislatore e, in molti casi, il giudice non possono trascurare (oltre la durata del matrimonio, l'età del coniuge pensionato e la differenza di età con quello defunto: aspetti espressamente contemplati dalla legge) l'eventuale stato di *bisogno* del singolo coniuge o dell'unito, la sua *condizione*, l'eventuale *cumulo di redditi*, la presenza di *figli minori o inabili*, nonché il riconoscimento di un *minimo di trattamento* pensionistico da corrispondere comunque, anche qualora la durata del matrimonio fosse limitata⁹⁷.

Gli esempi confermano che, anche in costanza di norme imperative chiare, occorre ragionare bilanciando princípi secondo ragionevolezza⁹⁸.

95 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: “Il Discorso preliminare di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia”, in *Dir. succ. fam.*, 2015, spec. p. 672 s. e *ivi* la nota 4, ove a tal fine si fa riferimento anche alle norme in tema di alimenti e mantenimento, e p. 676 ss. e *ivi* la nota 13.

96 Corte cost., 14 luglio 2016, n. 174, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3052 ss. L'impulso si deve, dapprima, a Corte cost., 4 novembre 1999, n. 419, in *Dir. fam.*, 2000, p. 16, che non ha esitato a tenere conto dello stato di *bisogno* del singolo familiare a proposito della pensione di reversibilità, rilevando che non si può ripartire il trattamento pensionistico tra coniuge ed ex coniuge esclusivamente in proporzione della durata legale dei rispettivi matrimoni, ma occorre, come per la devoluzione delle indennità di fine rapporto e di mancato preavviso spettanti al lavoratore deceduto ex art. 2122 c.c., considerare anche altri parametri o istanze solidaristiche come lo stato di *bisogno* del singolo coniuge superstite.

97 Sul tema cfr. BELLISARIO, E.: “Successione necessaria e famiglie plurinucleari: ancora sul conflitto tra figli e nuovo coniuge del *de cuius*”, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 323.

98 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 66 ss. e spec. p. 68.

IX. RELATIVITÀ DEL CONCETTO DI RAGIONEVOLEZZA.

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge che il “controllo di ragionevolezza della soluzione diviene componente strutturale dell’interpretazione”⁹⁹ e la distinzione tra *interpretazione* e *argomentazione* si scioglie come neve al sole, perché interpretare significa assicurare, nel momento applicativo, quella diffusa unitarietà interpretativa che i principi e gli interessi, in concorso, possono garantire¹⁰⁰.

Si deduce anche che non è possibile distinguere tra una ragionevolezza del diritto civile e una ragionevolezza del diritto costituzionale. La normativa del caso concreto è sempre il risultato del combinato disposto di principi e regole e la ragionevolezza è il mezzo per sindacare e controllare l’applicazione di una normativa, per risolvere sistematicamente aporie, antinomie non altrimenti superabili in via ermeneutica. Nel momento applicativo o attuativo, che dir si voglia, non esistono norme separate, prive di relazioni di senso, non collegabili con altre norme¹⁰¹.

Il significato della ragionevolezza, come tutti i concetti elastici e “bisognosi” più di altri “di integrazione valutativa”¹⁰², non è immutabile, astorico, insensibile ai cambiamenti. Mentre il precedente è statico e, in quanto tale, pericoloso, la storia si evolve e con essa i concetti, i sistemi giuridici e gli stessi *valori-normativi-guida* dei quali la ragionevolezza è mera sintesi nel momento applicativo¹⁰³. Anche là dove la gerarchia dei valori fosse predefinita (come accade in un determinato momento storico), le possibili combinazioni tra principi dipendono dalla continua evoluzione delle dinamiche relazionali e dalle peculiarità del caso concreto¹⁰⁴. Si pensi altresì ad alcune sentenze che a distanza di tempo hanno tenuto in considerazione aspetti sociali ed economici sopravvenuti non affatto valutati in sentenze precedenti; oppure a ipotesi nelle quali la tecnologia ha imposto nuovi concorsi tra principi con l’obbligo per l’interprete di considerare dinamiche soltanto poco tempo prima inimmaginabili. Problemi nuovi si sono posti in tema di identità personale,

99 PERLINGIERI, P.: “Applicazione e controllo nell’interpretazione giuridica”, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 18.

100 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., pp. 41, 131 ss. e 143 ss.

101 PERLINGIERI, G.: o.u.c., p. 123.

102 ENGISCH, K.: *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970, p. 199 ss.

103 Ne è indice inequivoco l’evoluzione interpretativa dell’art. 1052 c.c. La questione è ripercorsa in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit. p. 26, nota 59.

104 A ciò si aggiunge che anche i valori normativi, pur restando semmai identici nella loro formulazione esteriore, si evolvono comunque “perché muta di continuo la coscienza di essi, cioè il loro contenuto ed il legame che necessariamente intrattengono con altri valori” normativi e con la situazione sociale nel momento dell’applicazione: così LONARDO, L.: “Ordine pubblico”, in PERLINGIERI, G., D’AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 322; tuttavia cfr. PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., pp. 16 ss. e 26 ss.

di autodeterminazione terapeutica, dove si è assistito alla necessità di scegliere o, quanto meno, bilanciare tra il diritto alla vita e la dignità dell'uomo¹⁰⁵.

X. I PERICOLI DELLA CONFUSIONE TRA RAGIONEVOLEZZA, CONSENSO SOCIALE, PRASSI E DIRITTO VIVENTE. CRITICA.

Tuttavia, il controllo di ragionevolezza, che pure necessita di una particolare sensibilità dell'interprete (specie in un sistema di diritto tendenzialmente scritto), non deve risolversi in uno strumento lesivo del principio di legalità costituzionale, rimandando a concetti confusi e pericolosi come quello di "diritto vivente", "prassi", "condivisione", "consenso o accettabilità sociale", "senso o sensibilità comune", "esperienza"¹⁰⁶. Il significato della ragionevolezza va individuato tra le norme, nel sistema e non al di fuori di esso¹⁰⁷. La ragionevolezza non è una virtù dell'uomo, ispirata ai valori giusnaturalistici dell'equilibrio o del *giusto* mezzo (in una prospettiva aristotelica), né si identifica nel *common sense* inglese o nel ricorso alla "coscienza sociale"¹⁰⁸. La ragionevolezza non attribuisce una c.d. delega in bianco, né, come sostengono alcuni, si risolve nell'indagare il "consenso sociale"¹⁰⁹ (che appare *incerto, pericoloso* e *arbitrario*). Al contrario, è un criterio che, nel rispetto del principio di legalità, contribuisce a individuare nel momento applicativo la soluzione, tra quelle astrattamente possibili, piú di tutte conforme non soltanto alla lettera della legge, ma alla logica complessiva del sistema e dei suoi valori normativi, in modo da far sí che la *Ragione giuridica*¹¹⁰ della decisione sia

105 Sull'importanza di coniugare il pluralismo culturale e il progresso scientifico, economico-sociale con il valore e la *dignità* della persona in modo da concepire la comunità in funzione dell'uomo, come mezzo di sviluppo e integrazione cfr. anche PARENTE, F.: "I diritti umani all'epoca della globalizzazione", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 158 s.

106 Ciò non significa negare che "il diritto è essenzialmente storia" e che "il giurista deve essere capace di operare innanzitutto come storico, lettore non solo dei codici" e delle leggi "ma dell'esperienza" e della "cultura" giuridica di un determinato Paese o luogo: LIPARI, N.: "La codificazione nella stagione della globalizzazione", in *Riv. trim.*, 2015, p. 883; Id.: "Il diritto quale crocevia fra le culture", in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 300 ss.

107 Perché, in un diritto scritto, la norma è nulla senza il fatto, ma anche il fatto è nulla senza uno o piú riferimenti normativi (regole-principi). Senza caso concreto l'argomentazione giuridica diviene allegro passatempo, ma senza enunciati normativi, principi, neppure sarebbe possibile argomentare rigorosamente. Discorre di "diritto vivente", "accettabilità sociale", "senso o sensibilità comune", "esperienza" anche LIPARI, N.: "Intorno ai *principi generali del diritto* e Intorno alla *giustizia* del contratto", in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., rispettivamente pp. 96 e 267, il quale, in taluni passaggi, sembra invitare il giudice "a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale", nonché a recuperare il "senso comune come condizione di validità della regola stessa". Prospettiva confermata là dove, nel rilevare che "[i]l diritto scopre che non è chiamato a porre valori, ma semmai ad aderire a valori esistenti", risolve, in modo molto discutibile, la legalità in "vicende giudizialmente riconosciute e socialmente condivise" (Id.: "L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza", *ivi*, p. 234). Per una critica a questa prospettiva si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Legge, giudizio e diritto civile*, cit.

108 COGNETTI, S.: *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, p. 168, nota 4.

109 NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 971 s.

110 ARNAUD, A.-J.: *Governanti senza frontiere*, ed. it. a cura di Carocchia, F., Napoli, 2011, p. 91.

sempre conforme all'ordine giuridico caratterizzato da quei principi che, in un dato momento storico, *identificano* un determinato sistema ordinamentale¹¹¹.

Diversamente ragionando, si correrebbe il rischio¹¹² di utilizzare il concetto di ragionevolezza per proporre interpretazioni legate a dati statistici e all'"ordine naturale delle cose", con lesione dei principi fondamentali, oppure di rinunciare al bilanciamento dei principi e alla valutazione comparativa degli interessi, rinvenendo nella ragionevolezza un criterio normativo che rinvia a un *giudizio di verosimiglianza*, alla "condivisione sufficientemente ampia" e alla "prassi"¹¹³. L'idea che, in diritto, a fini interpretativi e applicativi, occorra il "consenso sufficientemente ampio" rievoca i regimi totalitari e le degenerazioni del "consenso sociale"¹¹⁴. Il partito nazista fondava la volontà del condottiero sullo spirito popolare e sulla "condivisione". Il fascismo e il comunismo costruivano la loro forza sul "senso comune". Affidarsi alla "coscienza sociale" significa introdurre nella valutazione elementi di incertezza e arbitrio, non essendo sempre agevole accertare quali siano, in un dato momento storico, gli orientamenti di una determinata comunità e rimanendo sempre aperto il problema se l'interprete debba basarsi sull'orientamento prevalente o su quello di una parte del corpo sociale considerata semmai "più avveduta e sensibile".

Senza considerare poi che, in una società multiculturale, pretendere di poter individuare con certezza la "coscienza sociale" è ambizione ingenua¹¹⁵. È possibile soltanto individuare i principi normativi identificativi di un determinato sistema ordinamentale, ossia quei principi *posti* senza i quali il nostro sistema ordinamentale si trasformerebbe in altro, con un effetto novativo e non meramente modificativo. Del resto, il Costituzionalismo moderno è già il risultato di un "consenso ampio" e ha la finalità di evitare l'abuso della maggioranza, di garantire il rispetto delle *minoranze* e di tutelare i diritti inviolabili dell'uomo in costanza di qualsivoglia potere pubblico o privato, evitando politiche antisociali, totalitarie e autoritarie¹¹⁶.

111 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 23 ss.; Id.: "Sul criterio di ragionevolezza", in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, 1, p. 11.

112 Rischio nel quale incorre la giurisprudenza di merito: v., tra le altre, App. Venezia, 5 settembre 2011, n. 1954, in *DeJure online*.

113 Così PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, Napoli, 2017, p. 42, il quale discorre di "consenso unanime o, comunque, largamente maggioritario", con l'intenzione di replicare alle critiche presenti in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 21, ove si poneva in evidenza il rischio dell'"arbitrio dell'interprete", del "sovrano" o della maggioranza.

114 Ancorano la ragionevolezza al "consenso sociale", PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, cit., p. 43 ss.; LIPARI, N.: "L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza", in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 234.

115 PERLINGIERI, G.: "Sul criterio di ragionevolezza", cit., p. 34, nota 24.

116 Di recente, parte della dottrina ha preso atto che il paradigma costituzionale è l'unica risposta alla tecnocrazia, alle politiche antisociali, totalitarie e autoritarie, nonché all'aggravarsi di tutti gli aspetti della crisi in atto a livello nazionale e sovranazionale; sul punto cfr. FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., p. 9 ss., il quale, nell'auspicare un costituzionalismo globale, osserva che "il diritto espresso dai principi costituzionali è venuto così a configurarsi come un progetto normativo consistente in un sistema di limiti e vincoli a tutti i poteri", con la conseguenza che "nella democrazia costituzionale non esistono più poteri sovrani assoluti, *legibus soluti* perché non sottoposti al diritto" (p. 12). In particolare, "rispetto agli orrori del passato", il costituzionalismo "equivale a un "mai più", cioè a una limitazione dei poteri altrimenti assoluti

Il *consenso sociale*, ciò che è *socialmente condiviso*¹¹⁷, è soltanto un utile strumento complementare per accertare l'importanza che un dato valore assume nell'ambito del sistema, ma il dato normativo, sia pure riletto nella dimensione storica e culturale della società¹¹⁸, resta essenziale nel bilanciamento degli interessi. Così l'indissolubilità del matrimonio ha conservato in Italia la sua rilevanza, quale principio di ordine pubblico, fin quando non è stata introdotta la legge sul divorzio, nonostante già prima si potesse senz'altro presumere un orientamento *sociale* favorevole al suo superamento, come confermato dall'esito del *referendum*¹¹⁹. Diversamente sarebbe possibile sostenere anche "la non perseguibilità di comportamenti dalla legge qualificati come reati in forza della considerazione che [...] quei comportamenti non sarebbero riprovati dalla maggior parte dei cittadini"¹²⁰. La sociologia non è tanto una tecnica di "conferma di esiti [...] giuridicizzati"¹²¹, bensì uno strumento di interpretazione e conformazione di uno o più enunciati o materiali interpretativi (nei quali rientrano anche la dottrina, la giurisprudenza, le prassi, le circolari amministrative, le pronunce di Autorità indipendenti, etc., che sicuramente concorrono a formulare la *regola iuris*, nonché a costruire la fattispecie o la normativa per il caso concreto). Senz'altro, quindi, la sociologia rappresenta un elemento indefettibile nel processo applicativo del diritto ma non può trasformarsi in uno strumento alternativo al diritto positivo, pur composto di regole, principi e relativi strumenti operativi. Diversamente si rischierebbe di proporre soluzioni difformi da principi fondamentali non necessariamente aventi riscontro nell'orientamento sociale, oppure soluzioni più conformi all'orientamento sociale che ai principi fondamentali. Di conseguenza il pericolo è quello di cadere – come osserva la stessa dottrina dalla quale in questa sede s'intende prendere le distanze – nella logica opposta al "formalismo",

e selvaggi. Rispetto alle prospettive del futuro, esso equivale a un "dover essere", imposto all'esercizio di qualunque potere quale fonte e condizione della sua legittimità giuridica e politica" (p. 9 s.).

- 117 Concentra, invece, molto la propria attenzione sulla prassi, sul diritto vivente e su ciò che è "socialmente condiviso", LIPARI, N.: "L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza", cit., p. 234; anche PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, cit., p. 43 ss., valorizza oltremodo il "consenso" e la "coscienza sociale".
- 118 Giova chiarire che si è ben consapevoli che "il diritto non è intellegibile fuori dalla dimensione culturale della società", nel senso che non soltanto "dipende dalla cultura di un popolo, di cui è a sua volta una delle forme storiche più importanti", ma deve essere compreso tenendo conto degli aspetti sociologici, tecnologici, morali, etc. (LIPARI, N.: "Il diritto quale crocevia fra le culture", cit., pp. 297 e 309). Questa prospettiva, però, non deve giustificare l'uso alternativo del diritto o l'affermazione di un diritto slegato anche dal principio di legalità costituzionale, perché l'orizzonte unitario di senso, verso il quale l'uomo innegabilmente tende, è garantito dai principi fondamentali e, in particolare, dal personalismo e dal solidarismo che rappresentano il lascito del "progresso" storico fondativo del diritto vivente. In vero, "chi diffida dei valori perché essi rappresenterebbero un dover essere e, quindi, un ritorno al diritto naturale, confonde i valori presenti nella società con quelli dell'ordinamento che, invece, sono da interpretare e da applicare": in tal senso, v. PERLINGIERI, P.: "Il bagaglio culturale del giurista", in *Id.*, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 242.
- 119 BADIALI, G.: "Ordine pubblico III) Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1990, p. I.
- 120 Così LIPARI, N.: "Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno", in *Id.*: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 278.
- 121 Così LIPARI, N.: *o.l.u.c.*

legato al “principio di una regola fine a se stessa”, ossia nella “logica, altrettanto distruttiva, dell’anomia, che pretende di affermare l’inutilità della regola”¹²².

Perplessità, quindi, vanno manifestate anche nei confronti di chi assimila la ragionevolezza alla “prassi”, alla “normalità del fatto”, al “diritto vivente”, perché la scienza giuridica è in continua evoluzione e il diritto non è causa vinta ma causa che si può vincere. La circostanza che un’opinione sia ampiamente condivisa non è prova di legittimità. Da qui la pericolosità di invocare il precedente, soprattutto se risalente.

XI. RAGIONEVOLEZZA, STORICITÀ E RELATIVITÀ DEI VALORI NORMATIVI.

La ragionevolezza, concetto storico e relativo, non si risolve nella tecnica, pur ampiamente utilizzata, dell’interpretazione funzionale e della valutazione comparativa degli interessi¹²³, ma richiede l’interpretazione assiologicamente orientata di ogni disposizione o fatto giuridicamente rilevante, sí da perseguire una soluzione conforme al sistema giuridico di riferimento e ai suoi principi. I principi e i valori normativi non sono fuori dal sistema ma sono la piú alta manifestazione di diritto positivo e in quanto tali fanno parte del “vincolo” di “positività”¹²⁴. Sí che ragionevolezza e bilanciamento dei principi sono tecniche fisiologiche per l’interpretazione giuridica, perché, se è vero che il diritto è un edificio, una costruzione della volontà umana, un affare degli uomini, un comando dato da uomini ad altri uomini, espressione della fisica e non della metafisica¹²⁵, vero è pure che i valori normativi non sono un’entità misteriosa, trascendente e non appartenente alla volontà dell’uomo. Diversamente da quanto affermano taluni studiosi¹²⁶, anche i principi identificativi di un sistema giuridico sono un prodotto della storia, un affare degli uomini, e sono *posti* da norme storicamente vigenti, sí che nessun interprete può trascurarli, salvo che non intenda violare il principio di legalità (artt. 101, 54, 117, 118 disp. trans. fin. cost.). La storia insegna che anche i valori normativi sono “espressioni della volontà umana, forme di potenza terrena, scopi perseguiti dal mondo e

122 LIPARI, N.: o.u.c., p. 292.

123 Sull’attenzione manifestata da Domenico Rubino ad una analisi funzionale della norma ed alla valutazione comparativa degli interessi coinvolti, v. PERLINGIERI, P.: “L’interesse e la funzione nell’ermeneutica di Domenico Rubino”, in Id., POLIDORI, S. (a cura di): *Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009, p. 3 ss.

124 IRTI, N.: “Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica”, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 919 s.; Id.: “Gli eredi della positività”, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 11 ss.; Id.: “Sulla positività ermeneutica (per Vincenzo Scalisi)”, in *www.juscivile.it*, 2017, 2, p. 123 ss. _

125 PERLINGIERI, G.: “Sul criterio di ragionevolezza”, cit., p. 39.

126 Come confermato anche da IRTI, N.: “La filosofia di una generazione”, in PERLINGIERI, P., TARTAGLIA POLCINI, A. (a cura di): *Novocento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 343 s.; Id.: “Gli eredi della positività”, cit., p. 17; cfr. altresì MENGONI, L.: “L’argomentazione nel diritto costituzionale”, in Id.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano, 1996, p. 118.

nel mondo"¹²⁷, sí che anche i diritti (e i doveri), “fondamentali”, “dell'uomo”, “umani”, non sono sovrapposti ma sono anch'essi “posti”¹²⁸ dalla volontà ed esistono perché il nostro Costituente li ha positivizzati, l'Europa col tempo li ha recepiti e, come altra vicenda terrena, vivranno finché l'uomo vorrà.

La teoria pura del diritto, l'idea del diritto fondata sulla sola logica, il nichilismo giuridico¹²⁹ sono finzioni¹³⁰. La decisione giuridica non può mai essere neutrale, perché presuppone sempre – anche in presenza di una chiara e predeterminata fattispecie – una scelta, un atto selettivo, una rinuncia, una preferenza, la soccombenza di un interesse o di un valore rispetto a un altro.

La ragionevolezza – come la *meritevolezza*, la *buona fede*, l'*abuso del diritto* – è una “sintesi verbale” che non possiede un senso intrinseco e assoluto (tanto meno *sub specie aeternitatis*) perché assume un significato diverso che dipende sia dalla *ratio* della singola disposizione legislativa nella quale è *eventualmente* inserita (si pensi, come precisato in altra sede, alla *ragionevolezza* riferita a: *termine*, *prezzo*, *misura*, *persona*, *progetto di fusione*, *assetto organizzativo di una società*, *affidamento*, *etc.*), sia dal *sistema giuridico* nel quale opera, con i suoi peculiari princípi e valori normativi¹³¹. Princípi e valori che non sono eterni, trascendenti o metafisici¹³², ma sono anch'essi, come ogni norma, un affare degli uomini, espressione della fisica e, in quanto tali, storicamente condizionati. Altro è la gerarchia delle norme, altro è la loro relatività storica. Ogni norma, sia pure di grado superiore, è un prodotto della storia “posto” dalla volontà umana.

127 Così IRTI, N.: “Gli eredi della positività”, cit., p. 17.

128 PERLINGIERI, P.: “Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss.; Id.: “I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo”, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, I, *passim* e spec. p. 7; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., pp. 133 ss. e 40.

129 IRTI, N.: *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, *passim*.

130 PERLINGIERI, P.: “Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti”, cit., p. 787 ss.; Id.: “Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto”, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. I ss. (ora entrambi gli scritti in Id.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., pp. 229 ss., 327 ss.). ZAGREBELSKY, G.: “L'idea di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia”, in Id., MARTINI, C.M.: *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, p. 49, definisce il relativismo scettico dell'*una cosa vale l'altra* sul piano dei princípi: “l'atteggiamento, celebrato come una virtù, degli indifferenti che oggi imperversano, un atteggiamento spesso mascherato da eccessive e troppo zelanti professioni di fede che non costano niente e consentono perciò facili, spregiudicati cambiamenti di fronte, preludio di immorali alleanze per fame e sete, non di giustizia, ma di potere e di successo”. Sull'incompatibilità tra il nichilismo giuridico e la difesa delle ideologie (pure proposta da IRTI, N.: *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008) si rinvia a PERLINGIERI, G.: “La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 601 ss. Per una critica al nichilismo giuridico, che “sostanzialmente riduce la giuridicità a semplice ratifica di cadenze di segno meramente procedimentale sottraendola a quella verifica di contenuto che non solo è l'unico strumento possibile per svincolare, nel segno della ragione, il diritto dalla logica primordiale dei rapporti di forza, ma che è altresí condizione indispensabile per una qualsiasi connessione all'idea di cultura intesa quale condizione dello spirito nella storia”, cfr. LIPARI, N.: “Il diritto quale crocevia fra le culture”, cit., p. 294.

131 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., pp. 13 ss., 22 s., 34 ss. e spec. 36 s.

132 IRTI, N.: “La filosofia di una generazione”, cit., p. 343 ss.; IRTI, N.: “Gli eredi della positività”, cit., p. 17.

XII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

“Nessuna nozione fondamentale è concepibile isolatamente da tutte le altre”¹³³. La ragionevolezza non è concepibile isolatamente né dai principi fondamentali, che in quanto tali identificano e caratterizzano il sistema ordinamentale vigente, né da altri concetti ormai noti anche alla scienza giuridica. Ragionevolezza e proporzionalità cooperano per la decisione del caso senza mai sovrapporsi. La ragionevolezza, a differenza della proporzionalità, prescinde da una valutazione meramente quantitativa o di misura¹³⁴. Ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole. Una reazione proporzionata può risultare irragionevole. Un rimedio proporzionato può risultare irragionevole e incongruo rispetto agli interessi e ai valori coinvolti in un caso concreto¹³⁵. Ad esempio, la scelta, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense fino alla metà del '900¹³⁶, di separare *in equal misura* all'interno di un *autobus* le zone riservate ai bianchi da quelle riservate ai neri (secondo la nota dottrina del “separati ma uguali”) è, come evidente, *proporzionata* ma irragionevole nel nostro sistema¹³⁷.

Dunque proporzionalità¹³⁸ e ragionevolezza cooperano sempre nella decisione del caso, pur divergendo sul piano concettuale¹³⁹. La ragionevolezza può giustificare la sproporzione in virtù dell'esigenza di uguaglianza sostanziale. E ciò non vale soltanto nel diritto civile, ma anche nell'ambito di materie apparentemente sottratte, nell'immaginario comune, alla discrezionalità dell'interprete. In questa direzione la giurisprudenza ha giustificato un trattamento differenziato nel caso di

133 ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 4; sul punto v. anche PERLINGIERI, G.: “Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la polemica sui concetti giuridici. Crisi e ridefinizione delle categorie”, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile. 16-18 dicembre 2004, Grand Hotel Telese – Telese Terme (BN)*, Napoli, 2005, p. 546.

134 DEL PRATO, E.: “Ragionevolezza e bilanciamento”, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

135 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 36 s.

136 Sul finire del XIX Secolo, la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva dichiarato la legittimità – in quanto non in contrasto con il XIV emendamento della Costituzione statunitense nel quale non poteva dunque rintracciarsi un esplicito divieto all'*apartheid* – della legge dello Stato della Louisiana che sanciva la segregazione razziale sui mezzi di trasporto [Corte Suprema degli Stati Uniti, 18 maggio 1896, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)]. Riguardo a tale decisione occorre tuttavia segnalare la *dissenting opinion* del giudice John Marshall Harlan che, nella sua relazione di minoranza, ebbe modo di evidenziare che “*Our Constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among its citizens*”. Per un primo superamento, nell'ambito del trasporto pubblico, di tale impostazione discriminatoria fondata esclusivamente sull'uguaglianza formale e sulla proporzionalità, cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, 3 giugno 1946, *Morgan v. Virginia*, 328 U.S. 373 (1946); Commissione per il commercio interstatale, 7 novembre 1955, *Keys v. Carolina Coach Company*, 64 M.C.C. 769 (1955); nonché Corte distrettuale degli Stati Uniti (Alabama), 4 giugno 1956, *Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (1956). Il definitivo *overruling* della *separate but equal doctrine*, si deve invece a Corte Suprema degli Stati Uniti, 17 maggio 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). In argomento, cfr. MATTEI, U.: *Il modello di Common law*, 2ª ed., a cura di Antonioli Deflorian, L., Torino, 2004, p. 109; GAMBARO, A.: “L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America”, in *Id.*, SACCO, R.: *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 217.

137 Per ulteriori approfondimenti ed esemplificazioni si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 138 ss.

138 La proporzione è un *metodo di misurazione puro*, che non può deviare da uno sviluppo lineare in termini di mera valutazione quantitativa e di consequenzialità logica (COGNETTI, S.: “Principio di proporzionalità”, cit., p. 208). In argomento anche GIOVA, S.: *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 41 ss.

139 COGNETTI, S.: *o.l.c.*

violazione della disciplina sui rifiuti, con trattamento sanzionatorio aggravato nelle zone che si trovano in stato di emergenza¹⁴⁰. Di conseguenza, il problema spesso non è, come si afferma in dottrina, nell'esistenza o meno di un principio (si pensi a chi ancora nega l'esistenza del principio di proporzionalità nel sistema giuridico vigente)¹⁴¹, ma nella composizione e nel ragionevole bilanciamento tra le regole e i principi coinvolti nel caso concreto¹⁴². Né, sul presupposto della distinzione tra bilanciamento "del giudice" e bilanciamento "del legislatore" (o "contenuto nella disposizione di legge"), pare possibile affermare che il primo non può mai prevalere sul secondo¹⁴³, in quanto il problema è mal posto e la conclusione, astrattamente corretta, sconta un vizio. Non esiste, infatti, nel momento applicativo, una distinzione tra bilanciamento "del giudice" e "del legislatore". È vero che quest'ultimo deve in linea astratta necessariamente prevalere sul primo, ma vero è pure che in concreto non esiste una distinzione tra queste due forme di bilanciamento, poiché nel momento della decisione, anche in presenza di una norma chiara, occorre sempre bilanciare regole e principi, sì che la stessa distinzione tra bilanciamento "del giudice" e "del legislatore", da un lato, postula, come più volte evidenziato, una inammissibile separazione tra un "diritto per regole" e un "diritto per principi", e, dall'altro, rappresenta una distinzione astratta priva di rilevanza concreta perché interpretazione sistematica e applicazione si coniugano in un processo unitario¹⁴⁴. Ed anche tra norme di grado diverso è essenziale il bilanciamento perché le disposizioni non hanno mai un significato autonomo, che prescinde dall'insieme al quale appartengono, e perché il fatto concreto non è mai irrilevante o estraneo al procedimento ermeneutico.

D'altro canto, l'interpretazione sistematica e assiologica non si esaurisce nell'interpretazione funzionale. La lettera di una disposizione deve sempre essere modellata non soltanto alla luce della sua *ratio*, ma anche alla luce del sistema giuridico del quale è parte¹⁴⁵, così da annullare nel momento applicativo la distanza

140 Cass. pen., 18 febbraio 2016, n. 16065, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 550.

141 Così, invece, CATAUDELLA, A.: "L'uso abusivo di principi", in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 758; con riferimento in particolare alla proporzionalità e alla ragionevolezza, cfr. anche ALEXANDER, L., KRESS, K.: *Una critica dei principi del diritto*, trad. it. di La Torre, M., Stamile, N., Napoli, 2014, p. 1 ss.; v. altresì D'AMICO, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva", in *Contratti*, 2014, p. 926 ss. e spec. p. 933.

142 Del resto, ad esempio, anche la prassi dei c.d. appalti verdi pone delicati problemi di bilanciamento tra l'esigenza di protezione ambientale e gli obiettivi di tutela della concorrenza, con particolare riguardo ai corollari della parità di trattamento e del divieto di discriminazione; sul punto cfr., per tutti, PENNASILICO, M.: "Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi", in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 249 ss.; ADDANTE, A.: "I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo", in PENNASILICO, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 182 ss.

143 Così, invece, D'AMICO, G.: "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)", cit., p. 460 ss.

144 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., *passim*, ivi ulteriori riferimenti bibliografici, ma vedi anche gli altri autori citati, *infra*, alla nota 146.

145 PERLINGIERI, G.: *o.u.c.*, p. 66 ss.

tra il metodo esegetico, quello casistico e quello sistematico¹⁴⁶. La ragionevolezza è “criterio argomentativo”, “clausola generale” o “principio” secondo il contesto di riferimento e secondo l’espreso utilizzo che ne fa il legislatore. D’altra parte porsi la domanda se la ragionevolezza sia “criterio argomentativo”, “clausola generale” o “principio” diventa inutile là dove si assuma la consapevolezza che ogni interpretazione e concretizzazione di *criteri, clausole o principi* deve avvenire nel rispetto di quei valori (normativi) positivi identificativi del sistema ordinamentale vigente¹⁴⁷.

“La crisi della sovranità territoriale degli Stati non è crisi della sovranità giuridica”¹⁴⁸ e dei principi identificativi della Repubblica (art. 139 cost.), i quali svolgono una funzione di limite e, soprattutto, di fondamento¹⁴⁹.

La crisi del diritto è avvertita là dove i giuristi, appassionati al “mito” della certezza, rimangono prigionieri ora di concetti astratti, trattati come dogmi, ora del mero precedente, senza adeguata attenzione ai perché e alle conseguenze delle soluzioni. Il precedente giurisprudenziale non può divenire, come pure si è affermato, “il garante della certezza del diritto in luogo della norma generale e astratta”¹⁵⁰. Il diritto non contempla i naufraghi del dubbio¹⁵¹, ma neppure i naufraghi delle categorie o del precedente.

146 Infatti se interpretazione sistematica e applicazione si coniugano in un processo unitario (ASCARELLI, T.: “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Id.: Problemi giuridici*, I, cit., p. 74; *Id.*: “Antigone e Porzia”, cit., p. 155 ss.), la norma elaborata mediante l’interpretazione “vive solo nel momento nel quale viene applicata”, sì che l’interpretazione sistematica va reiterata ad ogni nuova applicazione per soddisfare una nuova e determinata fattispecie concreta; *Id.*: “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, (in *Riv. dir. proc.*, 1957, ora) in *Id.: Problemi giuridici*, I, cit., p. 140 ss.; *Id.*: “In tema di interpretazione della legge”, *ivi*, p. 153 ss., spec. p. 154; GIANTURCO, E.: “Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia” (1881), in *Id.: Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 8, con riferimento alla “questione di preferenza tra metodo sistematico e l’esegetico”, osserva che deve essere “riconosciuta l’utilità di entrambi”: occorre, altresì, trovare “il modo di comporli insieme, facendo seguire all’esposizione della dottrina, che avvezza le menti a ricercare i principi, l’esame dei relativi frammenti, dal quale s’impara a conoscere le fonti e a rendersene familiari”; in questa prospettiva v. anche CANARIS, C.W.: *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di Varanese, G., Napoli, 2009, *passim*; PERLINGIERI, P.: “Applicazione e controllo nell’interpretazione giuridica”, cit., p. 317 ss.; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., *passim*; *Id.*: *Portalis e i “miti” della certezza del diritto e della c.d. “crisi” della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 48 s.

147 PERLINGIERI, G.: “Sul criterio di ragionevolezza”, cit., p. 13 ss.

148 Lo riconosce anche IRTI, N., in PEDRINI, F., “Colloquio su Diritto, Natura e Volontà”, in *Lo Stato*, 2015, p. 169.

149 Sì che la Costituzione non può essere intesa soltanto come *limite formale di legittimità* o semplice insieme di *regole del gioco* formali e sostanziali idonee a costituire un perimetro all’interno del quale potrebbe liberamente esplicarsi la discrezionalità legislativa, ma anche necessariamente come insieme di *valori sostanziali* e di fondamenti, sì che non sarebbe corretto contrapporre l’idea di Costituzione come *ordinamento fondamentale*” (*Grundnorm*) all’idea di Costituzione come *ordinamento di cornice* (*Rahmenordnung*). “Il valore, oltre che limite da definire, è anche potenzialità da realizzare”: COSÌ PERLINGIERI, P., in PEDRINI, F.: “Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista a Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)”, cit., p. 1141. Diversamente PINO, G.: “Costituzione per regole. Costituzione per principi. Costituzione per valori”, in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 7 ss.; nonché LIPARI, N.: “Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno”, cit., p. 286 s., il quale sembra valorizzare, di là dai limiti consentiti dal principio di legalità costituzionale, l’analisi sociologica.

150 SCODITTI, E.: “Il contratto fra legalità e ragionevolezza”, in *Foro it.*, 2015, V, c. 417 ss.

151 IRTI, N.: “Dubbio e decisione”, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 64 ss.

L'interpretazione è sempre *valutazione*. Giudicare non significa limitarsi all'attività di argomentazione, perché il discorso giuridico necessita soprattutto di fondamenti nella consapevolezza che "ogni tecnica è al servizio di un'ideologia"¹⁵² e non esiste caso senza implicazioni sistematiche e teleologiche. Diversamente *tutto diventa sostenibile*, perché la mera capacità argomentativa e dimostrativa può fondare tanto un'interpretazione meramente letterale, tanto un'interpretazione funzionale, quanto un'interpretazione sistematica e assiologica, con buona pace della scienza giuridica e della *domanda di giustizia*.

Il *ragionamento giuridico* è "una realtà discorsiva" non meramente "deduttiva" o logico-razionale. Di fronte a una scelta, l'interprete deve non soltanto concentrare l'attenzione sulla "tenuta logica" del ragionamento (sulla "mancanza di contraddizione" e sulla "coerenza" della soluzione proposta)¹⁵³, ma porsi anche un altro interrogativo, ossia "in base a che", a quale criterio, preferire una soluzione rispetto a un'altra.-

Tanto nei casi apparentemente facili (in assoluto i più pericolosi perché vengono sottovalutati e consentono l'esaltazione della sussunzione, della prassi, del precedente, del "diritto vivente", che spesso tra l'altro si risolve nella ripetizione statistica di un errore), quanto nei casi difficili la *logica* (anche sotto forma di "coerenza" e non "contraddizione") non basta. Soltanto la valutazione funzionale e assiologica consente di scegliere tra due soluzioni entrambe "coerenti" e, quindi, di evitare che due soluzioni opposte ma logicamente "coerenti" siano considerate per il sistema entrambe ammissibili.

La certezza, intesa come *prevedibilità, controllabilità e verificabilità* delle decisioni, dipende dal costante controllo di compatibilità della soluzione con le regole e i principi fondamentali. La soluzione non può essere, come si vorrebbe, *ripetitiva e perpetua*, perché le combinazioni tra principi (e regole) e le specificità di ogni singolo caso sono *a priori* inimmaginabili e il legislatore, come affermava Portalis¹⁵⁴, non può *prevedere tutto* e, anche là dove sia *tutto previsto*, non è possibile trascurare le peculiarità del fatto e la pluralità delle combinazioni tra regole e principi.

Del resto, un ordinamento giuridico perfetto, da applicare mediante ragionamenti meramente razionali, formali e logico-deduttivi, non può esistere e non è mai esistito. Vive soltanto nelle menti di quei giuristi ansiosi di placare le loro paure e insicurezze. Credo che sia soltanto questa la risposta da dare ad

152 PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti* (1987), 5ª rist., Napoli, 2007, p. 133.

153 Così invece GENTILI, A.: *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, Torino, 2015, p. 109 s.

154 PORTALIS, J.E.M.: *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di Calvo, R., Napoli, 2013, p. 36. Sul pensiero dell'a. si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Portalis e i "miti" della certezza del diritto e della c.d. "crisi" della fattispecie*, cit., *passim*.

Emanuele Gianturco quando, criticamente, si chiedeva perché vi fosse “tanta ostinatezza, e – diciamolo francamente – tanta affettazione di noncuranza” nei confronti dei “principii”, che considerava non un orpello ma “le più alte manifestazioni della scienza”¹⁵⁵. Il timore di incertezze o di arbitrio indiscriminato del giudice può essere superato soltanto tramite il serio rispetto dell’obbligo di motivazione, con una giustificazione della soluzione sul piano logico e teleologico. Diversamente si assisterà o a un diritto libero o a un diritto cieco, privo del senso del giusto.

Emilio Betti considerava il positivismo kelseniano una “malattia che ogni giovane degli anni '50 ha attraversato”; mai avrebbe pensato che oggi vi potessero essere giuristi ancora convinti che il diritto si identifichi nella lettera della legge. Il “diritto si spiega” soprattutto “con l’aiuto di criteri assiologici, mancando i quali risulterebbe assolutamente privo di determinazione”¹⁵⁶.

Lo stesso concetto di *bene comune*¹⁵⁷, spesso sopravvalutato, non ha altra funzione se non quella di coniugare e bilanciare l’esigenza di rispetto del vincolo di bilancio da parte degli Stati, oggi sempre più avvertita, con l’esigenza di garantire a tutti la fruizione di certi beni fondamentali¹⁵⁸, anche qualora siano divenuti di proprietà privata, come, ad esempio, l’acqua, *Internet* e gli stessi usi civici¹⁵⁹.

Ogni disposizione legislativa lascia sempre ambiti di discrezionalità nella sua interpretazione-applicazione. Ma rigore e coerenza, da soli, non sono sufficienti. Necessitano di predicati e di fondamenti ed esigono soprattutto di liberarsi definitivamente “dalla falsa convinzione che la decisione” fondata sulla mera “razionalità sussuntiva offra maggiori certezze di quella radicata su [funzioni, interessi e] valori”¹⁶⁰ normativi.

155 GIANTURCO, E.: “Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia” (1881), in Id.: *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 8, il quale significativamente concludeva “io non so di che mai si componga il sistema, se non si compone di principi”.

156 TROISI, B.: “Interpretazione della legge e dialettica” (1982), ora in Id.: *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, p. 13.

157 Che poi non è altro che una categoria espressione dell’esigenza di tutelare i “beni fondamentali”; in questa direzione anche FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., p. 40 ss.

158 Discorre di beni fondamentali, di recente, anche FERRAJOLI, L.: *o.l.c.*

159 SIRGIOVANNI, B.: “Dal diritto sui beni comuni al diritto ai beni comuni”, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 240. Secondo una prospettiva funzionale, favorevole al superamento dell’esclusiva logica dell’appartenenza, si è osservato che “l’utilizzo del bene segue non *sic et simpliciter* la titolarità del diritto, ma la peculiare funzione alla quale detto bene è destinato. Tale prospettiva trova conforto e sviluppo nella riflessione sui c.dd. beni comuni, *recte* ad uso comune, destinati alla fruizione collettiva di là dal titolo proprietario. La funzione sociale di tali beni ne determina il regime e legittima un controllo sull’uso che degli stessi faccia il pubblico potere o il privato. La distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata si colora di nuove sfumature, là dove un bene diviene “comune”, ad uso collettivo, in quanto idoneo a realizzare lo sviluppo della persona. Del resto – come chiarito dalla Corte di legittimità – “disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali)-privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l’ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati” (PERLINGIERI, P.: “Funzione sociale della proprietà e sua attualità”, in CICCARELLO, S., GORASSINI, A., TOMMASINI, R.: *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 187 ss.).

160 LIPARI, N.: “Presentazione”, in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 4.

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: Tavola Rotonda "In materia di filiazione" svolta presso l'Università degli Studi di Napoli *Federico II*, il 13 aprile 2016, in *Foro nap.*, 2016, p. 611 ss.

ADDANTE, A.: "I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo", in PENNASILICO, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 182 ss.

ALEXANDER, L., KRESS, K.: *Una critica dei principi del diritto*, trad. it. di La Torre, M., Stamile, N., Napoli, 2014.

ALPINI, A.: "La preferenza nell'assegnazione del bene indivisibile: il criterio dell'interesse prevalente. Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione sull'interpretazione dell'art. 720 c.c.", in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 678 ss.

ALPINI, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. meccanismo espulsivo dello straniero", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 47 ss.

ARNAUD, A.-J. : *Governanti senza frontiere*, ed. it. a cura di Caroccia, F., Napoli, 2011.

ASCARELLI, T.: *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 155 ss.

BADIALI, G.: "Ordine pubblico III) Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1990, p. I ss.

BALLARANI, G.: "Nascituro (soggettività del)", in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, IX, Napoli, 2015, p. 137 ss.

BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato. 10-11 novembre 2016, Complesso di S. Andrea delle Dame, Seconda Università di Napoli*, Napoli, 2017, p. 409 ss.

BARBERIS, M.: "Eguaglianza, ragionevolezza e libertà", in VIGNUDELLI, A. (a cura di): *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, III, Modena, 2014, p. 26 ss.

BELLISARIO, E.: "Successione necessaria e famiglie plurinucleari: ancora sul conflitto tra figli e nuovo coniuge del *de cuius*", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 323.

CALÒ, E.: "Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale successorio nel diritto italiano e francese", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 879 ss.

CANARIS, C.W.: *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di Varanese, G., Napoli, 2009.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C, Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 477 ss.

CARIMINI, F.: "Nascituro (legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e)", in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, IX, Napoli, 2015, p. 128 ss.

CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943

CATAUDELLA, A.: "L'uso abusivo di principi", in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 758 ss.

CHIEPPA, R.: "La giustizia costituzionale nel 2002", in *Giur. cost.*, 2003, p. 3180 ss.

COGNETTI, S.: *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011.

D'AMICO, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva", in *Contratti*, 2014, p. 926 ss.

D'AMICO, G.: "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)", in *Giust. civ.*, 2016, p. 500 ss.

DE NOVA, G.: "Il contratto contrario a norme imperative", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.

DE GIOVANNI, B.: *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2016.

DE SALVIA, M., ZAGREBELSKY, G. (a cura di): *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, III, Milano, 2007.

DEL PRATO, E.: "Ragionevolezza e bilanciamento", in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

DI SABATO, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 387 ss.

ENGISCH, K.: *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970.

- FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017.
- GAMBARO, A.: "L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America", in ID., SACCO, R.: *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 217 ss.
- GENTILI, A.: *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, Torino, 2015.
- GIANTURCO, E.: "Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia" (1881), in ID.: *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 8 ss.
- GIOVA, S.: *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012.
- GRANELLI, C.: "Il c.d. *parto anonimo* ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di *dialogo fra Corti*", in www.juscivile.it, 2016, p. 573 ss.
- GRASSO, B.: *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli-Camerino, 1974.
- GUASTINI, R.: *Teoria del diritto: approccio metodologico*, Modena, 2012.
- GUTMANN, T.: *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, Napoli, 2016.
- IRTI, N.: "Dubbio e decisione", in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 64 ss.
- IRTI, N.: *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.
- IRTI, N.: *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008.
- IRTI, N.: "La filosofia di una generazione", in PERLINGIERI, P., TARTAGLIA POLCINI, A. (a cura di): *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 343 ss.
- IRTI, N., in PEDRINI, F., "Colloquio su Diritto, Natura e Volontà", in *Lo Stato*, 2015, p. 169 ss.
- IRTI, N.: "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 919 ss.
- IRTI, N.: "Gli eredi della positività", in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 11 ss.
- IRTI, N.: "Sulla *positività ermeneutica* (per Vincenzo Scalisi)", in www.juscivile.it, 2017, 2, p. 123 ss. _
- LANDI, R.: "L'incerto destino degli embrioni soprannumerari", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 907 ss.

LEPORE, A.: "Prescrizione e ragionevolezza. I danni lungolatenti", in PERLINGIERI, G., LAZZARELLI F. (a cura di): *Secondo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 23-24 marzo 2017, Aula Magna – Campus dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, Napoli, 2018, p. 605 ss.

LIPARI, N.: "La codificazione nella stagione della globalizzazione", in *Riv. trim.*, 2015, p. 883 ss.

LIPARI, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

LONARDO, L.: "Ordine pubblico", in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato. 10-11 novembre 2016, Complesso di S. Andrea delle Dame, Seconda Università di Napoli*, Napoli, 2017, p. 322 ss.

LONGOBUCCO, F.: "Il regime patrimoniale dei coniugi tra vecchie e nuove norme di conflitto: ragionevolezza nell'uso del *genuine link*", in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 521 ss.

LUCIANI, M.: "Ermeneutica costituzionale e massima attuazione della Costituzione", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 37 ss.

MATTEI, U.: *Il modello di Common law*, 2ª ed., a cura di Antonioli Deflorian, L., Torino, 2004

MAISTO, F.: "Diritto intertemporale", in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, I, 5, Napoli, 2007.

MENCONI, L.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996.

MIGNOZZI, A.: "Le pene private contrattuali nel diritto vivente. Funzione concreta e principio di proporzionalità", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 717 ss.

MOCCIA, S.: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MUSIO, A.: "Misure di tutela dell'embrione", in STANZIONE, P., SCIANCALEPORE, G. (a cura di): *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 205 ss.

NAPPI, A.: *Razionalità complessiva del sistema: il c.d. omicidio stradale al banco di prova dei canoni di proporzione ed offensività*, Napoli, 2016

NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 971 ss.

NUZZO, M.: "Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione", in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 968 ss.

PALMIERI, G.: "Ragionevolezza e scelte di incriminazione", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 777 ss.

PANE, R.: "L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 451 ss.

PANE, R.: "Unioni same-sex e adozione in casi particolari", in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 479 ss.

PALOMBINO, F.M.: "Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Lauts*", in *Riv. Dir. Int.*, 2010, p. 137 ss.

PARENTE, F.: "I diritti umani all'epoca della globalizzazione", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 158 ss.

PARTESOTTI, G.: *La polizza stimata* (1967), rist. Napoli, 2017

PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 827 ss.

PEDRINI, F.: "Introduzione. Scienza giuridica e legalità costituzionale: vademecum metodologico per un "ritorno al diritto". Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista a Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1127 ss. (e in *Lo Stato*, 2017, p. 187 ss.).

PENNASILICO, M.: "Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi", in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 249 ss.

PERLINGIERI, G.: "Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la polemica sui concetti giuridici. Crisi e ridefinizione delle categorie", in *Temi e problemi della*

civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile. 16-18 dicembre 2004, Grand Hotel Telese – Telese Terme (BN), Napoli, 2005, p. 546 ss.

PERLINGIERI, G.: “La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l’insegnamento di Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 601 ss.

PERLINGIERI, G.: “La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva”, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 739 ss.

PERLINGIERI, G.: “Il controllo di *meritevolezza* degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.”, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.

PERLINGIERI, G.: “Il *Discorso preliminare* di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia”, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 672 ss.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, G.: “Invalidità delle disposizioni “mortis causa” e unitarietà degli atti di autonomia”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.

PERLINGIERI, G.: “Sul criterio di ragionevolezza”, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, I, p. 11 ss.

PERLINGIERI, P.: “Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss.

PERLINGIERI, P.: “Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto”, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti* (1987), 5ª rist., Napoli, 2007.

PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011.

PERLINGIERI, P.: “L’interesse e la funzione nell’ermeneutica di Domenico Rubino”, in Id., POLIDORI, S. (a cura di): *Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009, p. 3 ss.

PERLINGIERI, P.: "Funzione sociale della proprietà e sua attualità", in CICCARELLO, S., GORASSINI, A., TOMMASINI, R.: *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 187 ss.

PERLINGIERI, P.: "Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 207 ss.

PERLINGIERI, P.: "Obbligazioni e contratti", in *Annuario del contratto 2016* diretto da D'Angelo, A., Roppo, V., Torino, 2017, p. 213 ss.

PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", in *Dir. succ. fam.*, 2017, I, p. 183 ss.

PERLINGIERI, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, I, p. 7 ss.

PERLINGIERI, P., AA.VV.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017.

PERLINGIERI, G.: *Portalís e i "miti" della certezza del diritto e della c.d. "crisi" della fattispecie*, Napoli, 2018.

PINO, G.: "Costituzione per regole, Costituzione per princípi, Costituzione per valori", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 7 ss.

PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei princípi*, Napoli, 2017.

POLIDORI, S.: *sub art. 1418*, in PERLINGIERI, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, Napoli, 2010, p. 1021.

PORTALIS, J.E.M.: *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di Calvo, R., Napoli, 2013.

RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli, 2016.

ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

RUGGERI, A.: "Interpretazione costituzionale e ragionevolezza", in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Princípi fondamentali*, Atti del 2° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 18-19-20 aprile 2006, I, Napoli, 2007, p. 233 ss.

RUGGERI, A.: "Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale", in LA TORRE, M., SPADARO, A. (a cura di): *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 97 ss.

RUGGERI, A.: "Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale", in *Riv. AIC*, 2017, p. I ss.

SCODITTI, E.: "Il contratto fra legalità e ragionevolezza", in *Foro it.*, 2015, V, c. 417 ss.

SIRGIOVANNI, B.: "Dal diritto sui beni comuni al diritto ai beni comuni", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 240 ss.

TESAURO, G.: "Il dialogo muto con la Corte europea dei diritti dell'uomo e la giustizia internazionale", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C, Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 121 ss.

TESCIONE, F.: "L'anonimato materno: un diritto al banco di prova" (nota a Cass., 9 settembre 2016, n. 22838), in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 673 ss.

TROISI, B.: "Interpretazione della legge e dialettica" (1982), ora in *Id.*: *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, p. 13 ss.

VENOSTA, F.: "Immobili non divisibili, art. 720 c.c. e limiti alla discrezionalità del giudice", in *Corr. giur.*, 2016, p. 1059 ss.

VILLA, G.: *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VITUCCI, M.C.: "Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 1093 ss.

ZAGREBELSKY, G.: "L'idea di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia", in *Id.*, MARTINI, C.M.: *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, p. 49 ss.

ZARRA, G.: "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, p. 108 ss.

ZECCHINO, I.: "La nozione di embrione umano nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 503 ss.

