

La ragionevolezza nel diritto

GIORGIO PINO*

Il titolo che ho scelto per queste brevi riflessioni suona davvero roboante: vari scaffali delle biblioteche giuridiche sono dedicati a questo problema. In realtà il mio obiettivo è un po' più modesto: non intendo offrire una speculazione metafisica sui fondamenti ultimi del diritto e i suoi rapporti con il giusto e il bene, né disegnare alcun massimo sistema. Piuttosto, mi ripropongo di dare “una seconda occhiata” ad alcune cose che sono sotto gli occhi di tutti (quantomeno, di tutti i giuristi), e di provare a fornirne una chiave interpretativa che mi sembra feconda. In fin dei conti, parte del lavoro del filosofo (e dunque anche di quel filosofo a mezzo servizio che è il filosofo del diritto) consiste nel cercare di guardare un po' più da vicino le cose che riteniamo più scontate e che maneggiamo quotidianamente senza pensarci troppo su. A tal fine, il mio argomento si articolerà in due fasi. Innanzitutto, proverò a definire la nozione di ragionevolezza nel senso che mi interessa in questa occasione. Poi, cercherò di evidenziare il ruolo della ragionevolezza nel diritto – perché essa opera, e perché è inevitabile che operi, nel diritto.

Cominciamo dal primo punto. Che cosa è la ragionevolezza? Questa domanda si è rivelata notoriamente ostica, per la varietà di usi che questa nozione ha avuto sia nel discorso filosofico¹, sia nel discorso filosofico-giuridico², sia infine nel discorso più specificamente giuridico. Nel diritto, peraltro, partendo originariamente da una dimensione marcatamente pubblicistica (diritto amministrativo e diritto costituzionale), la nozione di ragionevolezza ha progressivamente occupato uno spazio sempre più importante anche nel diritto civile, nel diritto penale, e nei diritti processuali³. Non mi interessa, qui, dare conto in maniera dettagliata della varietà di usi a cui si presta, o si piega, la nozione di ragionevolezza nei diversi contesti sopra indicati (varietà che assai spesso si replica anche *all'interno* di quei diversi contesti). Piuttosto proporrò una definizione che, se non aspira ad essere particolarmente originale, credo abbia il pregio di risultare ampiamente e trasversalmente condivisibile tra i diversi contesti giuridici in cui si fa ricorso a questa nozione.

La mia definizione, dunque, è la seguente: per ragionevole e ragionevolezza intenderò uno stile di ragionamento “inclusivo”, flessibile, compromissorio, “mite”, particolaristico, che tende a prendere in considerazione tutte le circostanze in cui una certa decisione deve essere adottata, o un certo comportamento deve essere valutato, incluse le conseguenze (reali o possibili) di quella decisione o di quel comportamento. Dunque, il “ragionevole” in questo senso si oppone alle decisioni rigide, all'applicazione automatica, e cieca rispetto alle circostanze concrete, di una regola generale e astratta, al *fiat iustitia pereat mundus*. E qui, evidentemente, cominciamo a intravedere la sagoma di Aristotele. Notoriamente, nel libro V dell'*Etica Nicomachea* lo Stagirita distingue tra due modalità del “giusto”: il giusto “legale”, e l'equo come correzione del giusto legale (*epieikeia*)⁴. Ecco, la nozione di ragionevolezza che ho in mente è esattamente colta da questa idea aristotelica

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

¹ Penso in particolare a J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, 2005², lecture II; e a J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), Feltrinelli, Milano, 1998, parte seconda.

² Cfr. ad es. N. MacCormick, *On Reasonableness*, in C. Perelman, R. Vander Elst (eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 131-156; M. Atienza, *On the Reasonable in Law*, in «Ratio Juris», vol. 3, 1990, pp. 148-61; R. Alexy, *The Reasonableness of Law*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 5-15.

³ Di tutto ciò dà conto in maniera estremamente esaustiva l'opera a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, 2 voll., ESI, Napoli, 2017.

⁴ *Etica Nicomachea*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 1137b.

dell'adeguamento della decisione alle circostanze concrete – come si diceva funzionasse il misterioso “regolo di Lesbo”.

La strada che percorriamo insieme ad Aristotele, però, finisce qui. Senza volerne fare una questione di esegesi aristotelica – cosa che non mi interessa in questa sede, e di cui comunque non sarei capace – Aristotele sembra mettere in contrapposizione l'equità e il giusto legale. Non nel senso che per Aristotele l'equità e il giusto legale sarebbero due cose del tutto diverse – Aristotele peraltro lo nega – ma nel senso che egli considera l'equità come una correzione del (una deviazione dal, una alternativa al) giusto legale. Ed è quest'ultima idea che qui intendo mettere in discussione⁵. Intendo infatti affermare che la ragionevolezza (come equità, nel senso sopra abbozzato) non è una deviazione dal diritto, ma è anzi interpretabile come una componente necessaria del diritto stesso.

E così siamo passati al secondo punto del mio argomento. Qual è il posto della ragionevolezza nel diritto? Abbiamo adesso qualche elemento in più: una definizione minimale di ragionevolezza, e l'affermazione ancora sostanzialmente apodittica che essa abbia un ruolo importante se non addirittura necessario nel diritto. Ma in che senso?

Innanzitutto, che cosa intendo quando parlo di un ruolo “necessario”, in questo contesto? Beninteso, non mi sto riferendo ad una necessità logica, concettuale, definitoria. Non sto affermando che la ragionevolezza fa parte di una definizione universalmente valida di diritto – di modo che, o il diritto è ragionevole, o non è (vero) diritto. Non è questo il tipo di argomento che mi interessa qui, e in generale mi sembra che la filosofia del diritto abbia poco da guadagnare dall'imbarcarsi in analisi puramente concettuali sulla natura del diritto o nella ricerca delle verità essenziali sul diritto – di ciò che appartiene all'essenza del diritto in ogni tempo e in ogni luogo⁶. Piuttosto, ciò che ho in mente è una necessità “pratica” o “pragmatica”: se il diritto vuole realizzare i propri scopi, senza trasformarsi in un'impresa insensata, deve “necessariamente” includere al proprio interno qualche valvola di ragionevolezza. (È possibile che il requisito che ho appena indicato sia considerato troppo debole per qualificarsi come “necessario”. Pazienza. Non sono particolarmente affezionato alla parola “necessario”. Se lo si preferisce, la si può semplicemente sostituire con “importante” – così come si può anche concedere che alcuni aspetti importanti del diritto non sono affatto concettualmente necessari. Ma proprio di quelli, cioè degli aspetti importanti, vale la pena occuparsi⁷.)

Ciò detto, il ragionamento è il seguente. Il diritto è, in termini kelseniani, “una specifica tecnica sociale”⁸. In soldoni, il diritto è una tecnica che serve a far sì che i soggetti che interagiscono all'interno di un dato contesto sociale facciano o non facciano certe cose⁹. Il diritto serve (tra le altre cose) a risolvere o ad anticipare le controversie che possono nascere tra i consociati nelle loro interazioni sociali, in circostanze di disaccordo morale, conflitti di interessi, debolezza della volontà... A tale riguardo, uno dei valori giuridici fondamentali è *la certezza*¹⁰: in vista della sua

⁵ Nuovamente, dovrebbe essere chiaro che sto facendo un uso pretestuoso – anche se non del tutto fantasioso – del pensiero di Aristotele. Non mi interessa qui produrre una interpretazione o una critica del pensiero di Aristotele: sto invece usando alcune affermazioni di Aristotele, prese puramente *at face value*, come trampolino per l'argomento che intendo sviluppare nel seguito di questo saggio.

⁶ Per alcuni esempi, a mio parere non particolarmente felici, di questo modo di procedere nella riflessione filosofico-giuridica, v. J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 17: «A successful theory of law [...] is a theory which consists of propositions about the law which (1) are necessarily true, and (2) adequately explain the nature of law. [...] I am using “the nature of law” to refer to those essential properties which a given set of phenomena must exhibit in order to be law»; S. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011, cap. 1.

⁷ E per converso, «not all necessary truths are important truths» (L. Green, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in «New York University Law Review», vol. 83, 2008, pp. 1035-1058, a p. 1043).

⁸ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Etas, Milano, 2000, pp. 15 ss.

⁹ La “specificità” della tecnica giuridica consiste, per Kelsen, nella motivazione indiretta fornita da un apparato di sanzioni coercitive. Questo punto specifico non è rilevante ai fini del mio argomento, e comunque non condivido la tesi kelseniana secondo cui ogni vera norma giuridica “completa” include la statuizione di una sanzione coercitiva. Sul punto, rimando il lettore interessato a G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Ets, Pisa, 2016, cap. 2.

¹⁰ N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1951, 1, pp. 146-152 (la certezza è «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto», p. 150); L. Gianformaggio, *Certezza del diritto* (1986), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, p.

fondamentale funzione di risolvere o anticipare questioni controverse, il diritto istituisce sia forme di certezza *ex ante*, tramite norme generali, astratte, e dal contenuto determinato (che stabiliscono in anticipo un quadro di obblighi, divieti, diritti), sia forme di certezza *ex post*, tramite le istituzioni dell'applicazione (che mettono un punto ad una controversia, con decisioni che sono non solo vincolanti, ma ad alcune condizioni anche definitive). La certezza, a sua volta, è poi un valore intermedio, strumentale alla realizzazione di altri valori e obiettivi etico-politici: la salvaguardia di ambiti di autonomia individuale, la divisione del lavoro tra vari organi istituzionali, il “legare le mani” a certe categorie di decisori sottraendo loro discrezionalità interpretativa e potere decisionale¹¹.

Dunque, se la certezza è valore giuridico fondamentale, allora il diritto si dovrà servire di norme che abbiano attitudine a realizzare la certezza: norme che si presentano nella veste di *regole*. Un diritto per regole è un diritto che assicura, o può tendenzialmente assicurare, un grado di certezza *ex ante*, perché indica in maniera precisa ai destinatari “comuni” (i cittadini: destinatari primari delle norme giuridiche¹²) le condotte loro richieste; e un diritto per regole assicura anche un grado di certezza *ex post*, perché fornisce agli organi dell'applicazione norme da applicare in maniera sussuntiva, limitando l'incidenza della loro discrezionalità interpretativa.

Infatti, le regole sono norme generali, astratte, caratterizzate da relativa determinatezza nella fattispecie e nella conseguenza, e destinate ad un'applicazione sussuntiva¹³. In particolare, la determinatezza delle regole può essere perseguita in diversi modi, tra cui: l'uso di termini esattamente definiti; la descrizione della fattispecie tramite ricorso a entità numeriche o comunque esattamente misurabili, e tramite elenchi tassativi, chiusi, di proprietà; il ricorso a presunzioni e automatismi legislativi. Inoltre, le regole sono “opache” rispetto alla loro *ratio*: ogni regola ha una giustificazione sostanziale¹⁴ – serve a realizzare un obiettivo, uno scopo – ma non lo dichiara esplicitamente; piuttosto, si limita ad indicare una condotta richiesta al destinatario sulla base dell'assunzione, da parte di chi ha disegnato quella regola, che tenere o vietare quel comportamento realizzi il valore perseguito dalla regola stessa; in tal modo il destinatario è sollevato dall'onere di individuare in prima persona il possibile comportamento che può realizzare, o che può realizzare meglio degli altri, lo scopo perseguito dalla regola: dovrà semplicemente tenere, o non tenere, il comportamento indicato dalla regola stessa. Infine, affinché le regole realizzino questa forma di certezza è necessario che esse siano *pubbliche*, cioè siano oggetto di conoscenza comune tra i loro destinatari. La pubblicità delle regole permette ai destinatari non solo di conoscere ciò che è loro richiesto, ma anche di conoscere ciò che è richiesto agli altri consociati. In tal modo il destinatario delle regole potrà per un verso organizzare il proprio comportamento in funzione di quella regola, anche per evitare le conseguenze negative che il diritto normalmente associa alla violazione della regola; e per altro verso potrà prevedere il modo in cui gli altri consociati organizzeranno il loro comportamento in funzione delle regole vigenti (la regola che impone di fermarsi al semaforo rosso mi consente non solo di organizzare il mio comportamento in vista dell'obiettivo di evitare una sanzione, ma mi consente anche di prevedere come si comporteranno gli altri automobilisti davanti a un semaforo rosso)¹⁵.

Un diritto che intende essere certo è, dunque, essenzialmente un diritto per regole – in particolare, regole che abbiano le caratteristiche descritte nel capoverso precedente

84 («il diritto per questo esiste, per esser certo»); L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules*, Duke University Press, Durham, 2001 (sulla *settlement function* del diritto).

¹¹ F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

¹² Sulla distinzione tra destinatari primari (i “cittadini”) e destinatari secondari (gli organi dell'applicazione) delle norme giuridiche, v. G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, cit., pp. 45-49.

¹³ Si noti che le proprietà che caratterizzano le regole hanno natura graduale: il loro possesso è questione di più o meno.

¹⁴ Parlo della *ratio legis* come “giustificazione sostanziale” della regola per distinguerla da altri tipi di giustificazioni per le regole, che vedremo tra poco.

¹⁵ B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Volume 2, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 122-147. Sul rapporto tra conoscibilità e certezza del diritto v. anche R. Guastini, *Ignorantia juris*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2017, 2, pp. 399-413.

(determinatezza, opacità, pubblicità). Potremmo dire che quanto più le regole incorporano quelle caratteristiche, tanto più esse funzionano come “dispositivi di certezza”.

Tuttavia, le regole soffrono di alcuni difetti congeniti. Rispetto alla loro *ratio* sostanziale, le regole si rivelano spesso sovra- e sotto-inclusive, e questo deriva esattamente dal carattere generale delle regole – ovvero, dal fatto che le regole incorporano nella loro fattispecie una generalizzazione¹⁶: le regole possono risultare applicabili anche a casi in cui la *ratio* sostanziale non viene in considerazione, in tal modo dettando un risultato non giustificato dalla *ratio* della regola stessa (sovra-inclusività); o, al contrario, le regole possono risultare non applicabili a casi nei quali invece viene in considerazione la loro *ratio* sostanziale (sotto-inclusività)¹⁷. E tuttavia, è proprio delle regole opporre una certa resistenza anche davanti a questi casi recalcitranti: una regola funziona come regola solo se siamo disposti a tenerla ferma anche quando risulta sovra- o sotto-inclusiva, almeno tendenzialmente. Con ciò, le regole permettono di assicurare quei benefici in termini di certezza (che è a sua volta strumentale ad altri valori) visti sopra, ma al costo di incorporare una dose di arbitrarietà. E l'arbitrarietà deriva esattamente dal fatto che, in certi casi, l'obbedienza alla regola da parte del cittadino, o l'applicazione della regola da parte dell'organo dell'applicazione, non sarà giustificata dalla sua *ratio* sostanziale.

In altri termini: oltre alla giustificazione “sostanziale” – l'obiettivo direttamente perseguito tramite quella regola – l'adozione di regole in un certo contesto decisionale è sorretta da ulteriori giustificazioni “indirette”, le potremmo chiamare giustificazioni “strutturali”, o “istituzionali”, o “procedurali”. Si tratta di giustificazioni del tipo di quelle viste poco sopra, quando si è notato che la certezza è un valore strumentale ad altri valori, come la salvaguardia di ambiti di autonomia individuale, la divisione del lavoro tra vari organi istituzionali, il “legare le mani” a certe categorie di decisori sottraendo loro discrezionalità interpretativa e potere decisionale...¹⁸. Se la certezza è strumentale alla realizzazione di valori di questo tipo, e se le regole sono a loro volta strumentali alla realizzazione della certezza, segue che quei valori sono a loro volta una giustificazione delle regole. In altre parole, quando si parla della giustificazione di una regola, il discorso si muove contemporaneamente su due livelli distinti: da una parte, ciò che giustifica *l'adozione di quella regola*; dall'altra, ciò che giustifica *il fare ricorso a regole* in quel tipo di caso.

Ora, in alcuni casi, le circostanze complessive possono essere tali che, tutto sommato, è meglio rassegnarsi a convivere con questa dose di arbitrarietà reale o potenziale che la regola si porta dietro: ad esempio perché, in quel tipo di circostanze, sarebbe molto peggio, in termini di costi organizzativi e di rischi di arbitrarietà e discriminazioni, sostituire la regola generale con decisioni da prendere caso per caso¹⁹. In questi casi, dunque, può capitare che l'applicazione della regola talvolta non sia sorretta dalla sua giustificazione sostanziale, ma ciò non toglie che restano altre possibili ragioni (ragioni “istituzionali”, “procedurali”), per continuare ad applicare la regola, e che anzi queste ragioni siano considerate, in tali contesti, preponderanti.

In altri casi, però, il potenziale di arbitrarietà insito nella strategia decisionale basata su regole può essere tale da consigliare parziali deviazioni, o ammorbidimenti, del modello delle regole. In questi casi, cioè, il modello delle regole non è di per sé inadeguato, ma richiede correzioni “locali”. E di conseguenza si ammette che la relativa incertezza, derivante dalla parziale deviazione dal modello delle regole (cioè l'occasionale sacrificio delle giustificazioni “istituzionali”, “procedurali”

¹⁶ Lo schema è il seguente. Ogni regola ha una *ratio* sostanziale (persegue un certo obiettivo, protegge un certo interesse...). In relazione a tale *ratio*, la regola individua alcuni comportamenti che *tipicamente, normalmente* realizzano, oppure impediscono la realizzazione, di quella *ratio*. Tali comportamenti vengono indicati nella fattispecie della regola, e ad essi viene associata una conseguenza giuridica in termini – a seconda dei casi – di obbligo, divieto, o obbligo di applicare una sanzione. Ciò significa che la regola incorpora una generalizzazione prescrittiva. Per questo schema di analisi delle regole, v. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit.

¹⁷ F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit.; Id., *Thinking like a Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2009, pp. 24-29.

¹⁸ V. *supra*, testo corrispondente alla nt. 11.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, alla sostituzione della regola che attribuisce il diritto di voto al compimento dei 18 anni di età, con un sistema di decisioni individualizzate, caso per caso, sul possesso di un'adeguata maturità al fine dell'esercizio del diritto di voto. Riprendo l'esempio da T. Endicott, *The Value of Vagueness* (2005), in A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 14-30.

per avere regole), sia un compromesso accettabile al fine di mantenere in piedi un sistema che comunque rimane, nel suo complesso, organizzato in base a regole.

In altri casi ancora, infine, il ricorso al modello delle regole sarebbe arbitrario, irragionevole ma non semplicemente in maniera parziale, o potenziale, o occasionale – a ben vedere, lo sarebbe *del tutto*. Questi sono i casi in cui la realtà da disciplinare ha una complessità tale, da sfuggire del tutto alla precisione che è tipica delle regole: le regole sarebbero uno strumento spuntato e deformante per gestire quelle sfere di realtà. Si pensi al caso del *best interest of the child*, o alla definizione della tortura, o ai comportamenti che possono integrare una condotta conforme a (o contraria a) buona fede, correttezza, diligenza... In casi di questo tipo, mi pare, gli interessi che il diritto intende tipicamente proteggere possono essere tutelati (o violati) in tanti di quei modi diversi, e in contesti tanto diversi, da rendere affatto inadeguato il ricorso a regole. E, a causa del meccanismo della generalizzazione prescrittiva tramite cui funzionano le regole, le ipotesi di sovra- o, più probabilmente, sotto-inclusività sarebbero tali da rendere la regola arbitraria non occasionalmente, ma nella stragrande maggioranza delle circostanze.

Dunque. Il diritto per regole – che è la posizione di default della macchina-diritto, il software fondamentale che fa girare il computer del diritto – può risultare arbitrario, irragionevole: occasionalmente, o addirittura inevitabilmente. E così vediamo che in un tessuto di regole inizia ad insinuarsi l'esigenza della ragionevolezza, l'idea che le regole – che sono dispositivi di certezza – debbano essere integrate da ulteriori dispositivi che rendano possibile attenuarne il rigore, perlomeno in certe circostanze e a date condizioni. Alcuni di questi dispositivi sono esplicitamente incorporati già all'origine, per così dire, all'interno del tessuto delle regole. Ecco alcuni, ben noti, esempi:

- le clausole generali e i concetti elastici (talvolta chiamati “organi respiratori” del sistema);
- le cause di giustificazione in materia penale (scriminanti);
- l'autorizzazione ad integrare il diritto lacunoso (cioè, a rimediare ad una situazione di sotto-inclusività delle regole) tramite il procedimento per analogia.

Sembrerebbe allora che il diritto, per non diventare assurdo (un insieme di regole senza senso, che si applicano ciecamente), per non diventare incapace di perseguire i suoi stessi scopi (le *rationes* sostanziali che di volta in volta persegue) debba includere dispositivi di questo tipo. E si potrebbe pensare che sia compito del “buon legislatore” inserire adeguati dispositivi di ragionevolezza nel tessuto del diritto per regole. Sì, certamente. Ma non si può pensare che l'individuazione di dispositivi di ragionevolezza questo sia un compito *esclusivamente* del legislatore. Ciò per due ordini di ragioni, tra loro collegate.

La prima ragione è che l'esigenza di far filtrare la ragionevolezza nel tessuto delle regole è talmente radicata nei giuristi, specialmente nei giuristi che operano sul piano applicativo, che ben difficilmente l'elenco dei dispositivi di ragionevolezza operanti in una data cultura giuridica si esaurirà in quelli espressamente previsti dal legislatore. Come abbiamo visto, l'esigenza di ragionevolezza nasce dalla pressione dei casi, che per definizione sono imprevedibili: non si possono prevedere in anticipo tutte le infinite combinazioni di proprietà con cui si potrà manifestare un caso concreto²⁰. E dunque non si possono prevedere in anticipo tutti i modi in cui una regola può dare luogo ad applicazioni arbitrarie. Proprio per questa ragione, conosciamo tutta una serie di dispositivi di ragionevolezza “impliciti”, “spontanei”, nati dalla prassi applicativa man mano che se ne presenti l'opportunità. Ecco alcuni esempi:

- la dottrina dell'abuso del diritto;
- le scriminanti “atipiche”, o non codificate;
- la trasformazione, in via interpretativa, di un elenco (che testualmente appare come) tassativo in elenco esemplificativo; o di un termine (che testualmente appare come) perentorio in termine ordinatorio;
- l'interpretazione teleologica;

²⁰ B. Celano, *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 223-239.

- l'interpretazione evolutiva;
- l'interpretazione "orientata alle conseguenze";
- l'interpretazione equitativa;
- l'interpretazione adeguatrice, l'applicazione diretta e il bilanciamento giudiziale di principi costituzionali.

La seconda ragione per il fiorire di simili dispositivi che allentano il rigore delle regole è che, a causa dell'infinita varietà del reale (la varietà delle circostanze di fatto, e delle combinazioni tra gli interessi giuridicamente rilevanti che possono venire di volta in volta in gioco), non si può stabilire una formula magica, né tantomeno alcuna formalizzazione logica, che stabilisca in anticipo quando è preferibile affidarsi alle regole e quando invece è opportuno far entrare in azione un dispositivo di ragionevolezza²¹. Assodato che la generalizzazione prescrittiva incorporata nelle regole non sarà mai perfettamente ottimale – darà sempre adito a situazioni di sovra- o sotto-inclusività – il problema sarà sempre quanta sub-ottimalità siamo disposti a tollerare, e cioè quanta forza di resistenza sarà opposta dalla regola in virtù delle sue *rationes* "procedurali" e "istituzionali". Il problema, cioè, sarà decidere di volta in volta se continuare a seguire la regola, o se affidarsi alla ragionevolezza. E questo problema si riproporrà anche, e soprattutto, quando il legislatore non avrà anticipato situazioni di questo tipo.

Ovviamente, i giuristi potranno avere sensibilità diverse sull'atteggiamento da tenere in queste occasioni. Da questo punto di vista, potremmo distinguere due grandi famiglie di atteggiamenti rilevabili nella cultura giuridica: i giuristi formalisti e i giuristi sostanzialisti²². I primi privilegeranno la modalità "regole", rendendo quanto più marginale possibile il ricorso ai dispositivi di ragionevolezza – inclusi quelli esplicitamente previsti a livello legislativo. I secondi privilegeranno la modalità "ragionevolezza", sfruttando ogni opportunità culturalmente tollerabile per introdurre margini di defettibilità nelle regole. (E si può agevolmente notare che il clima culturale che si accompagna allo Stato costituzionale contemporaneo privilegia nettamente l'adozione di un atteggiamento sostanzialista²³.) Ma né il formalismo né il sostanzialismo, ritengo, possono presentarsi allo stato puro, per così dire: rappresentano diverse gradazioni di intensità all'interno di uno spettro, anziché un'alternativa dicotomica.

In conclusione, il diritto persegue la certezza, e la certezza richiede regole. Le regole, dunque, sono la modalità fondamentale con cui si presentano le norme giuridiche. Tuttavia, un diritto interamente, esclusivamente per regole sarebbe assurdo: irragionevole se non addirittura irrazionale, e in definitiva incapace, in molti casi, di realizzare i suoi stessi scopi (le *rationes* sostanziali di volta in volta soggiacenti alle singole regole giuridiche). Dunque, il diritto deve necessariamente²⁴ incorporare dei correttivi – i dispositivi di ragionevolezza. L'applicazione delle regole giuridiche si muove sempre su uno sfondo, una presupposizione tacita, di ragionevolezza. In alcuni casi (probabilmente, nella maggior parte dei casi) la sub-ottimalità delle regole sarà accettata come un costo collaterale da pagare per un dispositivo (di certezza) che nel complesso funziona. In altri casi, la pressione della ragionevolezza produrrà uno strappo nel cielo di carta delle regole, e il giurista dovrà di volta in volta decidere se ricucirlo o se guardarvi attraverso.

Il problema, ineliminabile, è che non esiste una formula per stabilire quando mantenere ferma la modalità di default (le regole), e quando invece passare alla modalità correttiva (la ragionevolezza). La valutazione è necessariamente contestuale, e comunque la scelta per l'una o per l'altra modalità comporta inevitabilmente il sacrificio di un valore giuridico: la certezza del diritto da una parte, la realizzazione della *ratio* sostanziale perseguita dalla regola dall'altra. È come se ogni

²¹ Sul "problema della riconsiderazione", v. B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 235-285.

²² Per una presentazione di queste due categorie, G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, cit., pp. 157-161.

²³ Secondo G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 212, l'onnipresenza della ragionevolezza rappresenta «un carattere del diritto del nostro tempo». Per una ricostruzione più dettagliata, v. G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in «Diritto pubblico», 2, 2018, pp. 517-544.

²⁴ Ho già chiarito il senso di questa "necessità", che non è logica, concettuale, e tantomeno metafisica. È, piuttosto, una necessità pratica.

regola giuridica proiettasse un'ombra (benevola oppure sinistra, a seconda dei punti di vista) che recita formule come “a meno che non seguano conseguenze assurde”, “a meno che non si presenti un caso anomalo”, o simili²⁵. E non si può mai sapere in anticipo quando questa ombra continuerà a restare sullo sfondo, e quando, invece, oscurerà del tutto la regola.

²⁵ E si ricordi H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Oxford, 1961, p. 139: «a rule that ends with the word 'unless...' is still a rule» – affermazione lievemente enigmatica, ma agevolmente interpretabile alla luce dell'argomento sviluppato in questo lavoro.