

Filosofia del diritto

Norme, concetti, argomenti

A cura di Mario Ricciardi, Andrea Rossetti
e Vito Velluzzi



Carocci editore



1ª edizione, giugno 2015
© copyright 2015 by Carocci editore S.p.A., Roma

Realizzazione editoriale: Fregi e Majuscole, Torino

Finito di stampare nel giugno 2015
da Eurolit, Roma

ISBN 978-88-430-7565-2

Riproduzione vietata ai sensi di legge
(art. 171 della legge 22 aprile 1941, n. 633)

Senza regolare autorizzazione,
è vietato riprodurre questo volume
anche parzialmente e con qualsiasi mezzo,
compresa la fotocopia,
anche per uso interno
o didattico.



Indice

Nota dei curatori 11

Parte prima Norme

- 1. Persona 15**
di *Damiano Canale*
 1. Nozioni preliminari 15
 2. Persona come *status* 17
 3. Persona come individualità umana 19
 4. Persona come individualità politica 21
 5. Persona e diritti umani 23
 6. La persona nella bioetica e nel biodiritto 29

- 2. Istituzioni 37**
di *Francesca Poggi*
 1. I differenti sensi di “istituzione” 37
 - 1.1. Istituzioni sociali / 1.2. Istituzioni e fatti istituzionali / 1.3. Istituzioni di senso / 1.4. Fondamenti
 2. Istituzioni e norme 41
 - 2.1. Il diritto come istituzione / 2.2. L’istituzione del diritto

- 3. Autorità 51**
di *Aldo Schiavello*
 1. La nozione di autorità 51
 2. La questione fondamentale: autorità legittima
vs autonomia individuale 55
 3. Autorità legittima: due giustificazioni classiche 58
 - 3.1. Consenso / 3.2. Fair-play
 4. Teorie contemporanee dell’autorità legittima 63
 - 4.1. Autorità come servizio / 4.2. Comunità di principio e obblighi associativi / 4.3. Il diritto come autorità pianificatrice

- 4. Giustizia 77**
di *Mario Ricciardi*
 1. Fenomenologia dell’ingiustizia 77
 2. Aristotele sulla giustizia 79

- 3. Reciprocità e giustizia 83
- 4. Mutualità di restrizioni e giustizia 85
- 5. Imparzialità e giustizia 87
- 6. Giustizia non comparativa 91

5. Deontologia 93

di *Gianmarco Gometz*

- 1. Premessa 93
- 2. Le dottrine morali deontologiche e la nozione di valore intrinseco 94
 - 2.1. Le dottrine deontologiche centrate sull'agente / 2.2. Le dottrine deontologiche centrate sul paziente morale / 2.3. Le dottrine deontologiche della soglia morale
- 3. Deontologico/teleologico: una distinzione problematica 104
- 4. La deontologia come etica di ruolo. Una mappa dei problemi 109
 - 4.1. Deontologia *vs* morale positiva / 4.2. Deontologia e diritto

Parte seconda Concetti

6. Responsabilità 117

di *Filippo Santoni de Sio*

- 1. La responsabilità fra etica e diritto 117
- 2. L'analisi della responsabilità 118
- 3. La responsabilità come capacità 120
- 4. La responsabilità come causa 123
- 5. La responsabilità come colpevolezza: intenzione e giustificazioni 125
- 6. La responsabilità come colpevolezza: libertà e scusanti 127

7. Diritti 131

di *Francesco Ferraro*

- 1. Il concetto di diritto soggettivo 131
- 2. Concezioni dei diritti 135
- 3. Il contenuto dei diritti 141

8. Torto 145

di *Elena Bargelli, Mario Ricciardi e Filippo Santoni de Sio*

- 1. C'è una filosofia del diritto privato? 145
- 2. Torto e responsabilità civile 148
- 3. Concetto di torto e principi di giustizia 153
 - 3.1. Torto, negligenza e responsabilità oggettiva / 3.2. La causalità / 3.3. Torto e giustizia
- 4. Una prospettiva nazionale: le tendenze della responsabilità civile 166

4.1. Le nuove leggi (interne) e le fonti europee / 4.2. La giurisprudenza e la dottrina / 4.3. Elementi costitutivi del fatto illecito / 4.4. Nesso di causalità / 4.5. Danno / 4.6. L'ampliamento dell'area della responsabilità

9. Contratto 175

di *Aurelio Gentili*

1. La quadruplicata origine della teoria del contratto 175
2. La concezione psicologica 176
3. La concezione normativa 179
4. La concezione etica 181
5. La concezione economica 185
6. Possibilità e limiti di concezioni diverse del contratto 187

10. Proprietà 193

di *Corrado Del Bò*

1. Il concetto di proprietà 193
2. Concezioni della proprietà: il modello liberale 197
3. Giustificazioni della proprietà 200

11. Pena 207

di *Massimo Renzo*

1. Premessa 207
2. Il consequenzialismo 207
3. Le ragioni offerte dal diritto penale e il rispetto del precetto kantiano 209
4. Retributivismo e fair-play 211
 - 4.1. Retributivismo, risentimento ed "emozioni virtuose"
5. Una terza via? Teorie miste e la teoria comunicativa 216

12. Famiglia 221

di *Daniele Santoro*

1. La famiglia come società naturale 221
2. Concetto e concezioni della famiglia 221
 - 2.1. La famiglia come società naturale. Una concezione giusnaturalistica / 2.2. La famiglia come patto volontario: la concezione liberale / 2.3. Giusnaturalismo e liberalismo a confronto
3. Famiglia e questioni di giustizia 229
 - 3.1. Famiglia e sorte sociale / 3.2. La famiglia e le basi morali del rispetto di sé
4. Femminismo e relazioni di cura 234
5. Conclusione 235

Parte terza Argomenti

- 13. Argomentazione 239**
di *Andrea Rossetti*
1. Logica e argomentazione 239
1.1. Logiche e diritto / 1.2. Inferire e argomentare
 2. Che cosa è argomentare 242
2.1. Retorica e argomentazione / 2.2. Argomenti e metafore
 3. Come si fa un argomento 244
3.1. Una descrizione formale dell'argomentare / 3.2. Una classificazione degli argomenti e delle fallacie / 3.3. Argomenti e fallacie
 4. Come si valuta un argomento 251
- 14. Giudizio 253**
di *Vito Velluzzi*
1. Premessa metodologica 253
 2. Giudizio, diritto e ragionamento giuridico 254
 3. La giustificazione esterna del ragionamento giuridico 258
 4. Le caratteristiche di chi giudica 264
 5. Una breve chiosa 267
- 15. Finzioni 269**
di *Giovanni Tuzet*
1. Che cos'è una finzione? 269
 2. Che cos'è una finzione giuridica? 272
 3. Qual è una buona finzione giuridica? 278
 4. Problemi aperti 282
- 16. Ragionevolezza 285**
di *Silvia Zorzetto*
1. Premessa 285
 2. Ragionevolezza, ragion pratica e valori 286
 3. Il ragionevole come categoria distinta dal razionale 289
 4. La ragionevolezza come concetto poroso 293
 5. Gli usi del ragionevole nel diritto 296

Bibliografia 301

Indice analitico 339

Gli autori 341

16

Ragionevolezza

di *Silvia Zorzetto*

1. Premessa

Perlopiù, ciascuno di noi ha una propria idea di cosa sia (ir)ragionevole nelle varie circostanze: è cioè in grado di valutare e di dire se una certa credenza o azione o situazione è o non è, a suo giudizio, (ir)ragionevole. Eppure, se ci riflettiamo, incontriamo notevoli difficoltà nello spiegare che cos'è, per noi, il ragionevole o nell'avanzare una definizione generale di ragionevolezza.

Il sostantivo “ragionevolezza” e, ancor più, i predicati “(ir)ragionevole” e le forme avverbiali “(ir)ragionevolmente” sono di uso corrente tanto nella comunicazione ordinaria quanto nei discorsi etici, politici, giuridici. Ma che cosa intendiamo con tali parole? Qual è il loro significato quando sono impiegate, in particolare, in ambito giuridico?

Nel diritto, malgrado le apparenze, l'uso della ragionevolezza pone quesiti pratici e teorici niente affatto elementari. Ad esempio, che cosa vuol dire che un termine o un periodo di tempo o un prezzo è ragionevole: quando e in base a che cosa lo è? Quando e come possiamo dire che il corrispettivo per una prestazione è maturato con ragionevole certezza? Quali sono le qualità e le prestazioni abituali di un bene che un acquirente può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni del venditore o produttore o della pubblicità? Chi può ragionevolmente credere di avere, sui beni di una persona scomparsa, diritti dipendenti dalla sua (presunta) morte? Come fare a dire se si versa in un caso fortuito ordinario, cioè che, avuto riguardo ai luoghi e a ogni altra circostanza, le parti potevano ragionevolmente ritenere probabile? Che cosa vuol dire che l'impugnazione di una sentenza civile è inammissibile quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta o che si pronuncia la sentenza penale di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio?

Come emerge da questi esempi, quello di ragionevolezza è un concetto con il quale abbiamo grande familiarità, ma allo stesso tempo sfuggente e, per molti profili, controverso; e ciò sia nei suoi usi ordinari sia nei suoi usi specialistici e, in particolare, giuridici.

Che cos'è
ragionevole?

Per superare queste difficoltà occorre considerare che affermare e, prima ancora, credere e pensare che qualcosa sia o possa essere (ir)ragionevole fa parte della capacità di umano raziocinio. La ragionevolezza è un'idea incorporata nella nostra enciclopedia naturale, oltre che nel vocabolario ordinario. In ogni contesto comunicativo, usiamo predicare la (ir)ragionevolezza degli oggetti più svariati: azioni, decisioni, atteggiamenti, credenze, eventi, stati di cose, fatti, concezioni dell'individuo, modelli di società, istituzioni, accadimenti del passato, previsioni o ipotesi sul futuro ecc. All'occorrenza, intavoliamo discussioni sulla maggiore o minore ragionevolezza delle varie evenienze e opzioni. Molte affermazioni e nostri o altrui giudizi di (ir)ragionevolezza ci appaiono pacifici o più che ovvi o banali, mentre molti altri invece discutibili o vuoti o arbitrari. Ma, in ogni caso, se facessimo l'esperimento di chiedere a noi stessi o al nostro interlocutore: "perché dici che è (ir)ragionevole?", ci renderemmo conto che non è affatto agevole scavare nelle abituali intuizioni, e ciò a prescindere dalla circostanza che si sia o meno d'accordo su ciò che è ragionevole nel caso di specie.

Alla resa dei conti, siamo perfettamente in grado di esprimere giudizi di ragionevolezza nella pratica linguistica, ma assai meno di fornire una definizione precisa di che cosa intendiamo con questa parola. In particolare, il concetto di ragionevolezza non può essere definito individuando sue condizioni d'uso necessarie e sufficienti o un genere prossimo e una differenza specifica. Per un verso, infatti, non vi è un ragionevole in astratto o a priori, ma solo entro un contesto di discorso. Per altro verso, il genere al quale più facilmente verrebbe di ricondurre il ragionevole è il razionale, ma tutti i tentativi compiuti in tale senso non sono riusciti a dare conto in maniera soddisfacente di ciò che accomuna il ragionevole e il razionale e di quale sia la differenza specifica della ragionevolezza rispetto alla razionalità.

Di seguito verrà fornita una mappa concettuale degli usi del ragionevole e una spiegazione e chiarificazione del come e del perché parliamo in tutti i casi di ragionevolezza. Tra gli usi del ragionevole nei diversi contesti esiste una somiglianza ed è possibile individuare più sensi interconnessi di ragionevolezza, se si considera che ogni uso del ragionevole si sviluppa entro una cornice metaetica e poggia su determinate assunzioni sulla razionalità e natura umana e sulle abilità e capacità intellettive e pratiche di interazione e comprensione degli individui.

2. Ragionevolezza, ragion pratica e valori

Come noto, l'idea del ragionevole ha avuto largo seguito nella storia del pensiero filosofico occidentale sino dall'antichità (Kennedy, 2004) ed è tutt'ora un'idea centrale nel pensiero filosofico contemporaneo, in particolare in seno alla filosofia pratica (Moore, 1996).

In questa sede, verrà illustrata e analizzata la visione del ragionevole quale

risulta principalmente dalle analisi metaetiche e teorie o dottrine politiche messe a punto nel corso del Novecento nel contesto continentale e angloamericano. Questo contesto di pensiero è infatti quello che più ha influenzato e tutt'ora influenza le concezioni della ragionevolezza nei diritti vigenti riconducibili alla cultura giuridica di *civil law* e di *common law*.

Esaminando dunque le concezioni della ragionevolezza proposte in metaetica e teoria politica nel Novecento, ci si rende conto che manca una precisa definizione della nozione. Alcune teorie danno una spiegazione, per così dire, naturalistica del ragionevole, considerandolo un'idea incorporata nel senso comune, espressione di una determinata forma di vita e sensibilità (Toulmin, 1996-97) o identificandolo con la capacità di generalizzazione e la creatività propria dell'intelletto umano (Peirce, 1998; Muller, Brent, 2004).

In molti casi la ragionevolezza è trattata come un concetto primitivo, cioè un concetto di base e indefinito per la teoria. È significativo a tale riguardo che anche le teorie politiche (Rawls, 1989; Barry, 1989; Scanlon, 1998; McMahan, 2009; Habermas, 2011), o le teorie dell'argomentazione (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 1989; Alexy, 1998; Aarnio, 1987) più ampie e raffinate incentrate sulla ragionevolezza, sono state elaborate senza dare una definizione esplicita della nozione, facendo piuttosto implicito riferimento alle intuizioni sul ragionevole proprie di ciascuna persona, secondo una certa nozione ideale di persona come ente senziente e morale, oppure postulando un comune senso di ragionevolezza condiviso da un certo insieme di individui, anch'esso variamente concepito.

Sia le analisi del concetto di ragionevolezza, sia le teorie etiche e politiche che fanno perno sulla nozione la spiegano chiamando in causa altri concetti filosoficamente fondamentali, a cominciare dalla razionalità e dalla giustizia (nelle varie accezioni della giustizia come generalità, equità, proporzione, misura ecc.). Ma la ragionevolezza viene congiunta anche alla reciprocità e all'umana fallibilità (Lucas, 1963), oppure all'onestà e alla benevolenza, alla prudenza ecc. (Corkey, 1959; Brennan, 1996). La ragionevolezza pare avere relazioni concettuali essenziali, sia pur variabili, con tutti questi concetti. Tuttavia, i tratti che distinguono il ragionevole, di regola, non sono precisati nelle teorie, nelle quali si suole piuttosto contrapporre la ragionevolezza a una serie di altri concetti, altrettanto filosoficamente pregnanti e aventi per comune opinione una connotazione negativa: la ragionevolezza è tipicamente contrapposta all'arbitrio, alla discriminazione, all'intolleranza, alla violenza ecc. Così, ad esempio, il concetto di irragionevolezza è stato declinato dalle teorie politiche in più sensi, a indicare, volta per volta, un uso del potere politico insensato, iniquo, discriminatorio, immorale, inflessibile (Cuono, 2012).

Confrontando le discussioni degli studiosi su quali siano gli specifici tratti costitutivi del ragionevole secondo le diverse teorie, risulta che ciascuna teoria dà una spiegazione perlopiù metaforica e allusiva del concetto. Nella ca-

Concetto
e concezioni

"Aria di famiglia"

Ragionevolezza
come via mediana



ratterizzazione più frequente, la ragionevolezza è idealmente collocata tra estremi concepiti come opposti: ragione *vs* volontà, logica *vs* retorica, libertà *vs* coazione, giustificazione razionale *vs* persuasione irrazionale, eguaglianza tra classi *vs* equità del caso singolo, soggettività *vs* oggettività, assolutismo *vs* relativismo morale ecc. Uscendo da questa metafora spaziale, la posizione mediana della ragionevolezza nel *continuum* sta a indicare che essa permetterebbe di mediare e dunque di conciliare le diverse opposizioni suindicate.

Sia in metaetica sia in teoria politica, la ragionevolezza viene utilizzata nel contesto della giustificazione pratica, principalmente a due riguardi: o per descrivere taluni aspetti del ragionamento pratico (ad es. la rivedibilità delle scelte pratiche e la loro dipendenza dal contesto e dalle posizioni assunte dagli interlocutori) o per proporre determinate soluzioni a problemi di giustificazione pratica.

Nel contesto della giustificazione pubblica, la ragionevolezza è un elemento essenziale di numerosi modelli di democrazia deliberativa o discorsiva (Bohman-Rehg, 1997; Gutmann-Thompson, 1996; 2005; Freeman, 2000) e di molte concezioni politiche che hanno l'obiettivo di assicurare il pluralismo dei valori o che muovono da questo presupposto per disegnare istituzioni pubbliche (come la scuola) e private (come la famiglia) (Galston, 1991).

Nel contesto della giustificazione morale, a seconda delle teorie, la ragionevolezza fa capolino sia con riguardo al modo di giustificare le scelte morali (ad es. vestendo i panni degli altri secondo il principio di universalizzabilità, cfr. Winch, 1965), sia con riguardo al contenuto di tali scelte (il rispetto di determinati valori, quali la libertà, la tolleranza, il bene ecc.) (Locke, 1976; Quinn, 1995; Finnis, 2001).

Nella sfera pratica, la ragionevolezza viene dunque presentata come una manifestazione o una derivazione o una forma particolare della ragion pratica (Erman, 2007). In ordine ai rapporti fra ragionevolezza e ragion pratica è utile distinguere tra le visioni metaetiche divisioniste e le versioni oggettiviste o cognitiviste del ragionevole. Le prime sono concordi solo sul fronte negativo, cioè su che cosa la ragionevolezza non è, mentre è vivo il dibattito su che cosa caratterizza in positivo la ragionevolezza. Limitandosi all'elemento condiviso, nella prospettiva divisionista, la ragionevolezza non è ridicibile alla pura razionalità, sia essa intesa come calcolo logico o deducibilità o come mera coerenza o come pura strumentalità mezzo-fine (Maniaci, 2006). Anche dal punto di vista oggettivista o cognitivista la ragionevolezza è irriducibile alla sola coerenza e alla logica calcolistica e strumentale. Ma in positivo i non divisionisti tendono a concepire la ragionevolezza come espressione di una ragione superiore o dell'umana ragione naturale e/o come una forma di razionalità orientata a valori morali e/o epistemici. In questa prospettiva, il ragionevole equivale a razionale inclinazione verso il vero, il bene e/o il giusto (Besson, 2005; Moran, 2003; Heil, 1992), evidentemente secondo una determinata concezione del vero, del bene e/o del giusto.



La ragionevolezza è per comune opinione considerata una nozione inestricabilmente connessa ai valori, ma ciascuna teoria propone un diverso modo di concepirne la dimensione valutativa o la dipendenza dai valori.

Ragionevolezza
e valori

Oltre a essere considerato un valore in sé, il senso del ragionevole è considerato un sentimento o un modo di essere o una propensione naturale delle persone connessa ad alcuni valori in particolare (Perelman, 1979; MacCormick, 1984). Tra i valori che più frequentemente contribuiscono a delineare il senso del ragionevole, secondo le varie teorie, vi sono, oltre a quelli già menzionati in precedenza, l'imparzialità, la simpatia, la correttezza, il rispetto, la dignità ecc. (Pritchard, 1972; Fletcher, 1999; Viola, 2002).

Per comune opinione, in etica, il ragionevole è pure una genuina disposizione morale (Rescher, 1954), anche se, a seconda della concezione etica, non è identico il nesso tra la moralità degli individui e il senso del ragionevole. L'essere ragionevole è considerato anche un'umana virtù, specie nella sfera pubblica (Macedo, 1990; Larmore, 1990; Kymlicka, Norman, 1994).

Senso morale e virtù

Dunque, le concezioni del ragionevole, quale che sia la specifica cornice metaetica in cui si iscrivono, mostrano che negli usi della ragionevolezza nella sfera pratica è implicito un giudizio pratico che coinvolge, a qualche titolo, determinati valori. In ambito etico, politico e giuridico, dicendo che una certa azione o credenza o aspettativa è ragionevole non si descrive meramente un aspetto – appunto la ragionevolezza – di quella azione, credenza o aspettativa, ma se ne dà anche una giustificazione. Un problema fondamentale delle teorie e delle analisi del ragionevole è se questa giustificazione implicita nel ragionevole sia anche altresì necessariamente una giustificazione razionale.

3. Il ragionevole come categoria distinta dal razionale

Nella sfera pratica, il ragionevole ha indubbiamente qualche nesso con il razionale, ma i rapporti concettuali tra l'uno e l'altro sono storicamente contestati. Nella storia del pensiero filosofico le stesse ammissibilità, possibilità e utilità di distinguere tra il ragionevole e il razionale sono state poste in discussione. Il ragionevole e il razionale sono stati declinati variamente, elaborando concezioni distinte, individuando collegamenti differenti oppure considerandoli termini equivalenti (Oakeschott, 1962; Nozick, 1993).

Varie analisi hanno compiuto lo sforzo di spiegare in che cosa il ragionevole si distingue dal razionale, che cosa è comune a razionale e ragionevole e l'evoluzione di queste idee nella storia del pensiero filosofico (Hill, 1969).

Ragionevole
vs razionale

La tesi che tende a prevalere è che il razionale non equivale al ragionevole, sebbene in alcuni contesti questi termini forse possano essere considerati sinonimi. In numerosi contesti e usi significativi la distinzione tra i due è necessaria, nel senso che l'uno è adoperato con delle implicazioni che non possiede l'altro. È possibile discutere se essere ragionevoli sia sempre razionale. È perfettamente sensato affermare che una certa persona e una determinata scelta o

Intuizioni ordinarie

azione, pur essendo assolutamente razionali, sono nondimeno irragionevoli. Dire di qualcuno che è irragionevole (assurdo, stupido, cocciuto, insensato, ridicolo) non equivale a qualificarlo come irrazionale (Sibley, 1953).

Queste affermazioni di principio riflettono intuizioni di senso comune che hanno eco negli usi linguistici del ragionevole nella comunicazione, non solo ordinaria. Anche se in talune circostanze usiamo indifferentemente i predicati “irragionevole” e “irrazionale” e potremmo sostituire l’uno all’altro, perlopiù non consideriamo tali predicati come perfetti sinonimi, tanto che ad esempio non in tutti i contesti consideriamo egualmente appropriato dire che una certa azione o una certa persona è stata (ir)ragionevole o invece (ir)razionale. Ad esempio, è razionale perseguire i propri obiettivi, ma può essere irragionevole farlo costi quel che costi. Pare più appropriato dire che la convinzione di essere sempre nel giusto è irragionevole, anziché irrazionale. Invece si usa dire che è irrazionale, e non solamente irragionevole, se ci si vuole imbarcare, recarsi all’imbarco senza documento di identità, pur sapendo che esso è necessario.

Inoltre, alcuni tratti propri del razionale non sembrano sufficienti per descrivere in maniera adeguata ed esauriente il ragionevole. Secondo la comune caratterizzazione del razionale e del ragionevole, i tratti propri del primo non sembrano costituire alla stessa maniera tratti necessari del secondo. Così, ad esempio, la coerenza (la non contraddittorietà o contrarietà logica) è tratto essenziale della razionalità logico-deduttiva, ma per essere ragionevoli non basta essere coerenti. D’altra parte, la coerenza, se portata all’estremo o concepita in maniera indefettibile, può essere e perlopiù è reputata un sintomo d’irragionevolezza.

Razionalità

L’idea che il ragionevole sia prossimo, eppure distinto dal razionale, trova oggi ampio consenso nelle discipline umane, specie in quelle che più hanno esaminato l’agire razionale degli individui sia come singoli sia nei gruppi sociali. Nelle scienze sociali (in particolare in economia, sociologia, antropologia ecc.) è in uso un concetto base di razionalità che può essere così delineato.

Razionale è sinonimo di logico, coerente, conforme a ragione (Searle, 1993); ma la razionalità implica anche identificazione dei particolari, astrazione, ordinazione e classificazione (James, 1879).

La persona razionale tipicamente agisce in base a e per il proprio bene o interesse. In particolare, è razionale avere determinati fini o interessi e perseguirli, tramite le proprie scelte e azioni, nel modo più efficiente possibile, individuando e soppesando che cosa va e che cosa non va a proprio vantaggio (Gewirth, 1983).

Con riguardo ai fini, è razionale avere il proponimento di raggiungerli e la consapevolezza di poterli raggiungere; in caso di conflitto è razionale scegliere tra essi quello che si preferisce realmente, cioè quello che previa un’attenta riflessione, considerata la propria e l’altrui esperienza, si giudica che abbia per sé il maggior valore aggiunto (Rawls, 2007).

Con riguardo ai mezzi, è razionale selezionare mezzi che, sulla base della migliore evidenza, sono i più efficienti per la realizzazione dei fini e tenere in considerazione tutte le altre misure in proprio potere che necessariamente preservano il raggiungimento dei suddetti fini. Tra i mezzi a disposizione è razionale soppesare e scegliere quelli per sé migliori, in base all'efficienza relativa rispetto al raggiungimento dello scopo, secondo un principio di economia e di calcolo dei costi e dei benefici delle diverse alternative. Sul presupposto di avere mezzi limitati, è razionale cercare di raggiungere quanti più propositi possibili tra quelli più importanti.

Con riguardo alla volontà, è razionale agire in accordo con le decisioni prese sulla base di un processo di riflessione, senza lasciarsi influenzare da emozioni che persuadono in senso opposto (Elster, 1996). Perciò una persona razionale cerca di rendere i propri fini coerenti e ordina gli scenari di azione disponibili in base alle proprie preferenze, considerate come un insieme predeterminato coerente, completo e caratterizzato dalla proprietà transitiva (se A è preferibile a B, e B è preferibile a C, A è preferibile a C) (Arrow, 1959; Samuelson, 1938a; 1938b). Ordina quindi tutte le opzioni a disposizione a seconda di quanto ciascuna di esse meglio risponde ai suoi propositi.

Una persona razionale, nel scegliere e seguire il corso di azioni che più soddisfa i suoi desideri, valuta anche qual è quello che ha le maggiori possibilità di successo. Cerca di considerare le preferenze e scelte altrui come fattori che possono influire e condizionare i propri progetti di vita (Sen, 1995; 1997). Non cerca di fare cose impossibili. È interessata nel senso che confronta la propria posizione con quella degli altri e soffre di invidia, per cui per ottenere un maggiore vantaggio, a seconda dei casi, è pronta a danneggiare o a recare benefici. L'altruismo, così come l'egoismo, è dunque un altruismo interessato (Arrow, 1986).

È consapevole dell'esistenza di fattori di incertezza e, nei limiti del possibile, cerca di tenerne conto nelle proprie deliberazioni. Non tenta di prevedere il futuro né pretende di avere assolute certezze. Considera la probabilità relativa con cui i diversi corsi di azione che gli si presentano possono essere portati a compimento con successo (Simon, 1978; 1986). Il razionale involge coordinazione, linee e strategie d'azione coerenti ed efficienti e il perseguimento del proprio benessere e del vantaggio altrui, nella misura in cui aumenta anche il proprio (Harsanyi, 1977).

Secondo la concezione oggi prevalente nelle discipline umane, il ragionevole si distingue da questa concezione del razionale con riguardo a più profili. È possibile estrapolare una sua visione minimale che muove da due assunzioni di base. La prima è che il ragionevole riguarda gli individui concepiti non *uti singuli* ma gli uni in relazione agli altri. La seconda è che nella dimensione del ragionevole gli individui non sono enti astratti, desocializzati e fuori della storia come nella dimensione del razionale. Nella dimensione del ragionevole gli individui sono immersi in una cultura e nella storia. Sono agenti dotati

Emozioni, desideri
e preferenze

Incertezza

Ragionevolezza,
individualità
e cultura



di una propria sensibilità. Possiedono determinati *status* e ricoprono taluni ruoli rispetto agli altri individui. Sono attori e fautori della loro cultura, delle loro istituzioni e del loro avvenire.

Mentre nella dimensione del razionale si parla di coordinazione, nella dimensione del ragionevole si parla di reciprocità e cooperazione e in particolare di equi termini di cooperazione tra le persone (Rawls, 1999).

Entro questa cornice, la persona ragionevole è concepita come una persona non capricciosa, intelligente, giudiziosa, capace di comprendere gli altri punti di vista e di mettersi nei panni altrui, di provare genuina simpatia (Shaw, 1998).

Simpatia
e imparzialità

Una persona ragionevole è in grado di pensare e mostra di essere disposta a valutare la propria posizione rispetto agli altri non come una posizione idiosincratica che vale solo per lei, ma come generalizzabile a qualunque altra persona che in ipotesi possa trovarsi nella medesima posizione, secondo la cosiddetta “regola d’oro” (Hirst, 1934). Una persona ragionevole concepisce perciò le situazioni pratiche in termini sempre potenzialmente generali. Per la persona ragionevole, non solo ciascuna norma o regola di comportamento è generale, cioè vale per tutti coloro che si trovano in quella medesima situazione, ma le eccezioni alle regole o ai principi vanno giustificate sulla base di ragioni che siano accettabili dagli uni così come dagli altri.

Una persona ragionevole è quindi una persona che ha imparzialità di giudizio, che rispetta gli altri e le loro posizioni ed è sensibile alle loro ragioni e propositi e vuole moderare le proprie richieste e accordarsi con gli altri, in caso di conflitto, secondo modalità che possono essere accettate e riconosciute come eque o giuste (*fair*).

Rivedibilità
delle scelte
e credenze

Ogniquale volta si confronta con una questione pratica, la persona ragionevole mostra la disposizione a trovare ragioni *pro* e *contra* le possibili linee di azione che gli si aprono davanti. Mostra il desiderio di considerare le questioni con mente aperta e conseguentemente è sempre pronta a riconsiderare le proprie opinioni e convinzioni sotto una nuova luce e in base alle ragioni che le vengono sottoposte nella discussione (Kelman, 1991). Conosce o cerca di conoscere le sue predilezioni morali, intellettuali ed emotive e fa un serio tentativo di tenerne conto nel soppesare i meriti di ogni questione (Wolfe, 1936). Non ignora l’influenza dei pregiudizi e delle abitudini e cerca di fare un serio sforzo per annullarla. Non è fatalista circa gli effetti che i pregiudizi e le abitudini hanno sulle sue decisioni nel caso in cui non riesca a emanciparsi da essi (Rawls, 2007).

Umana socialità

Il senso del ragionevole viene abbinato al rispetto delle differenze e al senso di umana socialità. Questa può essere intesa come la volontà o l’effettivo desiderio di riconoscere, accettare e seguire le regole, i doveri e gli obblighi minimi essenziali per vivere in società; oppure, in un’ottica più esigente, come sviluppo delle capacità personali per la fioritura umana (Nussbaum, 2000; 2001).



Una persona ragionevole è una persona che non è intollerante nei confronti delle persone non intolleranti; esclude di potersi rapportare con gli altri individui ragionevoli usando mezzi di oppressione o negando l'altrui punto di vista. Una persona ragionevole non è però semplicemente tollerante nei confronti di coloro che possiedono concezioni morali o politiche e dottrine giuridiche diverse dalle proprie. Essere e mostrarsi ragionevoli nei confronti di credenze, atteggiamenti, decisioni ecc. diversi dai propri implica qualcosa di più e di diverso dalla mera tolleranza verso ciò che è diverso, non piace o magari disgusta (McKinnon, Castiglione, 2003).

Tolleranza

Per comune opinione, l'essere ragionevole implica in particolare l'accettazione del criterio della reciprocità (Rawls, 2007). Una persona ragionevole, perciò, non fa agli altri quel che non vorrebbe fosse fatto a sé e non farebbe a sé. Vuole poter vivere con le altre persone secondo principi che anche le altre persone riconoscono e possono accettare. In questo senso la ragionevolezza ha una dimensione eminentemente pubblica e richiede che le persone si atteggiino nei confronti degli altri in termini di pubbliche ragioni. In tale quadro, una persona ragionevole riconosce e accetta che altri individui abbiano e dichiarino, nella discussione pubblica, credenze, valori, concezioni etiche e/o politiche diverse dalle proprie e fa in modo di cooperare anche con costoro, secondo forme accettabili per gli uni e per gli altri. A seconda del ruolo nella società e nelle sue istituzioni, si impegna affinché le scelte di ordine politico, di politica del diritto, la vigenza delle norme giuridiche e la loro applicazione risultino giustificate in base a ragioni accettabili anche dagli altri.

Reciprocità

4. La ragionevolezza come concetto poroso

Nel diritto vi sono opposti orientamenti nei confronti della ragionevolezza: molti pratici e teorici si mostrano nettamente favorevoli a un suo ampio impiego, ma si registra anche un diffuso scetticismo, specialmente in ragione della sua genericità e indeterminatezza, che avrebbe l'effetto di aumentare notevolmente la discrezionalità interpretativa nell'applicazione del diritto (La Torre, Spadaro, 2002; Atienza, 1990). Secondo le teorie scettiche più radicali, la ragionevolezza sarebbe una parola vuota, priva di senso proprio e incapace di apportare un effettivo contributo di significato al discorso. Secondo le teorie più moderate, essa sarebbe semplicemente un'altra parola con cui esprimere altri concetti; per menzionarne alcuni tra i più noti, la ragionevolezza viene considerata volta per volta equivalente a eguaglianza, proporzionalità, razionalità, buona fede, correttezza, equità ecc. (Troiano, 2013; Scaccia, 2000).

Scetticismo

Anche se nel diritto, come in etica e in politica e nei discorsi ordinari, di regola non si dà una definizione generale di che cosa è il ragionevole, di fatto nei vari contesti di discorso frasi come ad esempio "credo che sia moralmente apprezzabile la disposizione a essere ragionevoli anche nei confronti di chi



non lo è”, “per il buon funzionamento della democrazia rappresentativa tutti gli elettori dovrebbero votare ragionevolmente, riflettendo sulle proprie preferenze di voto”, “si è comportato irragionevolmente ma alla fine ha avuto ragione”, “il comandante di una nave, che ha notizia del pericolo corso da un’altra nave, è tenuto a prestarle assistenza, quando può ragionevolmente prevedere un utile risultato e ignora se sia portata assistenza da altri in condizioni più idonee” risultano tutte, all’evidenza, perfettamente comprensibili. Lo scetticismo nei confronti della ragionevolezza risulta dunque smentito dalla pratica linguistica. Quest’ultima ci insegna anche che è riduttivo considerare la ragionevolezza come meramente equivalente ad altri concetti.

Un concetto
“pragmatico”

Piuttosto, la ragionevolezza è un concetto poroso rispetto alla concreta situazione discorsiva in cui è impiegato. Si può parlare di *embedded concept*, perché la semantica, cioè il senso del ragionevole, è una variabile contestuale o pragmatica, il cui uso richiede e sottende abilità di comprensione e competenze non solo linguistiche. Il predicato “ragionevole” assume senso proprio solo nella singola situazione linguistica e tale senso dipende, in ciascun caso, dalle assunzioni e credenze dei parlanti, dalle regole e relazioni pragmatiche superficiali e profonde che informano il contesto d’uso del concetto (Zorzetto, 2008).

Questa non è una caratteristica esclusiva della ragionevolezza. Anche altre parole come ad esempio “gentilezza”, “grazia”, “eleganza”, “cortesia” esprimono concetti che di regola non vengono definiti in astratto. Ammettendo pure che se ne fissi una definizione a priori, questa non sarebbe comunque sufficiente per dire, in ogni contesto di discorso, che cosa è elegante, cortese, gentile, grazioso. Adoperare appropriatamente parole come queste esige non la mera conoscenza del dizionario, bensì involge un sapere più ampio, per così dire, dell’enciclopedia.

Sintassi
e componenti
concettuali

La ragionevolezza si distingue dagli altri concetti pragmatici per il fatto di avere, oltre a un contenuto semantico variabile, dipendente dal contesto d’uso, una particolare sintassi interna. La sintassi interna di un concetto è data dalle sue componenti concettuali e dalle loro relazioni. La sintassi della ragionevolezza consiste di tre componenti concettuali: una componente normativa data dal riferimento a ragioni; una componente valutativa data dal riferimento a valori; una componente descrittiva data dal riferimento a una situazione di fatto, azione, credenza ecc.

La componente normativa del ragionevole consiste in ciò: quando si afferma che una situazione x o un’azione z o una credenza y è ragionevole, implicitamente si afferma anche che quella situazione o azione o credenza è giustificata, cioè si dà pure una ragione in favore del permanere della situazione x o per fare z o per credere y . All’opposto, quando si afferma che una situazione x o un’azione z o una credenza y è irragionevole, implicitamente si afferma anche che quella situazione, azione o credenza non è giustificata, cioè si dà anche, implicitamente, una ragione per il non permanere della situazione x o



per non fare z o per non credere y . Ciò spiega quanto si diceva in precedenza in merito alla relazione tra ragionevolezza e giustificazione.

La ragionevolezza ha anche una componente valutativa, a contenuto variabile, nel senso che le ragioni per mantenere o no una certa situazione di fatto, per fare o non fare o per credere o non credere qualcosa, dipendono dalla previa scelta di un determinato valore.

La componente valutativa

A seconda dei valori prescelti, la medesima situazione o azione o credenza potrà risultare ragionevole o irragionevole. Se per percorrere 15 km si impiegano in bicicletta 40 minuti e in automobile 20 minuti, utilizzare la bicicletta anziché l'automobile è irragionevole in base al valore dell'efficienza (stesso risultato in minor tempo), mentre è ragionevole in base al valore del rispetto dell'ambiente. In base al valore della salute può essere ragionevole promuovere politiche pubbliche di informazione volte a convincere le persone adulte a non fumare anche nei locali privati. Tuttavia, considerato che simili iniziative hanno un costo per la società, in base al valore del pubblico risparmio, le medesime politiche potrebbero essere irragionevoli se fossero molte costose e poco efficaci o la loro efficacia fosse comunque impossibile da verificare.

Come risulta da questi esempi, la ragionevolezza si predica sempre di qualcosa (azioni, credenze, situazioni di fatto ecc.) e ha dunque come componente essenziale un riferimento descrittivo. Inoltre, questa componente descrittiva della ragionevolezza varia al variare della componente valutativa: infatti, a seconda del valore che si sceglie, diventano rilevanti diversi elementi della situazione, azione o credenza rispetto a cui si predica la (ir)ragionevolezza.

Il riferimento descrittivo

Nel primo esempio, in base al valore di efficienza, è rilevante il tempo (20 minuti contro 40 minuti) in cui si raggiunge una medesima destinazione; invece, in base al valore del rispetto dell'ambiente, il tempo di percorrenza non conta ed è rilevante la circostanza che un mezzo di trasporto sia inquinante e l'altro no. Nel secondo esempio, sono in gioco i valori della salute (a qualunque costo) e dell'economicità delle politiche pubbliche; a seconda del valore che si sceglie rilevano aspetti di fatto diversi: il fatto che il fumo sia comunque nocivo, anche a casa propria; il fatto che dissuadere dal fumare costa in termini di risorse del bilancio pubblico. Si noti che la ragionevolezza o meno di simili politiche di regola dipende altresì dalla concezione politica paternalista o liberale da cui si muove.

Altri concetti comunissimi hanno, come la ragionevolezza, la componente descrittiva variabile. Pensiamo ad esempio al concetto di ferie, che è perfettamente comprensibile senza che dica nulla, anzi proprio perché non dice nulla, su dove si va in ferie e al concetto di ritardo, che è altrettanto comprensibile e utile proprio perché il referente cronologico non è predeterminato in astratto.

Questa ricostruzione del concetto di ragionevolezza ha alcune conseguenze importanti. In primo luogo, implica che non esistono, in natura, azioni o credenze in sé e per sé ragionevoli e che la ragionevolezza non è una proprietà



Ragionevolezza
e giustificazione

intrinseca ad alcunché, né ad azioni, scelte, decisioni ecc., né *a fortiori* a cose, eventi, Stati del mondo ecc.

Il ragionevole non è una proprietà osservabile. Che un tempo o un costo o un prezzo sia ragionevole vuole dire che il lasciar trascorrere un certo lasso di tempo o la determinazione di un certo ammontare di denaro è giustificato in base a un determinato valore (valori che vengono in gioco in questi esempi potrebbero essere la certezza, la libera iniziativa economica, la minore/maggiore ricchezza, il bisogno, il merito, la scarsità delle risorse ecc.).

In secondo luogo, la ragionevolezza è un concetto che ha una dimensione inferenziale: serve a giustificare. Tuttavia, a seconda dei contesti, il concetto di ragionevolezza può essere impiegato o per chiudere la giustificazione o, al contrario, per lasciarla aperta. La ragionevolezza è usata infatti sia nelle situazioni discorsive altamente controverse e instabili, dove è necessario argomentare per sostenere una certa tesi, sia dove apparentemente non occorrono ragioni perché la soluzione appare a tutti gli interlocutori fuori discussione, ovvia o banale. Nei contesti discorsivi poco conflittuali e stabili, la ragionevolezza assume un tratto di naturalezza e ovvietà e serve a chiudere la discussione. Invece, nei contesti discorsivi conflittuali e instabili, dove la giustificazione si manifesta come un processo ricorsivo che richiede il confronto di più ragioni, l'uso del ragionevole serve a dare ulteriori ragioni di rinforzo o a rivedere quelle già espresse. In ogni caso, la chiusura della giustificazione è una questione pragmatica, convenzionale, determinata dal contesto stesso.

Misura e moralità

Concepire la ragionevolezza nei termini illustrati dà conto anche di un'altra caratteristica del ragionevole, ovvero della natura graduabile del concetto. È infatti del tutto usuale dire che qualcosa è più o meno ragionevole di un'altra e che non vi è (*ceteris paribus*) cosa più irragionevole o ragionevole. Sotto questo profilo, il giudizio di ragionevolezza è un giudizio che coinvolge sempre tre termini in un determinato contesto (α è più ragionevole di β , rispetto a ε , nel contesto C) e che viene sempre dato sulla base di predefinite premesse (di fatto e di valore). La maggiore o minore ragionevolezza si misura inoltre a partire da ciò che normalmente è ragionevole. Possiamo spiegare questa caratteristica del ragionevole anche dicendo che il giudizio di ragionevolezza non può essere mai un giudizio assoluto, ma sempre suscettibile di eccezioni: insomma, qualunque cosa è (ir)ragionevole, ma sempre e solo "a meno che...".

5. Gli usi del ragionevole nel diritto

Sia nei sistemi giuridici di civil law, sia nei sistemi giuridici di common law, la nozione di ragionevolezza o *reasonableness* viene menzionata espressamente nei testi giuridici ed è impiegata a vario proposito specialmente dalle corti e dagli studiosi di diritto. Per comprendere la varietà e la rilevanza della ragio-



nevolezza nei diritti vigenti, possiamo raccogliere e classificare i suoi principali usi.

Di seguito presentiamo una rassegna sintetica basata sulla funzione svolta dal concetto nei vari ambiti.

La ragionevolezza è usata come un criterio di identificazione del diritto da parte delle teorie che muovono da un concetto di diritto che incorpora il valore della ragionevolezza. In questo caso, la ragionevolezza opera come criterio di validità giuridica ed è una qualità inerente alle norme base del sistema giuridico.

Ragionevolezza:
concetto e fonti
del diritto

La ragionevolezza è usata anche come criterio di individuazione delle norme implicite, cioè criterio-limite rispetto alla derivabilità logica tra norme: in forza di questo criterio, non tutte le conseguenze logiche ma solo le conseguenze logiche ragionevoli delle norme di un sistema giuridico sono parte di quel sistema.

Secondo alcune teorie delle fonti del diritto, il ragionevole è un elemento costitutivo o criterio di formazione di alcune norme giuridiche, ad esempio di quelle consuetudinarie.

La ragionevolezza è usata poi come figura di qualificazione giuridica. In particolare è un criterio di rilevanza giuridica che stabilisce quali fatti/fenomeni sono giuridicamente rilevanti per un certo diritto: ad esempio solo le aspettative ragionevoli generano affidamento legittimo e come tale giuridicamente tutelato.

Il ragionevole è, a vario proposito, uno standard di giudizio per le corti. Ad esempio, nel caso dello standard di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio nel processo penale, la ragionevolezza è uno standard di valutazione della ricostruzione dei fatti processuali e delle prove e/o della colpevolezza dell'imputato. La ragionevolezza come standard di giudizio assume anche la forma di criterio di valutazione della correttezza o rilevanza o pertinenza di previe decisioni. Ciò avviene ad esempio nel *distinguishing*, in cui ci si discosta da precedenti giurisprudenziali irragionevoli.

Standard di giudizio
ed esercizio
dei poteri

Il ragionevole è un parametro di corretto/legittimo/non viziato esercizio del potere, specie del potere esecutivo-amministrativo e giudiziario. Prossimo a questo uso è quello del ragionevole come parametro di correttezza/legittimità/non vizio degli atti delle autorità dotate di potestà normativa, esecutiva o giurisdizionale.

In particolare, funge da criterio-limite rispetto alle valutazioni discrezionali di competenza delle pubbliche autorità.

La ragionevolezza è anche considerata un principio giuridico, cioè una norma generale particolarmente importante o da cui sono derivabili altre norme implicite oppure che sta a fondamento di altre norme già espresse in disposizioni. La ragionevolezza è concepita inoltre come fondamento giustificativo di norme o insiemi di norme, dei ragionamenti giuridici, delle decisioni dei casi giuridici.

Principio e criterio
di comportamento



Canoni interpretativi	<p>Il ragionevole è anche un criterio di comportamento per i consociati e rappresenta dunque una modalità o una linea generale di azione; questa regola viene poi specificata a seconda del tipo di azione e del contesto d'azione.</p> <p>La ragionevolezza è usata altresì come regola di interpretazione degli enunciati normativi. In questa veste si possono individuare due principali regole di prima interpretazione e due principali regole di re-interpretazione o seconda interpretazione, le quali conducono all'estensione o alla riduzione del significato ascritto con la prima interpretazione. Regole di prima interpretazione sono: <i>a)</i> "a ogni disposizione deve essere ascritto un significato ragionevole"; <i>b)</i> "in caso di pluralità di esiti interpretativi tutti non irragionevoli, a ogni disposizione deve essere ascritto il significato più ragionevole". Regole di re-interpretazione o seconda interpretazione sono: <i>a)</i> "in caso di esito interpretativo irragionevole per sovrainclusione, la disposizione deve essere re-interpretata escludendo la fattispecie irragionevolmente inclusa"; e la simmetrica <i>b)</i> "in caso di esito interpretativo irragionevole per sottoinclusione, la disposizione deve essere re-interpretata includendo la fattispecie irragionevolmente esclusa".</p>
Argomenti giuridici	<p>La ragionevolezza è usata come regola di individuazione dell'ipotetica volontà o intenzione dei consociati manifestata tramite il compimento di determinati atti giuridici (ad es. una promessa, una proposta contrattuale, un atto di revoca o di riconoscimento ecc.). In questo ambito, spesso, il giudizio di ragionevolezza è un giudizio controfattuale.</p> <p>La ragionevolezza è anche un argomento giuridico e in questa veste è usata in più versioni nell'argomentazione. Tra i principali argomenti si possono ricordare: <i>a)</i> l'argomento del legislatore ragionevole, inteso o come legislatore non ridondante oppure come legislatore non assurdo; <i>b)</i> l'argomento della ragionevolezza come comune buonsenso; <i>c)</i> l'argomento della ragionevolezza come adeguatezza alla natura delle cose; <i>d)</i> l'argomento della ragionevolezza come congruenza tra norme o intrasistematica; <i>e)</i> l'argomento della ragionevolezza come proporzionalità o adeguatezza delle forme di tutela; <i>f)</i> l'argomento della ragionevolezza come razionalità (coerenza e/o efficienza rispetto ai fini o scopi); <i>g)</i> l'argomento della ragionevolezza come criterio del minimo mezzo o calcolo dei costi e benefici.</p>
Altre funzioni principali	<p>La ragionevolezza è spesso adoperata come termine sinonimo di altri termini giuridici e in particolare di termini qualificati tipicamente come clausole generali: la buona fede, la correttezza, l'abuso del diritto, l'equità.</p> <p>La ragionevolezza è in certi casi una finzione giuridica.</p> <p>La ragionevolezza è sovente concepita come criterio di bilanciamento tra principi, valori, beni o interessi, funzionale a trovare un (giusto o equo) equilibrio tra gli elementi in gioco.</p> <p>La ragionevolezza è usata come parametro per distinguere tra casi diversi e casi eguali nel ragionamento analogico, dove conta non qualunque somiglianza o differenza, ma si va alla ricerca di una somiglianza ragionevole.</p>



16. Ragionevolezza

Questo uso della ragionevolezza permea anche l'applicazione del principio di eguaglianza nei suoi due volti dell'eguale trattamento dei casi eguali e del diverso trattamento dei casi differenti.

Sui temi affrontati in questo capitolo cfr. *Argomentazione* (cap. 13), *Autorità* (cap. 3), *Contratto* (cap. 9), *Giudizio* (cap. 14), *Giustizia* (cap. 4).