

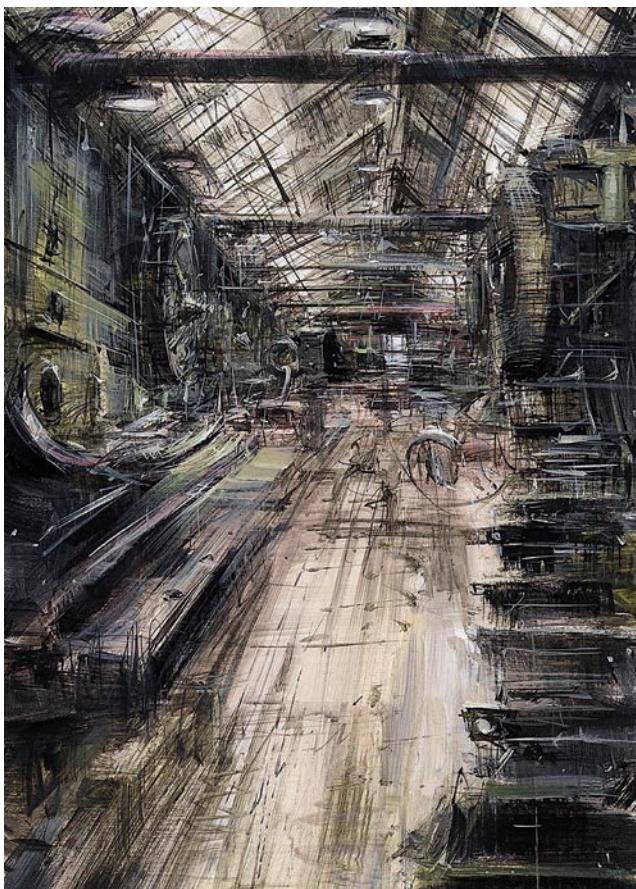
GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

SALVATORE PATTI

Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	234
PAOLO GROSSI	
<i>L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte</i>	237
SALVATORE PATTI	
<i>Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale</i>	241
ENRICO QUADRI	
<i>Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione</i>	255
MARCELLO MAGGIOLÒ	
<i>Beni artificialmente creati nei settori agroalimentare e dell'energia. Un catalogo di nuovi beni mobili registrati</i>	283
MADDALENA SEMERARO	
<i>Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto</i>	333
NICCOLÒ ABRIANI	
<i>Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari</i>	365
FELICE MANNA	
<i>Rilievo ed effetti dell'incompetenza in appello (a proposito di Cass., sez. II, 9 dicembre 2015, n. 24856)</i>	401
CLARICE DELLE DONNE	
<i>Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari</i>	417

Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale

Il saggio, movendo dall'esame di una sentenza della Corte di cassazione, che ha ritenuto abusivo il recesso da un contratto di concessione, affronta le problematiche relative ai principi e alle clausole generali. Vengono spiegate anzitutto le ragioni che hanno determinato per molti anni un raro uso dei "concetti elasticci" presenti nel codice civile e, viceversa, il frequente ricorso alla clausola della buona fede prevista dal § 242 BGB. L'a. si sofferma quindi sulla "scelta" del giudice di applicare una norma specifica oppure una clausola generale, sottolineando che il ricorso alle clausole generali, pur sacrificando la "prevedibilità" della decisione, consente di pervenire ad una sentenza «giusta» rispetto alle caratteristiche del caso concreto.

241

The essay, starting from the examination of a judgment of the Italian Supreme Court, which has considered abusive the withdrawal from a concession agreement to be abusive, addresses issues related to principles and general clauses. First of all, the reasons that for many years have determined a rare use of "elastic concepts" in the Civil Code and, vice versa, the frequent use of the clause of good faith provided for in § 242 BGB are set forth. Therefore, the author dwells on the "choice" of the judge to apply a specific rule or a general clause, emphasizing that the use of general clauses, while sacrificing

the “predictability” of the decision, allows reaching a “fair” sentence compared to the features of the specific case.

Sommario: 1. L’alternativa tra l’applicazione di una norma specifica o di una clausola generale. – 2. Principi e clausole generali nelle codificazioni europee. – 3. I diversi significati del termine «principio» e i concetti giuridici indeterminati. – 4. Principi e clausole generali: una distinzione non semplice. – 5. Le diverse funzioni delle clausole generali e il bilanciamento tra clausole generali e norme specifiche. – 6. Ragionevolezza e clausole generali.

1. - L’alternativa tra l’applicazione di una norma specifica o di una clausola generale.

Nella letteratura giuridica esistono molte definizioni di clausola generale e spesso non risultano chiare le linee di confine tra questa figura, i principi generali e i concetti giuridici indeterminati¹. Ma soprattutto non è stato sufficientemente approfondito il tema del rapporto tra clausole generali e norme specifiche.

242

Per comprendere il problema conviene muovere dalla nota sentenza della Corte di cassazione relativa al caso Renault². La casa automobilistica recede da un certo numero di contratti stipulati con concessionari, sostenendo che si era verificata una delle ipotesi contrattualmente previste e che, quindi, in base alla norma del codice civile in tema di recesso (art. 1373), poteva legittimamente recedere.

Le controparti affermano che in realtà la casa automobilistica intendeva perseguire altri fini: in particolare quello di realizzare una rete di distribuzione più agile riducendo il numero dei concessionari.

Il Giudice, in ultimo grado la Corte di cassazione, si è trovato dinanzi alla

¹ In argomento, tra gli scritti più recenti, v. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.

² Cass. 18 settembre, 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss., con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie “a volte ritornano”: l’abuso del diritto alla riscossa*. Per un ampio commento, v. F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1577 ss.; G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 5 ss.

seguente alternativa: applicare la norma del codice civile in tema di recesso e quindi limitarsi a verificare se la fattispecie concreta corrispondeva a quella prevista nel contratto, oppure svolgere un'analisi più ampia del rapporto e dello scopo realizzato, ed eventualmente affermare – richiamando la clausola generale di buona fede – che la casa automobilistica in realtà aveva abusato del diritto di recesso.

La Corte di cassazione ha privilegiato la seconda soluzione e si tratta di una scelta «coraggiosa», poiché analoghe utilizzazioni del principio dell'abuso del diritto non si riscontrano neppure nell'ordinamento tedesco, nonostante le numerose e risalenti applicazioni basate sul § 242 BGB dettato in tema di buona fede. Ciò perché si ritiene che non possa configurarsi l'abuso se una norma prevede un istituto, in questo caso il recesso, e si è verificata una fattispecie disciplinata nel contratto conformemente a quanto stabilito dalla norma.

Alla luce di quanto esposto, appare evidente che, in molti casi, se si applica la norma specifica – ad esempio quella in tema di recesso – si perviene ad un certo risultato, mentre se si fa ricorso alla clausola generale si può ottenere un risultato diverso, a volte di segno opposto. Superfluo sottolineare il grande margine di discrezionalità del giudice che può decidere di applicare la norma specifica o di fare ricorso alla clausola generale.

La casa automobilistica ha dovuto prendere atto che non basta elencare nel contratto le ipotesi di recesso, posto che il giudice nonostante l'accordo delle parti, conforme alla previsione normativa, tenendo conto delle circostanze del caso e dello scopo in concreto perseguito, può considerare il comportamento abusivo in quanto contrario a buona fede.

243

2. - Principi e clausole generali nelle codificazioni europee.

La decisione della Corte di cassazione, che applica il *principio* dell'abuso del diritto basandolo sulla *clausola generale* della buona fede, offre lo spunto per soffermarsi, in primo luogo, sulla distinzione tra principi e clausole generali.

In materia regna una grande incertezza: se si sfogliano i manuali si scopre, ad esempio, che alcuni autori parlano di *principio* di buona fede, altri di *clausola generale* di buona fede, e a volte, addirittura nello stesso contesto,

si parla indifferentemente di *principio* e di *clausola* di buona fede. La sentenza prima ricordata applica il principio dell'abuso del diritto ed indica il suo fondamento nella clausola generale di buona fede. Quindi i confini sono labili e per cercare di tracciarli conviene anzitutto riflettere sulla funzione svolta dalle clausole generali e sulle ragioni del vivace dibattito al quale attualmente assistiamo anche a livello europeo.

In dottrina è diffuso il riferimento al codice civile francese. Ma occorre altresì tenere presente il codice tedesco del 1900 che ha previsto alcune «celebri» clausole generali, come quella sulla buona fede (§ 242 BGB) e quella sul buon costume (§ 138 BGB). La codificazione in Germania si basava soprattutto sull'esperienza prussiana, interessante perché il legislatore di quel paese, ancor più di quello francese, cercava la completezza per prevenire la «creazione» della norma da parte del giudice, il quale, avrebbe dovuto trovare nel codice la regola di ogni caso: tutto era disciplinato da circa 17.000 paragrafi e la certezza doveva essere assoluta. Basti ricordare che era prevista perfino una norma che, nell'elencare i doveri della madre, stabiliva quante volte al giorno quest'ultima doveva allattare il bambino! Ovviamente, quel sistema non aveva dato buoni risultati e, quindi, il legislatore del BGB ha privilegiato un codice molto più breve e, nel contempo, ha avvertito l'esigenza di inserire alcune clausole generali, viste come «valvole» o «ventili» in grado di rendere elastico il tessuto normativo, servendo a diversi fini: colmare una lacuna; aiutare il giudice nell'interpretazione della norma; correggere il risultato (considerato ingiusto nel caso concreto) a cui condurrebbe l'applicazione della norma specifica.

Un eventuale bilancio sull'utilità delle clausole generali nell'evoluzione del sistema tedesco sarebbe molto positivo, con una parentesi relativa al periodo del nazionalsocialismo, in cui esse sono state utilizzate dal giudice asservito al potere politico per giustificare decisioni aberranti, ad esempio il licenziamento del lavoratore non di razza ariana. In altri termini, la genericità e la vaghezza della clausola in quella fase storica, hanno permesso di dare un'impronta di positivismo a sentenze che si ponevano fuori dal diritto. Ma, a prescindere dal suddetto periodo, le clausole generali hanno svolto una preziosa funzione in tutti i settori del diritto privato, ed anche in altri ordinamenti hanno contribuito a mantenere il codice ade-

guato ai tempi, consentendo di «correggere» regole non più adeguate in base all’evoluzione della società e di trovare soluzioni per problemi nuovi, non affrontati dal legislatore.

In definitiva, le clausole generali sono molto utili soprattutto perché impediscono che il sistema giuridico invecchi e sia troppo rigido, con la conseguenza che il giudice – in alcuni casi – debba adottare una soluzione ingiusta perché la norma lo impone. La clausola generale consente di fare giustizia, evitando il risultato che i giuristi romani esprimevano con il noto brocardo *summum ius summa iniuria*. Sotto un diverso profilo, come detto, la clausola generale è legata alle caratteristiche della codificazione, poiché il sistema giuridico di tipo codicistico pretende di essere completo, ma non può esserlo, e la clausola generale serve a trovare una soluzione del caso concreto non disciplinato del legislatore evitando che si configuri una lacuna.

Si spiega pertanto il diffuso consenso nei confronti delle clausole generali sia con riferimento agli ordinamenti nazionali sia con riguardo ai progetti di armonizzazione e di unificazione del diritto privato europeo, nonché a molteplici direttive. Occorre peraltro chiedersi se mediante il ricorso alle formule «vaghe» delle clausole generali si realizzi una effettiva armonizzazione. La risposta, purtroppo, è (almeno in parte) negativa, perché, pur se il testo di matrice europea viene tradotto nei vari ordinamenti con termini equivalenti, e quindi nonostante la coincidenza terminologica («buona fede», «comportamento secondo buona fede», ecc.), il giudice nazionale tende ad applicare, la clausola generale secondo la tradizione del proprio ordinamento giuridico e, quindi, in maniera più o meno estensiva ed incisiva. Di conseguenza, spesso, l’utilizzazione delle clausole generali favorisce una illusione di armonizzazione, perché le applicazioni all’interno dei singoli ordinamenti sono diverse e spetta alla Corte di Giustizia indicare la corretta soluzione. Come si è visto, si tratta tuttavia di un compito molto discusso, perché la Corte è chiamata ad interpretare le norme di legge e alcuni studiosi dubitano che l’attività di interpretazione possa essere estesa alle (norme che contengono) clausole generali, posto che nell’interpretazione della clausola generale si ravvisa già un’applicazione della norma che la contiene, per cui la Corte di Giustizia andrebbe

oltre le sue competenze, in quanto stabilendo il significato della clausola generale detterebbe l'applicazione della norma.

3. - I diversi significati del termine «principio» e i concetti giuridici indeterminati.

Il *principio* ha una funzione diversa, poiché storicamente è servito anzitutto a porre delle barriere al legislatore ordinario che non può travalicare le regole fondamentali su cui si basa l'ordinamento giuridico, nonché ad illuminare l'interprete circa il significato da attribuire alle norme che disciplinano la materia alla quale il principio si riferisce. Ed infatti troviamo principi nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, nella Costituzione Europea, ma anche negli atti normativi che presentano le caratteristiche di disciplina fondamentale dell'agire umano e di tutela della persona, nonché – come vedremo – sia pure con un significato in parte diverso, nei progetti di codificazione del diritto privato europeo³.

246

Come è noto, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso i principi della Costituzione hanno guidato l'interpretazione delle norme di diritto privato: si è parlato di una «rilettura» del codice civile e abbiamo assistito ad un'applicazione da parte dei giudici di principi – in primo luogo quello di egualanza – relativi a rapporti privatistici contenuti nella Costituzione. In anni recenti, inoltre, l'applicazione dei principi della CEDU ha costretto gli Stati europei a riscrivere interi settori degli ordinamenti nazionali. La diversa funzione e la storia dei principi e delle clausole generali contribuiscono pertanto a comprendere le differenze.

Prendiamo infine in esame i concetti giuridici indeterminati. La distinzione rispetto alle figure sopra esaminate si avverte in primo luogo a livello intuitivo. Ad esempio, nei casi in cui la legge impone di tener conto dell'«interesse del minore» non si configura una clausola generale, perché con quella espressione non si indica una regola di comportamento, seppur elastica, ma si afferma che occorre decidere in modo da realizzare un certo

³ Sull'ambiguità del termine «principio», v. G. ALPA, *Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 147 ss.; e già N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Nss. D.I.*, XXX, Milano, 1966, 887.

interesse, non precisato e definito, che dev'essere stabilito di volta in volta, cosicché non ricorre un concetto giuridico determinato, come in genere si riscontra nella norma, ma indeterminato. Di conseguenza, nonostante alcuni tratti comuni, occorre distinguere i suddetti concetti dai principi e dalle clausole generali.

Alcuni studiosi riferiscono l'aggettivo «generali» alle clausole e non ai principi. Ma si parla anche di principi generali e ciò impone di soffermarsi sulla figura presente anzitutto nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, che rinvia ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato per colmare le eventuali lacune. Si torna all'idea della codificazione e ad uno strumento utilizzato non soltanto nel codice civile italiano, ma anche in altri codici più antichi e più recenti per trovare una regola che consenta di considerare «completo» l'ordinamento giuridico e, quindi, di evitare di riconoscere al giudice il potere di creare la norma. Si tratta di principi non scritti, comunque ricavabili dal tessuto normativo, sulla cui base il giudice enuncia la norma da applicare al caso sottoposto al suo esame, se ciò non è possibile mediante l'interpretazione estensiva e l'applicazione analogica, nonché attraverso una clausola generale. Questi principi, indubbiamente, sono «generali» e, come è stato osservato, il tema fondamentale ad essi collegato, «resta, alla stregua dell'educazione civistica, un problema di interpretazione della legge»⁴.

Altri principi presentano diverse caratteristiche. Se, ad esempio, prendiamo in esame un principio del risarcimento del danno, quello della corrispondenza tra danno e risarcimento, per cui se si subisce un danno di 100 è possibile ottenere (soltanto) 100 a titolo di risarcimento, non può dirsi che il principio sia «generale», poiché è anzi molto specifico contenendo una regola ben determinata. Si parla di principio perché la suddetta regola, non espressamente prevista in alcun articolo di legge, illumina la materia e guida l'interprete nell'applicazione di ogni singola norma.

Considerazioni in parte diverse riguardano infine i principi del diritto privato europeo. Da alcuni decenni esistono i «*Principi di diritto europeo dei contratti*» (PECL), redatti dalla Commissione presieduta dal prof. Lando e i «*Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*» (PICC), più di

⁴ Così P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 380.

recente è stato completato il «*Draft Common Frame of Reference*» (DCFR), concepito come un *corpus* di «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*», e sono in corso di elaborazione i «*Principi del diritto di famiglia europeo*».

Anche in questi testi non si rinvengono spesso principi generali, ed infatti si parla semplicemente di «principi». Per comprendere cosa si intende esprimere in tal modo, conviene ricordare che, all'inizio dei lavori della Commissione che si è occupata dei contratti, il presidente Lando dichiarò che preferiva parlare di «principi» poiché, pur aspirando a scrivere un progetto di codice europeo dei contratti, intendeva anzitutto indicare una serie di regole condivisibili nelle diverse esperienze giuridiche e pertanto utili per una successiva elaborazione. Quindi, la scelta non fu di ordine tecnico ma quasi un'espressione di modestia: non si stava scrivendo un codice europeo poiché, tra l'altro, nessun organismo europeo aveva incaricato la Commissione. In effetti, si trattava dell'iniziativa di un gruppo di studiosi che desideravano mettere in luce le regole comuni riscontrabili nel tessuto normativo europeo in materia contrattuale e, nel caso di divergenze, elaborare i «principi» più adatti per una moderna disciplina. Analogamente, altre commissioni – anche ufficiali – hanno lavorato in base a questo criterio: in primo luogo cercare un nucleo comune («*common core*») rinvenibile nei vari ordinamenti: così, ad esempio, se in tutti gli ordinamenti europei si riscontra una regola che stabilisce l'egualianza di uomo e donna (o marito e moglie), essa viene inserita tra i principi del diritto europeo. Se invece non si trova un principio comune (da intendere come «regola comune») si elabora quella che viene definita «*better rule*», cioè la regola considerata migliore, da estendere eventualmente anche a quegli Stati membri che prevedono regole diverse.

Pertanto, i c.d. *principles* del diritto privato europeo spesso non sono «principi» nel senso prima analizzato, poiché in gran parte corrispondono alle norme di un codice. Un'evoluzione si segnala peraltro con la versione finale del DCFR, poiché il progetto è stato integrato con una parte introduttiva dedicata ai quattro «principi portanti» (libertà, sicurezza, giustizia ed efficienza).

4. - Principi e clausole generali: una distinzione non semplice.

Riflettendo ancora per un momento sulle distinzioni, nel caso del principio – utilizzando una bella espressione⁵ – può dirsi che «lo sguardo è rivolto all’indietro ed è connotato da un senso di rispetto e di valorizzazione di una realtà preesistente»: in altri termini, il principio guarda al passato, poiché permette al giudice di andare alla radice, di vedere cosa sta al fondo della disciplina e, quindi, di trarre ispirazione per applicare la legge in modo corretto. La regola fa invece pensare al futuro: di conseguenza, mentre il principio si basa sulla tradizione, poiché tra l’altro costituisce il risultato della interpretazione sistematica di una realtà normativa preesistente, la regola viene posta dal legislatore che, per definizione, disciplina ciò che dovrà accadere. Una costruzione in parte diversa era stata proposta da Stefano Rodotà, nella nota prolusione di Macerata del 1966⁶, dedicata alle tecniche utilizzabili per riformare il codice civile, il quale aveva suggerito un ordinamento basato su clausole generali e principi generali. Questi ultimi dovevano servire, tra l’altro, a concretizzare le clausole generali. Concretizzare le clausole generali significa ricavare dalla formula «vaga» adoperata dal legislatore una serie di regole specifiche, che trovano fondamento nella norma che contiene la clausola generale. Questo procedimento si riscontra nell’esperienza tedesca, soprattutto nel caso del § 242 BGB, secondo cui debitore e creditore devono comportarsi secondo buona fede. Movendo da questa norma, la giurisprudenza tedesca non soltanto ha interpretato altre norme del codice ma ha costruito una serie di clausole e principi, quali l’abuso del diritto (*Rechtsmissbrauch*), il divieto di *venire contra factum proprium*, la *Verwirkung*, ecc. Quindi, la clausola generale offre la base del potere creativo del giudice, che non si esaurisce con la decisione del caso sottoposto al suo esame. Infatti, quando da una formula abbastanza generale, per non dire generica, («creditore e debitore devono comportarsi secondo buona fede»), si traggono delle regole specifiche che consentono la formazione di gruppi di casi (*Fallgruppen*, secondo la terminologia tedesca), intesi come concre-

249

⁵ Y. ADAR e P. SIRENA, *La dialettica di principi e regole nel diritto europeo dei contratti: dai PECL al CESL, e oltre*, in *ODCC*, 2013, 221.

⁶ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83 ss.

tizzazione della clausola generale, si assiste allo svolgimento di un'attività che rappresenta una vera e propria creazione di diritto, legittimata dal collegamento con la clausola generale. In ultima analisi, la clausola generale conferisce al giudice non soltanto un potere discrezionale in senso ampio, e quindi la possibilità di correggere un risultato interpretativo ritenuto ingiusto con riferimento al caso concreto, ma anche quello di dettare una norma fondata sul dato di diritto positivo costituito dalla clausola generale.

5. - Le diverse funzioni delle clausole generali e il bilanciamento tra clausole generali e norme specifiche.

Per comprendere meglio il rapporto tra clausole generali e norme specifiche, occorre ancora soffermarsi sulle diverse funzioni delle clausole generali e sulla necessità di bilanciamento tra la clausola generale e le norme specifiche.

Come già osservato, una prima funzione della clausola generale è quella di colmare i vuoti di regolamentazione, cioè le c.d. lacune, tra cui quelle che in altra occasione ho definito «lacune sopravvenute»⁷. La clausola generale consente infatti al giudice di trovare la norma da applicare per decidere un caso non disciplinato dalla legge, o perché sfuggito al legislatore oppure perché si tratta di una fattispecie «nuova». Esemplare, in tal senso, la tematica della fecondazione artificiale eterologa, poiché in mancanza di una legge si pose il problema di stabilire se il marito che aveva prestato il consenso all'inseminazione eterologa, potesse disconoscere il nato. La giurisprudenza – esclusa l'applicabilità dell'art. 235 c.c., che avrebbe consentito il disconoscimento di paternità – decise in senso negativo individuando un comportamento contraddittorio, contrario al principio del *venire contra factum proprium*, come tale inammissibile, perché il marito, dopo aver acconsentito, tentava di sfuggire alle proprie responsabilità⁸. Il divieto di *venire contra factum proprium*, basato sulla buona fede, supplisce

⁷ S. PATTI, *Lacune sopravvenute, presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 347 ss.

⁸ In argomento v. S. PATTI, *Inseminazione eterologa e venire contra factum proprium*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 13 ss.; Cass. 11 luglio 2012, n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, 3348 ss.

quindi in questo caso alla mancanza di una norma e serve a colmare una lacuna, determinata dalla peculiarità della fattispecie rispetto a quelle disciplinate dal legislatore.

La clausola generale serve inoltre a interpretare il contratto, poiché: tra i vari significati possibili di una clausola contrattuale si deve privilegiare quello che più si avvicina al «valore» espresso nella clausola generale. Pertanto, per stabilire il significato da attribuire ad una prescrizione contrattuale si deve preferire l'interpretazione che corrisponde ad un equo contemperamento delle aspettative di entrambe le parti, secondo buona fede. Parimenti, la clausola generale serve a guidare la corretta esecuzione del contratto, come criterio di contemperamento dei contrapposti interessi che va oltre le previsioni pattizie.

L'ultima funzione è quella di correggere i risultati a cui si perverrebbe applicando una norma specifica. In questo contesto si colloca il caso Renault, prima ricordato, perché utilizzando il principio dell'abuso del diritto, basato sulla clausola di buona fede, la Corte di cassazione ha corretto – anzi ribaltato – gli effetti previsti dalla norma del codice civile in tema di recesso.

Sotto questo profilo si manifesta il maggiore «potere» del giudice, al quale corrisponde la maggiore difficoltà del decidere. La decisione non dipende infatti dall'abituale attività interpretativa ma è anzitutto legata ad una scelta che conduce a risultati di segno opposto, poiché il ricorso alla clausola generale comporta una «correzione» della fattispecie normativa, considerata non adeguata per la «giusta» soluzione del caso concreto. Tra i tanti «bilanciamenti» a cui il giudice è chiamato, questo è certamente il più delicato.

251

6. - Ragionevolezza e clausole generali.

Deve infine rilevarsi che nei testi di matrice europea si rinviene molto spesso il termine «ragionevolezza». Come detto, di questo termine (e del ricorso alla ragionevolezza), si è fatto un uso eccessivo, forse un abuso. Il termine, ad esempio, nel *Draft Common Frame of Reference*, che ha recepito i risultati della Commissione Lando e di altre commissioni, ricorre con grande frequenza, addirittura più volte nello stesso articolo. Al contrario,

i termini «ragionevolezza» e «ragionevole» sono stati adoperati poche volte nel codice civile italiano, e nelle norme in cui ricorrono avrebbero potuto essere sostituiti con termini analoghi (ad es. con «adeguato»). Essi sono sconosciuti al codice civile tedesco, pur se la ragionevolezza ha costituito oggetto di studio da parte dei filosofi tedeschi e la connessione tra filosofia e diritto sia avvertita nella cultura germanica molto più che in quella italiana.

L'attuale ricorso alla ragionevolezza nella stesura dei testi normativi si spiega anzitutto – come si è visto – per una tendenza ad usare un'espressione su cui è agevole trovare il consenso. Ad esempio, nell'ambito dei lavori di una commissione che predispone una disciplina «europea» possono sorgere contrasti circa la lunghezza di un termine di un adempimento, ma nessuno si oppone se si fa riferimento ad un periodo di tempo «ragionevole». Inoltre, la parola nasce nell'ambiente di *common law* e quindi viene facilmente accolta dai rappresentanti dei diversi Paesi, dato il dominio della lingua (e della terminologia) inglese nel contesto dei lavori delle commissioni che elaborano il futuro diritto europeo come pure negli organismi legislativi dell'Unione europea.

252

In definitiva, come avviene per le clausole generali, anche per la «ragionevolezza» in Europa si riscontra un *favor*, mentre non è facile trovare il consenso su norme specifiche quando esistono regole diverse nelle varie tradizioni giuridiche, poiché inevitabilmente in questo caso si determina l'abbandono di una regola tradizionale all'interno di uno o più ordinamenti nazionali.

Occorre infine ribadire che i giuristi continentali, utilizzando la «ragionevolezza», hanno importato, senza tenere conto della diversità dei sistemi, un criterio di decisione che negli ordinamenti anglosassoni svolge una funzione in parte diversa rispetto a quella che gli viene ora attribuita nel nostro ordinamento e nelle direttive europee.

Infatti, la ragionevolezza viene spesso considerata clausola generale, mentre nel *common law* è espressione di un diverso modo di decidere la controversia, e in alcuni casi si tratta semplicemente di un parametro di valutazione (es. termine di durata ragionevole).

Infatti, il giudice di *common law* utilizza la ragionevolezza in modo, per così dire, «diretto» al fine di risolvere la controversia sottoposta al suo esame. In

altri termini, il giudice per decidere il caso, in molte ipotesi, non cerca una norma sotto la quale sussumere la fattispecie ma sceglie la soluzione ragionevole. Nel nostro ordinamento, invece, il giudice individua anzitutto la norma da applicare e richiama la ragionevolezza alla stregua della buona fede o di altre clausole generali per correggere, per integrare o per modificare il risultato a cui si perverrebbe in base alla norma. Si spiega pertanto la diffusa affermazione secondo cui la ragionevolezza è una clausola generale.