

JURIS PRUDENTIA 2000
(SUL METODO GIURIDICO NELLA SOCIETÀ DEI CONSUMI)

FILIPPO MAISTO
Professore ordinario
nell'Università della Calabria

SOMMARIO: 1. Configurazione originaria della conoscenza specialistica del diritto come declinazione dell'*Ars Oratoria*. – 2. Le ragioni storiche dell'affermazione del metodo scientifico di organizzazione del pensiero giuridico. – 3. *Segue*. Il ricorso al metodo scientifico nell'applicazione della legge. – 4. *Segue*. La fisionomia dell'argomentazione scientifica nell'applicazione (indiretta e diretta) dei principî. – 5. Il ruolo del metodo scientifico in relazione alla massificazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale delle pretese intersoggettive, caratterizzante la società dei consumi abbinata all'economia postindustriale.

1. – Dalla prima lezione universitaria una vistosa aporia s'insinua, come un tarlo, nella coscienza degli studenti: il Corso di laurea è denominato "Giurisprudenza", ma, nell'uso linguistico¹, il vocabolo designa, principalmente, il complesso delle decisioni dei giudici, le quali soltanto in (piccola) parte sono oggetto delle materie di studio. Rispetto a queste, potrebbe apparire più congrua la denominazione "Scienze giuridiche"², la quale al momento è usata, in ambito universitario, per designare un Corso di studi 'ridotto'.

La ragione, per la quale la denominazione *Juris Prudentia*, nel senso etimologico di conoscenza specialistica del diritto, non è convertibile nel sintagma scienza del diritto, si spiega perché esso evoca il ricorso al "metodo scientifico". È dato rilevare che una simile modalità di organizzazione del pensiero, preordinato all'individuazione delle pretese utilitaristiche perseguibili in giudizio, rappresenta un'acquisizione non-originaria dell'esperienza giuridica.

All'origine della civiltà occidentale, nell'antica Grecia e nell'antica Roma, l'avviamento alla professione forense, come è noto, consisteva nello studio

¹ Sulla polisemia del termine giurisprudenza, G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 490, rileva che: «Oggi, in Italia, nel linguaggio usuale, la parola "giurisprudenza" significa l'attività dei tribunali nel loro *ius dicere*, o le decisioni che ne risultano o gli stessi tribunali come soggetto di quell'attività. Quella parola può significare talvolta la scienza del diritto».

² In tal senso, merita di essere ricordata la definizione di Ulpiano, secondo cui: «IURISPRUDENTIA · EST · DIVINARVM · ATQUE · HUMANARVM · RERVM · NOTITIA · IVSTI · ATQUE · INIVSTI · SCIENTIA» (D. 1.1.10.2).

della *Πητορικὴ Τέχνη*/Ars Oratoria³. Una simile impostazione risultava, sicuramente, funzionale all'effettivo svolgimento dell'attività giudiziaria⁴.

Bisogna considerare, innanzitutto, che il sistema di attuazione coattiva dei diritti, quantomeno in epoca arcaica e, verosimilmente, fino alla fine del periodo classico, si basava, soprattutto, sull'autotutela (*vim vi repellere licet*), nel senso che, al cospetto di un torto, il *pater familias* era, sicuramente, autorizzato ad applicare le *Duodecim Tabularum Leges* (in particolare, la Tavola VIII), infliggendo un male proporzionato (naturalmente, secondo i canoni dell'epoca) all'autore dell'offesa⁵. Si che i diritti patrimoniali (*i.e.* concernenti le *res* o la *pecunia*) venivano in rilievo, in sede processuale, essenzialmente, quando si contestava l'uso della forza da parte dell'interessato. In tal modo, il diritto civile assumeva una funzione ancillare rispetto al diritto penale, dal momento che esso serviva, essenzialmente, da scriminante del gesto di 'autotutela' del *pater familias*. Ad esempio, se Tizio ha il possesso della *res* che io ho ereditato o comprato è perché è un ladro e io non patisco pena se gli ho inflitto, con la forza, un male proporzionale; oppure, se Tizio si voleva prendere la *res* che io ho ereditato o comprato, io non subisco alcuna restrizione pubblica se mi sono difeso.

In secondo luogo, rileva il dato che, nei tempi antichi, il riconoscimento statale dei diritti sulle *res* aveva un manto di sacralità, nel senso che si considerava che l'ordine politico-sociale rispecchiasse la volontà del Dio-supremo⁶.

³ Cfr. F. BONIN, *Giuristi romani e diritti 'classici' nel pensiero di Franz Wieacker*, in *Iura & Legal Systems*, XI, 2024, 85.

⁴ Secondo la ricostruzione storica, «il sillogismo dialettico, che è quello studiato nei *Topica* [...] procede, come il ragionamento politico-giudiziario, ἔξ ἐνδόξου, cioè attraverso proposizioni opinabili (ἐνδόξα) condivise da tutti o dai più noti e famosi uomini e si mantiene ad un livello filosofico più alto della *topica* ciceroniana, sostanzialmente seguita nelle elaborazioni giuridiche medievali, che accentua gli aspetti retorici del procedimento topico, riducendolo ad una ricerca di "topi" o *loci* (*ars inveniendi*)». (E. PARESCE, *Dogmatica giuridica (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 681.

⁵ Autorevolmente, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli, 2001, 158 e 166 s. rileva che «sin verso la fine del periodo classico il sistema dell'autotutela non solo non era scomparso, ma era considerato tuttora, almeno in linea astratta, la regola». Più approfonditamente, egli spiega che: «Quanto all'autotutela, essa rimase, come si è detto, teoricamente aperta alle eventuali preferenze dei cittadini romani sino all'età classica avanzata e (per certi aspetti più limitati) anche oltre [...]. Comunque i Romani non solo evitarono per lungo tempo di rendere obbligatorio ed esclusivo il ricorso alla tutela statale, ma si astennero sempre dal configurare sul piano generale un illecito criminale, un *crimen* (oggi si direbbe un "reato"), costituito dall'"esercizio arbitrario delle proprie ragioni"».

⁶ Dal punto di vista filologico, si segnala il fatto che G.B. Vico abbia individuato l'etimologia della parola *jus* nel temine «IOVS», con il quale, all'origine, gli antichi romani denominavano il dio Giove (G.B. VICO, *Principi di scienza nuova d'intorno alla comune natura delle Nazioni* ed. 1744 a cura di F. Nicolini, Napoli, 1953, 514).

Di modo che, il compimento di un atto contrario al diritto altrui costituiva un vero e proprio *sacrilegium*, del quale si percepiva una fortissima carica di antisocialità. Per tale ragione, un simile atto meritava di essere sanzionato dall'Autorità con delle pesanti afflizioni fisiche e restrizioni della libertà personale (*i.e.* con dei provvedimenti penalistici)⁷.

Da tali premesse, si spiega perché l'attività forense fosse concentrata su pochi processi penali di una certa rilevanza sociale. Una simile ricostruzione appare confermata, osservando che, per l'intera popolazione dell'Urbe, il contenzioso civile era rimesso alla giurisdizione di due soli magistrati (*i.e.* *prætor urbanus* e *prætor peregrinus*). D'altro canto, detti magistrati, in materia di diritto civile, assumevano, essenzialmente, un ruolo normativo (di *jurisdictio*), maggiormente che di risoluzione delle controversie (*judicatio*). In tale prospettiva, essi precostituivano i diritti (ad es., se fai una compravendita, acquisti il diritto sulla *res*) da tutelare nei rapporti intersoggettivi. Detti diritti si dimostravano idonei a fungere da scriminante, là dove si dibatesse sulla violenza esercitata in autotutela dall'interessato. Alternativamente, in caso di violazione, essi erano il *titulus* (*i.e.* la formula rituale) per pretendere giudizialmente l'irrogazione di misure afflittive, nei confronti del colpevole, da parte della pubblica Autorità. In un simile contesto, è ovvio che gli 'avvocati' agissero, sostanzialmente, quali "Principi del Foro", spendendo la loro autorevolezza in dotte orazioni. Si pensi ad un processo di omicidio, dove si ricorra ad argomenti suggestivi (ad es., l'appartenenza ad una certa *élite* sociale) per dimostrare che l'accusato non possa essere considerato colpevole⁸.

Questi primi rilievi dimostrano, evidentemente, che il ricorso al metodo scientifico, non essendo connaturato alla conoscenza specialistica del diritto,

⁷ Similmente, R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi* a cura di R. Racinaro, Milano, 1989, 154, riteneva che, anche in una prospettiva 'laica', rispetto alla lesione dei diritti soggettivi, nel diritto romano, «lo scopo di tutte queste pene era il medesimo della pena del diritto criminale. Innanzi tutto, cioè, lo scopo puramente pratico di garantire gl'interessi della vita privata anche rispetto a violazioni tali, che non cadessero sotto il concetto di delitto; ma, in secondo luogo, anche lo scopo etico di dar soddisfazione al sentimento del diritto offeso, di ridare onorabilità all'autorità della legge violata».

⁸ Esempio dell'oratoria forense del tempo sono gli argomenti sollevati nella (sostanziale) difesa 'postuma' contro l'accusa di tirannide, la quale è contenuta nel discorso funebre per Cesare pronunciato da Marco Antonio (CASSIO DIONE, *Storia romana*, XLIV 36-50, 2, in *Cassio Dione, Storia romana (libri XLIV-XLVII)*, III [trad. e note di G. Norcio], Milano 2000, 56-81; da cui la celeberrima trasposizione letteraria di W. SHAKESPEARE, *The Tragedy of Julius Caesar*, pubblicata per la prima volta nel *First Folio* del 1623).

non ne rappresenta l'unica declinazione possibile⁹. Acquisita una simile consapevolezza, le remore all'uso del sintagma "scienze giuridiche" (invece che il vocabolo "giurisprudenza") inducono ad indagare le ragioni profonde del ricorso al metodo scientifico, per l'individuazione delle pretese utilitaristiche giudizialmente perseguibili nei rapporti intersoggettivi.

2. – L'acquisizione del metodo scientifico alla coscienza degli studiosi del diritto è, autorevolmente, fatta risalire all'affermazione di un ideale ottocentesco, il quale identificava la scienza con le nozioni sviluppate dalle scienze naturali(stiche) e con la precisione del sistema computazionale matematico¹⁰. Eppure, dal punto di vista operativo, non pare che questo radicamento sia, realmente, così profondo. Nella tradizione civilistica, pervenuta ai giorni nostri, l'assimilazione della scienza giuridica alle scienze fisiche si riflette, soprattutto, nell'uso della metafora fatto giuridico/effetto giuridico¹¹, la quale è alla base del procedimento logico-deduttivo della sussunzione. Al contempo, la traduzione dei ragionamenti decisori in modelli matematici si è rivelata di scarsa praticabilità, visto che le valutazioni giudiziali si basano, eminentemente, su rilievi qualitativi, piuttosto che su dati quantitativi¹². In tal senso, il confronto con il calcolo matematico è stato, eminentemente, focalizzato sull'esigenza di pervenire ad uno stato di prevedibilità delle decisioni giudiziarie¹³.

⁹ Contra, B. GRASSO, *Formalismo giuridico e saper del civilista*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 357, afferma che «gli schemi nei quali si articola il formalismo giuridico [...] rappresentano i momenti logicamente necessari per la stessa pensabilità di ogni esperienza giuridica».

¹⁰ G. ZACCARIA, *Da Savigny ad oggi: la vicenda della metodologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 563 s. Lo spirito dei tempi è preconizzato, già due secoli prima, dalla celebre frase di Leibniz, secondo cui: «Le parti, un giorno, di fronte ad una disputa, potranno sedersi e procedere ad un calcolo» (G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria*, Leipzig, 1666).

¹¹ Cfr. A. GENTILI, *Gli effetti giuridici tra fisica e metafisica*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 18 ss.

¹² A. BALDASSARRE, *Diritto ex machina*, in AA.VV., *Il diritto nell'era digitale* a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi e M. Proto, Milano 2022, 462, sottolinea come «l'analogia con la matematica sia in realtà rimasta sempre un'aspirazione mai tradotta in termini appropriati né dallo stesso Puchta, né dai giuristi che sono venuti dopo». Cionondimeno, non mancano pregevoli tentativi, come, tra gli altri, quello di P.G. MONATERI, *Thinking law with numbers: models of legal quantification*, in AA.VV., *Quantitative Methods in Comparative Law* a cura di P.G. Monateri e M. Balestrieri, Cheltenham (UK)-Northampton Massachusetts (USA), 2023, 82 ss.

¹³ Cfr. N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 987 ss.

Al netto degli ideali fondativi, come si è visto, di difficile praticabilità, la scienza giuridica sembra essersi modulata come semplice alternativa alla configurazione più antica dell'attività forense, costituita dall'*Ars Oratoria*¹⁴. In tal modo, essa risulta, in definitiva, costruita, essenzialmente, su tre costanti: l'idea di sistema unificante l'intera materia; il raggruppamento delle nozioni giuridiche in categorie generali; il ricorso a schemi di ragionamenti decisorii standardizzati.

Volendo indagare le ragioni sostanziali, le quali hanno condotto all'affermazione di questo modello di organizzazione del pensiero giuridico (*i.e.* preordinato all'elaborazione delle decisioni giudiziali), bisogna rilevare che i suddetti fattori erano già presenti nelle *Institutiones* di Gaio¹⁵. In tal senso, si segnala l'adozione di un preciso ordine illustrativo, in funzione dell'unificazione e dell'articolazione dell'intera materia delle nozioni tecniche preordinate ad individuare le pretese intersoggettive perseguibili in giudizio: sono fissate tre categorie fondamentali (*personæ, res e actiones*); al loro interno emergono una serie di altre categorie ordinanti per mezzo della tecnica di operare, in progressione, delle *summæ divisiones* (cd. procedimento diairetico/*διαίρεσις*); per ciascuna categoria sono enunciate diverse massime definitorie, le quali sono idonee a fungere da argomenti sollevabili in giudizio come potenziali motivazioni delle decisioni giudiziali¹⁶. È abbastanza evidente l'accostamento di una simile struttura espositiva con l'apparato decisorio della *Begriffspyramide* predisposto da Puchta¹⁷. D'altra parte, è noto l'inte-

¹⁴ Similmente, A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 462, osserva che la locuzione "scienza giuridica" «ha soppiantato il concetto romanistico di *Juris-prudentia*, fino ad allora dominante, il quale considerava il saper giuridico come una conoscenza empirica (casistica), una forma di saggezza pratica (*phrónesis*), finalizzata alla più giusta risoluzione delle controversie».

¹⁵ Con riferimento al diritto romano, è consolidato tra gli storici il pensiero che, a partire dall'ultimo periodo della Repubblica, «i giureconsulti si posero i problemi fondamentali che secondo la filosofia greca poneva la costruzione di qualsiasi scienza: quello del ritrovamento e dell'enunciazione dei principi, quello dello sviluppo deduttivo delle conseguenze razionali in base ai principi posti, quello della sistemazione per *genera* e *species* della trattazione scientifica» (V. PIANO MORTARI, *Dogmatica giuridica (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 671).

¹⁶ Si pensi alla massima: «MODO · VIDEAMVS · DE · REBVS · QVAE · VEL · IN · NOSTRO · PATRIMONIO · SVNT · VEL · EXTRA · NOSTRVM · PATRIMONIVM · HABENTVR · SVMMA · ITAQVE · RERV · DIVISIO · IN · DVOS · ARTICVLOS · DIDVCITVR · NAM · ALIAE · SVNT · DIVINI · IVRIS · ALIAE · HVMANI». Potrebbe capitare che un individuo avanzi la pretesa al godimento di una *res*. In tal caso, sollevando il rilievo che si tratti di *res divini juris*, s'inferisce la decisione dell'inesistenza di un diritto di godimento di titolarità dell'interessato.

¹⁷ Sulla *Genealogie der Begriffe*, G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, I, Leipzig, 1865, 101 ss.

resse che gli esponenti della Scuola storica del diritto, a partire da von Savigny, hanno nutrito per l'opera di Gaio¹⁸. Soprattutto, questo parallelismo dimostra che l'utilità di procedere ad organizzare la conoscenza specialistica del diritto attraverso uno schema predefinito di classificazioni generali sia emersa, all'origine, per soddisfare un'esigenza didattica¹⁹, piuttosto, che per perseguire obiettivi politici. Un simile rilievo non deve sorprendere, considerando, soprattutto, che il diritto è, per sua natura, mutevole. Pertanto, la conoscenza di categorie descrittive, meta-temporali e meta-spaziali, si rivela (anche ai giorni nostri) un metodo particolarmente idoneo a predisporre, per gli studiosi, una rappresentazione più stabile della materia e favorirne l'apprensione mnemonica a lungotermine.

Nel Medioevo la concettualizzazione della materia risiede, essenzialmente, nell'opera dei glossatori²⁰ e dei commentatori²¹. Cionondimeno, i ragionamenti applicativi erano strutturati, per lo più, nella forma della topica²². In detta prospettiva, è opportuno osservare che nelle *Universitates* del tempo, gli studi giuridici si riconducevano all'insegnamento delle arti liberali del Trivio (grammatica, dialettica e retorica)²³. Secondo una simile impostazione, le lezioni si svolgevano attraverso la sequenza tra *lectio* (lettura di un testo del

¹⁸ Vale la pena di ricordare che von Savigny finanziò e guidò l'operazione di recupero effettuata sul codice pergameneo ritrovato a Verona dal diplomatico tedesco Barthold Georg Niebuhr, il quale era stato sovrascritto sul testo delle *Institutiones*.

¹⁹ È stato, correttamente, affermato che: «La destinazione alle esigenze dell'insegnamento rimane un'importante chiave per la comprensione della forma e delle modalità di realizzazione delle *Istituzioni*. La concreta pratica didattica e la scuola, nella cui tradizione Gaio si riconosce, rappresentano un contesto inscindibile nel quale collocare l'opera» (P. ARCEN, *Ricerche sulle tecniche di scrittura delle «Istituzioni» di Gaio*, Milano, 2020, 116). Più in generale, E. PARESCE, *op. cit.*, 681, osserva che, nella dogmatica romana, «le esteriori sistemazioni unitarie (l'inconscia aspirazione estetico-metafisica ad una assoluta e sintetica unità del sistema concettuale) avevano spesso più un carattere "didattico" espositivo che un "carattere logico" necessario o pseudo necessario», per cui lo stesso modello della geometria euclidea «ebbe, se mai, come è stato rilevato a proposito di Quinto Mucio Scevola e di Gaio, precipuamente il valore di una semplificazione espositiva».

²⁰ Gli storici osservano che «i giuristi bolognesi non contraddirono od eliminarono l'analisi puramente letterale e grammaticale con cui le arti del Trivio avevano esaminato nell'Alto Medioevo anche i testi di diritto, ma da metodi in tutto simili a quelli degli esperti di tali arti passarono ad una speculazione che superò decisamente i risultati assai modesti dei cultori del Trivio» (V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, 673).

²¹ A partire dal XIII secolo, in Francia, e dal XIV secolo, in Italia, «assistiamo al diffondersi dell'indirizzo scientifico dei Commentatori», i quali «andarono assai avanti sulla strada dell'elaborazione dogmatica del diritto; e mediante la loro opera, sia di carattere interpretativo sia di astrazione e di generalizzazione, costruirono nuovi concetti giuridici» (V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, 674 s.).

²² V, *retro*, nota 4, e, *infra*, nota 68.

²³ Cfr. F. BONIN, *op. cit.*, 91 s.

Corpus Juris Justinianeum) e *disputatio* (dibattimento sulle questioni applicative). Di modo che, la didattica consisteva maggiormente nell'apprendimento delle tecniche dialettiche piuttosto che delle categorie scientifiche.

L'esigenza di ricorrere ad un metodo scientifico, come si è detto, si è presentata, a livello cosciente, agli studiosi del diritto a partire dalle opere degli esponenti della Scuola storica del diritto e, in particolare, di von Savigny e Puchta. In questo contesto, però, interviene una sorta di eterogenesi dei fini, dal momento che simili operazioni mentali appaiono concepite (non per esigenze didattiche, ma), essenzialmente, per assecondare ragioni ideologiche. Bisogna premettere che, nella concezione della *Begriffsjurisprudenz*, i dogmi²⁴ della tradizione sono concepiti in antagonismo alle prescrizioni delle Assemblée legislative²⁵. In tal senso, l'elaborazione delle categorie ordinanti procede sciolta dall'analisi dei testi di legge. Piuttosto, alla base di una simile architettura dogmatica si pone lo *struggle for life* tra i concetti alternativi, i quali si presentano come epifanie del diritto vivente²⁶. In tal modo, la *Begriffsjurisprudenz* si adatta, soprattutto, al perseguimento di una precisa strategia politica di 'moderato' conservatorismo socioeconomico²⁷. Bisogna, infatti, rilevare

²⁴ Sull'introduzione del termine "dogma" e dei suoi derivati nel linguaggio giuridico, v., *amplius*: R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1963, 244 ss.; F. GALGANO, *I dogmi nel diritto*, in *Contratto impr.*, 2010, 907 s. Allo stesso modo, A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 463, rileva che «al sistema di principi così costruito è stato dato il nome di "dogmatica giuridica" ad imitazione della teologia, dove i dogmi sono le verità teologiche inconfutabili dalle quali derivano gli articoli di fede che occorre osservare».

²⁵ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf uns(er)er Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814. In particolare, è stato rilevato che il metodo dogmatico(sti)co, all'origine, esprimesse una «volontà anticodificatoria e antistatualistica di surrogare il ruolo del legislatore, rimpiazzandolo con l'opera sistematizzatrice di tipo logico-deduttivo garantita dalla scienza giuridica» (cfr. G. ZACCARIA, *op. cit.*, 567).

²⁶ Cfr. F. MAISTO, *Il "Neorealismo" giuridico tra sussunzione e applicazione diretta dei principî*, in AA.VV., *Scritti in memoria di R. Sacco* a cura di P.G. Monateri, II, Torino, 2024, 1073.

²⁷ Nel medesimo senso, anche il ruolo, che, al netto delle sovrastrutture romantici(cisti)che (i.e. il *Volksgeist*), von Savigny assegna alla consuetudine nel sistema delle fonti (F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, I, Berlino, 1840, § 12, 34 e § 18, 76), consente di prospettare la giustiziabilità di pretese intersoggettive, le quali riflettano i rapporti di forza tra classi sociali contrapposte consolidati nel tempo. In generale, con riferimento all'«aspetto di ideologia rivestito dal pensiero di Savigny» è acquisita la consapevolezza che «esso ebbe innegabilmente valenze conservatrici» (A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 597). D'altra parte, una simile posizione ideologica riflette i sentimenti politici che hanno più profondamente segnato la nobiltà teutonica della sua generazione, i quali consistevano, in senso antimodernistico, nella paura della Rivoluzione francese e, in senso modernistico, nella fascinazione per la (prima) Rivoluzione industriale.

che, sulla falsariga dei processi evoluzionistici, i concetti vecchi (*i.e.* i ragionamenti applicativi espressione di consolidati rapporti di forza tra classi sociali e individui) tendono a resistere e conservarsi (sia pure in ambito ridotto/con minor spazio vitale) rispetto all'affermazione dei concetti innovativi (*i.e.* le tecniche decisorie in grado di attuare i rapporti di forza in via di affermazione tra classi sociali e individui). Così, ad esempio, il criterio che soltanto i maschi cittadini adulti siano titolari di diritti tende a conservarsi nel confronto con concetti antitetici, sfumando, prima, nel concetto che questi soggetti siano i principali titolari di diritti e, poi, in quello che anche questi soggetti siano titolari di diritti.

La medesima connotazione ideologica si presenta anche nell'opera di von Jhering, il quale, per molti versi, è considerato l'ultimo esponente di spicco della Scuola storica²⁸. Egli fu senz'altro un profondo innovatore sul piano della metodologia giuridica (*i.e.* delle valutazioni potenzialmente sviluppabili in giudizio). In particolare, predicando il procedimento mentale dell'analisi degli interessi (*Interessenjurisprudenz*)²⁹, egli ha fatto emergere l'opportunità del ricorso, nell'individuazione dei poteri e doveri azionabili in giudizio dagli interessati, (anche) ad argomenti enunciati dalle altre scienze (non della natura, ma) sociali (*i.e.* filosofia politica, economia e sociologia)³⁰. In tal modo, ha cominciato a delinearsi l'inerenza al metodo scientifico anche dei ragionamenti ordinatori di tipo induttivo (*i.e.* sviluppati non da assiomi autoriferiti, ma da generalizzazioni empiriche). Cionondimeno, l'ideologia di fondo della sua teoria generale appare, per lo più, favorevole alla conservazione dello *status quo* (almeno quanto più a lungo possibile)³¹. In particolare,

²⁸ O. BEHREND, *Rudolph von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, in *Riv. Dir. Rom.* - III - 2003, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>, 9.

²⁹ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1898.

³⁰ Spunti, nel senso della contaminazione e dell'interdisciplinarietà della scienza giuridica, in R. VON JHERING, *La giurisprudenza è una scienza?* a cura di O. Berhends, trad.it. di S. Marino, Napoli, 2021, 38 ss., spec. 76, dove Egli conclude che: «Io definisco la scienza del diritto la consapevolezza scientifica delle cose del diritto, la consapevolezza che, dal lato della filosofia del diritto deve indagare le cause ultime da cui il diritto trae la sua origine e validità terrena, dal lato della storia del diritto, lo segue in tutte le vie che esso ha preso per elevarsi, grado dopo grado, alla più alta perfezione, dal lato della dogmatica la rappresentazione scientifica e ordinata per l'uso pratico di tutte le esperienze e fattispecie che racchiudono in sé il momento più alto e conclusivo della nostra conoscenza e comprensione del diritto».

³¹ Autorevolmente, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, 144 ss., considera von Jhering un tutore, soprattutto, della classe sociale dei proprietari terrieri. Diversamente, P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine. Rudolph von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Bologna, 2024, *passim*, spec. 172 ss., lascia trasparire una vena progressista, rilevando un parallelismo tra la teoria del diritto soggettivo della moltitudine e la moderna teoria dei beni comuni (v. anche, F. ADDIS, *Rudolph von Jhering e la*

la tesi, secondo la quale i diritti sono riconosciuti soltanto agli individui dotati della volontà (e della forza) di combattere per essi³², si traduce, velatamente, nella giustificazione di una posizione di vantaggio per le classi sociali provviste di maggiori mezzi politici ed economici. Soprattutto, bisogna osservare che, al tempo, in relazione ai diritti patrimoniali, soltanto le classi privilegiate erano concretamente in grado di affrontare i costi dei processi per la loro realizzazione coattiva³³. In relazione ai diritti umani fondamentali³⁴, poi, detta impostazione, sviluppata *a contrario*, presenta anche dei risvolti 'negazionistici(c)'. Ad esempio, in questa linea di pensiero, sarebbe coerente affermare le rappresentazioni mentali che: se gli afro-americani hanno subito l'abominio della schiavitù e del segregazionismo, la ragione è che essi non abbiano lottato a sufficienza per la propria libertà personale; se gli ebrei hanno perso tutti i

lotta per il diritto, A proposito dei libri di Pasquale Femia, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2025, 180). In vero, non sembra che, accogliendo la tesi della preponderanza dell'interesse pubblico (facilmente identificabile con l'interesse dello Stato, anche quando riferito alle generazioni future), rispetto a quello dell'individuo, von Jhering abbia inteso aprirsi anche ad istanze di perequazione sociale più radicali rispetto al mero assistenzialismo promosso dallo Stato bismarckiano (cfr. M. LOSANO, *Prefazione*, in RUDOLPH VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* a cura di M. Losano, I, Torino, 2014, XL ss.). In tal senso, appare condivisibile la definizione secondo cui von Jhering «fu insomma onestamente un conservatore, "un conservatore partecipe dello Stato censitario, ma aperto alle novità della società capitalista, avido di progresso economico e sociale, ma con misura"» (cfr. M. LOSANO, *op. cit.*, XLII).

³² R. VON JERING, *Der Kamps ums Rechts*, Wien, 1872.

³³ In vero, lo stesso R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, cit., 98 e 101, riconosce che, in base a un calcolo razionale: «Il ricco, per quieto vivere, darà il tributo della lite, per lui insignificante; il povero, per cui questo tributo è relativamente più oneroso, rinuncerà alla pace». Egli, però, tende a sminuire l'incidenza delle difficoltà (alle volte insormontabili) per le classi meno abbienti di accedere alla tutela giurisdizionale dei diritti, le quali consistono, oltre ai costi pecuniari del processo, anche nel dover sottrarre tempo ed energie al proprio lavoro. In tal senso, Egli ritiene che tale questione sia del tutto 'secondaria', per le seguenti ragioni: «La resistenza contro una violazione del diritto [...] è un dovere del soggetto del diritto *verso se stesso*, poiché è un comandamento dell'autoconservazione morale; e un dovere *verso la comunità*, poiché è necessaria affinché il diritto si realizzi». Di là dall'incoerenza metodologica dell'operazione intellettuale di far dipendere il diritto dalla morale piuttosto che dalle ragioni utilitaristiche, questa argomentazione, comunque, avvalora il rilievo che il sistema concepito da von Jhering avvantaggi, dal punto di vista oggettivo, le classi più abbienti.

³⁴ Con riferimento ai diritti fondamentali, von Jhering, con (cinico) realismo, presta accondiscendenza al dato di fatto che: «Tutte le grandi conquiste, che la storia del diritto deve registrare: l'abolizione della schiavitù, della servitù della gleba, la libertà della proprietà fondiaria, delle industrie, della fede, ed altre ancora, tutte queste hanno dovuto essere conquistate in tal modo, con la lotta più violenta, spesso durata per secoli, e non di rado fiumi di sangue, dappertutto però diritti calpestati segnano la via che il diritto ha percorso» (R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, cit., 91).

propri diritti in conseguenza delle persecuzioni naziste, ciò vuol dire che essi non hanno saputo opporre un'adeguata resistenza all'esecrabile legalizzazione dell'antisemitismo (fino all'orrore dell'Olocausto); etc. In generale, la costruzione di von Jhering rischia, una volta che la società abbia acquisito un elevato grado di civiltà giuridica, di legittimare, a certe condizioni, anche una degradazione dei rapporti umani ad uno stato animalesco per cui *homo homini lupus*.

3. – Il metodo scientifico ha acquisito una nuova connotazione strutturale e ideologica con l'affermazione della concezione del gius-positivismo³⁵, il quale coniuga l'uso della dogmatica tradizionale con la rigorosa considerazione dei testi normativi emanati dall'Autorità sovrana (c.d. *jus positum*).

Le radici del gius-positivismo affondano nel pensiero illuministico del XVIII secolo. In detta prospettiva, rilevano, soprattutto, due ideali polit(olog)ici: il costrutto della separazione dei poteri di de Montesquieu³⁶; l'impianto valutativo del "sillogismo giudiziale" di Beccaria³⁷. La combinazione di questi due elementi, in campo penalistico, assume una funzione, eminentemente, garantistica. In tal senso, bisogna notare che la limitazione dei poteri del giudice si presenta come il riflesso della tassatività dei reati (e delle puzioni)³⁸, nella quale si esplica il principio di legalità. Queste tecniche rappresentano la cellula primigenia dello Stato di diritto liberal-borghese, il quale si propone, in contrapposizione allo Stato assolut(istic)o, come un modello di sovranità che si auto-impone delle restrizioni al potere di impedire ai consociati di pensare e agire liberamente per perseguire i propri interessi. In detto contesto, il sillogismo giudiziale lascia pochi margini all'interpretazione dei testi normativi, la quale si riduce alla mera esegesi³⁹. Di modo che, l'attività

³⁵ Tra le molteplici accezioni del termine, si fa riferimento al c.d. "positivismo teorico" (cfr. R. GUASTINI, *Realismo e positivismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2024, 391).

³⁶ CH.-L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix*, Geneve, 1748.

³⁷ La configurazione del "sillogismo giudiziale" è, comunemente, fatta risalire, indietro nel tempo, a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764. Ivi, si legge: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore deve essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena».

³⁸ In particolare, il momento della definitiva consacrazione del principio di legalità delle pene è (convenzionalmente) fatto risalire all'elaborazione, all'inizio del XIX secolo, delle celebri massime *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena sine lege* da parte di Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847).

³⁹ «Nel metodo esegetico – scrive Marcadé (citato da J. Bonnetcase, *L'École de l'Exégèse*, cit., 107-188) – si segue il testo passo a passo; si seziona ciascun articolo per

giudiziale implica un ricorso minimo alle categorie ordinanti (le quali assumono una valenza, eminentemente, descrittiva e classificatoria).

Il ricorso sistematico alle categorie ordinanti nel gius-positivismo trova, in sede di teoria generale, la sua fondamentale base tecnica nell'opera di Kelsen, il quale riduce l'essenza astratta della norma di legge ad una sequenza protasi/apodosi⁴⁰. Questo artificio consente che i teoremi decisori presentino la fisionomia della sussunzione⁴¹, dove la protasi legislativa è considerata la fattispecie astratta (*tatbestand*)⁴². La sussunzione, supera il legame originario tra il sillogismo giudiziale e il principio di tassatività dei reati. Sì che, mentre l'originario sillogismo giudiziario consente, al massimo, l'esegesi del testo normativo, la sussunzione si coniuga, in campo civilistico⁴³, con una previa interpretazione, alquanto libera, degli enunciati di legge⁴⁴. In sede d'interpretazione, le categorie scientifiche sono usate per delineare le rappresentazioni

spiegarlo frase per frase, parola per parola; si precisa alla luce di ciò che precede e ciò che segue, il senso e la portata di ogni proposizione, di ogni termine, e se ne fa osservare la correttezza (*justesse*) o l'inesattezza, l'utilità o l'insignificanza» (così, P. CHIASSONI, *Scuola dell'esegesi. Progetto di voce per un "Vademecum" giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, 338).

⁴⁰ Sulla cristallizzazione dell'essenza delle norme a struttura ipotetica attraverso la formula sintetica «se c'è A, ci deve essere B», H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien, 1934, cap. III, § 11, sub b, 22 ss.).

⁴¹ Sulla sussunzione: K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Milano, 1970, 77 ss.; G. LAZZARO, *Sussunzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 975 ss.; H.M. PAWLOWSKY, *Introduzione alla metodologia giuridica*, a cura di S. Mazzamuto-L. Nivarra, Milano, 1993, 68 ss.; U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford, 2019, 412 ss.; R. BIN, *Come ragionano i giuristi (e come imparare a farlo)*, Milano, 2024, 10. Per la configurazione della sussunzione come "sillogismo giudiziale" (*retro*, nota 37), D. CANALE e G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2ª ed., Torino, 2020, 11 ss.

⁴² Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2ª ed., Napoli, 1994 (rist. anast. Torino, 1950), p. 8, nota 2, il quale sottolinea che una simile nozione «venne da noi introdotta nella prima edizione del nostro corso di "Istituz. di dir. rom.", § 45; poi è divenuta di uso comune». Tra i primi ad usare il termine "fattispecie", merita di essere ricordato anche D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

⁴³ Testi fondamentali per la 'civilizzazione' del sillogismo giudiziale sono: F. STEIN, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893, 11 ss.; P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. scienze soc.*, a. I, n. 5, 15 maggio 1914, 209 ss., e in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, 3 ss. (il quale prospetta il passaggio dal modello semplice del mono-sillogismo a quello, più articolato, della concatenazione di sillogismi).

⁴⁴ Cfr. H. KELSEN, *op. cit.*, cap. VI, § 35, 93 ss. e § 39, 100 ss. Riguardo al superamento, nell'ottica del gius-positivismo, della riduzione dell'interpretazione della legge alla pratica della mera esegesi del testo, vale la pena di richiamare l'osservazione che: nella configurazione dell'attività ermeneutica, «Kelsen aderisce alla scuola del diritto libero». Di modo che, all'atto della decisione giudiziale, «ogni scelta, in quanto atto di volontà normativa, è arbitraria e deve rispettare solo l'obbligo di attenersi al quadro

mentali (potenzialmente) espresse dai testi legislativi (*i.e.* per chiarirne il significato), di modo che le norme a struttura ipotetica (nesso di consequenzialità giuridica tra un'ipotesi di fatto e una vicenda utilitaristica perseguibile giudizialmente), estrapolate dagli enunciati legislativi, si modulano in base alle definizioni predisposte dalla dogmatica⁴⁵. A livello sistematico, si dimostra l'assunto che l'applicazione giudiziale della tecnica della sussunzione richieda un ampio ricorso alla valenza decisoria delle categorie scientifiche richiamate dalla legge o dagli interpreti.

All'origine, non sembra che questa nuova impostazione fosse mossa da particolari intenti ideologici. Essa, innanzitutto, era preposta a raccogliere l'ideale fondativo del dogmatismo, consistente nell'assimilazione della scienza giuridica alle scienze della natura. In tal senso, è facile notare che la consequenzialità normativa (principio della imputazione/*Zurechnung*)⁴⁶, alla base del procedimento della sussunzione, è un artificio mentale, il quale imita la causalità empirica presa in considerazione dalle scienze naturali (in particolare, la chimica e la fisica). Di modo che, i teoremi decisori assumono quella connotazione deterministica propria degli assiomi delle scienze naturali. Dal punto di vista politico, queste costruzioni teoriche erano funzionali all'affermazione del criterio di ripartizione dei poteri sintetizzato dalla metafora del primato della legge, il quale era l'architrave su cui era stato edificato lo Stato

dei significati possibili di quella data norma da interpretare». In prospettiva sistematica, si delinea un metodo di applicazione delle norme, nel quale «mentre l'interpretazione giudiziale è un atto creativo di diritto per un caso concreto, l'interpretazione dottrinale ha un ruolo puramente scientifico in quanto offre al giudice quella panoramica di significati possibili tra cui scegliere» (così F. VIOLA, *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*, Palermo, 1975, 82; considerazioni simili in A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 465).

⁴⁵ Si pensi alla formula che la clausola compromissoria costituisce un contratto, la quale risulta potenzialmente in grado di delineare i criteri di giudizio dell'impegnatività per le parti delle prestazioni e degli spostamenti patrimoniali decisi dagli arbitri, nonché della loro annullabilità per incapacità e vizi della volontà delle parti (sulla questione della riconducibilità della clausola compromissoria al paradigma del contratto, v. M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, 2ª ed., Torino, 1955, 275 s.). Questo impianto valutativo, si sovrappone a quello desumibile dal combinato disposto degli artt. 1321 c.c., 1372 c.c., 1425 c.c. e 1427 c.c., se si ricorre a taluni artifici dialettici. Bisogna notare che la clausola compromissoria è in sé un accordo sul potere degli arbitri di dirimere una controversia, ma, surrettiziamente, essa costituisce un accordo sull'attuazione dei rapporti giuridici patrimoniali stabiliti dagli arbitri. Acquisito un simile costrutto, l'impiego giudiziale delle categorie scientifiche consiste nel comparare il fatto controverso con l'ipotesi di fatto contemplata dall'apparato decisorio da esse delineato, in modo da adottare la decisione dell'impegnatività delle vicende ivi stabilite.

⁴⁶ Su «l'idea della imputazione "*Zurechnung*" come connessione specifica dell'illecito colla sanzione», v. R. TREVES, *Appendice*, in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 2ª ed., Torino 1970, 210.

di diritto liberal-borghese. A livello ideologico, però, un tale riferimento non ne attesta, necessariamente, l'indole 'progressista', poiché esso comprende anche la degenerazione dello Stato di diritto nello Stato di polizia. L'aspetto di maggiore rottura con la tradizione consiste nel tentativo di portare a compimento il processo di secolarizzazione del diritto⁴⁷.

In Italia il gius-positivismo assume delle funzioni di politica del diritto più specifiche, soprattutto, a partire dagli anni '50 del Novecento. Nella dottrina del tempo affiora l'idea che, attraverso il metodo della sussunzione, si riesca a realizzare due obiettivi politici: il bene della certezza del diritto; l'ideale montesqui(eu)ano della rigida separazione dei poteri dello Stato, nel senso, essenzialmente, della limitazione dei poteri dei giudici.

Il riferimento all'esigenza di attuare il bene della certezza del diritto (*i.e.* della prevedibilità delle decisioni giudiziarie) è, tuttora, alquanto presente nel pensiero dei fautori del gius-positivismo⁴⁸. In vero, una simile attitudine della tecnica della sussunzione è stata, autorevolmente, messa in discussione⁴⁹.

La capacità del metodo del gius-positivismo di favorire l'obiettivo della certezza del diritto si rivela alquanto fallace, soprattutto, alla luce della teoria del darwinismo giuridico. A livello deontico, detta teoria consente di spiegare le ragioni sostanziali dell'uso giurisprudenziale delle categorie ordinanti⁵⁰. Se-

⁴⁷ Emblematica, l'attenzione dedicata alle distinzioni tra diritto e natura e tra diritto e morale (H. Kelsen, *op. cit.*, cap. I, 1 ss., e cap. II, 12 ss.)

⁴⁸ Cfr.: N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 987 ss.; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*; G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, 2019, 49 ss.

⁴⁹ Per il rilievo "controintuitivo" che il dogmatismo aumenta lo stato dell'incertezza giuridica, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2, 55 ss. In un'ampia prospettiva di filosofia politica, A. PUNZI, *Prudentia iuris*, Torino, 2025, 10, rileva che «il paradigma della certezza, che ha connotato la dominante filosofia moderna del diritto e della legge, è entrato in crisi anche per effetto dell'articolazione della società contemporanea come società complessa».

⁵⁰ Sul darwinismo giuridico v., *amplius*, F. MAISTO, *Il "Neorealismo" giuridico tra sussunzione e applicazione diretta dei principî*, cit., 1063 ss. In prospettiva più generale, la simmetria tra il modello darwiniano e le dinamiche del diritto è prospettata da H.J. HOVENKAMP., *Evolutionary Models in Jurisprudence*, in *Texas Law Review*, 645 (1985), 645-685, dove l'autore rileva, preliminarmente, che la teoria di Darwin della selezione naturale riflette una logica economi(sti)ca piuttosto che biologica (653). Circa l'emersione, nella scienza gius-civilistica italiana, della concezione del darwinismo giuridico, v.: P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione nel diritto privato. Prelezione al corso di Diritto romano letta il 21 novembre 1881*, Camerino, 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto. Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin tenuta nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882*, Siena, 1882.

condo il teorema della selezione naturale, a fondamento della valenza decisoria dei vocaboli tecnico-scientifici si pone lo *struggle for existence*⁵¹ tra concetti contrapposti⁵². Sì che, il fondamento della valenza decisoria delle categorie ordinanti è dato, pur sempre, dalla loro effettiva capacità di motivare il riconoscimento giudiziale dell'azionabilità di pretese intersoggettive adeguate all'esigenza di conservare e implementare la civile convivenza tra i consociati⁵³. I processi evoluzionistici, però, richiedono un lungo periodo. In detta prospettiva, un concetto diviene obsoleto, quando induce il giudice ad adottare soluzioni ordinatorie inique o, comunque, inadeguate rispetto agli obiettivi di politica del diritto in quel momento emergenti. Al contempo, in siffatte circostanze, si afferma un concetto in grado di motivare delle determinazioni giudiziali opposte. In tal modo, piuttosto che un semplice avvicendamento dei "dogmi", con definitivo esautoramento di quelli più risalenti, si verifica una loro progressiva relativizzazione. Nel diritto vivente⁵⁴, la contrapposizione dialettica tra categorie ordinanti "diacroniche" è affatto fisiologica⁵⁵. Si

⁵¹ L'espressione è il titolo del terzo capitolo del libro di C. DARWIN, *On The Origin of Species*, London, 1859. Nel (sottotitolo del) libro, Darwin usa anche il sintagma «*struggle for life*».

⁵² In vero, bisogna chiarire il dato che l'emersione di nuovi concetti non è necessariamente il portato di un'analisi comparativa degli interessi coinvolti, ma, di sovente, discende da taluni artifici dogmatici. In tal senso, vale la pena sottolineare che il ricorso all'argomento de «l'errore di qualificazione da parte del legislatore» ha delineato le due categorie del «negozio unilaterale rifiutabile» (C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 667; R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, 275) e della «inefficacia sopravvenuta» (R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 900 s.; A. RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contratto impr.*, 2001, 631). Nell'ottica del darwinismo giuridico, comunque, rileva il dato che tali categorie ordinanti si affermano, se delineano regole in grado di attuare un assetto d'interessi adeguato agli obiettivi di politica del diritto perseguiti dall'ordinamento.

⁵³ In ottica darwinistica, perciò, la valenza decisoria dei concetti tecnici discende da esigenze pratiche di equità dei rapporti intersoggettivi. In tal senso, risulta fuorviante, per quanto autorevole, l'affermazione che «la legittimità delle astrazioni, delle generalizzazioni e delle costruzioni concettuali» si spiega, semplicemente, «in quanto rispondono a certi bisogni dello spirito [...] quali: l'ordine, la sistemazione, lo svolgimento logico del pensiero, la sua disciplina» (G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, IX).

⁵⁴ Sul sintagma «*law in action*», R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 44 (1910), 12-36.

⁵⁵ Emblematico è il caso della nozione di soggettività degli enti (cfr. F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, 1993, 76 ss.), la quale tempera il dogma del riconoscimento esclusivo della titolarità delle situazioni giuridiche soggettive agli esseri umani (Cfr. F. MAISTO, *Il (potenziale) ruolo del principio di sussidiarietà nell'espansione dell'autonomia contrattuale*, in *Questa Rivista*, 2021, 35 s. Sull'emersione di nuove declinazioni della categoria della

spiega, perché, al momento dell'applicazione della legge siano rinvenibili, disseminate nella dogmatica giuridica, una serie di categorie ordinanti, le quali conducono (potenzialmente) a decisioni contrapposte e, quindi, imprevedibili⁵⁶.

soggettività giuridica in atto nell'odierna esperienza giuridica: cfr. M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulla trasformazione di una categoria giuridica*, in *Oss. dir. civ. com.*, 2021, 71 ss.; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* a cura di P. Femia, Napoli, 2019, 109 ss.; M. RIZZUTI, *Soggettività e tutele*, in AA.VV., *Questione ambiente. Itinerari giuridici per le imprese* a cura di P. Lucarelli e A. Santoni, I, 2024, 243 ss.; J. MAZZUCA, *La natura come soggetto di diritto. La proliferazione delle soggettività e concetti giuridici in trasformazione*, in *Federalismi*, 27, 2023, 46 ss.). Significativo, in un campo operativo più specifico, poi, è il dogma della nullità, per mancanza di legittimazione, degli atti di disposizione su beni altrui, al quale si contrappone, nella sostanza (i.e. con il velo di taluni artifici concettuali), l'assunto della validità della compravendita di beni altrui. Esempiare è anche la configurazione del paradigma del possesso: stante l'esigenza di attuare gli obiettivi socioeconomici della pacificità dell'accesso al godimento dei beni e della massimizzazione del loro uso, al concetto che il (solo) proprietario può ottenere un provvedimento diretto alla restituzione forzata del bene è stato contrapposto quello che (anche) il mero possessore possa perseguire giudizialmente il medesimo evento pratico-economico (v.: U. MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ. Sacco, I diritti reali*, 1, Torino, 2001, 140 s.; R. SACCO-R.CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. com.*, dir. A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni cont. P. Schlesinger, 3^a ed., Milano, 2014, 27 ss.). Dato l'obiettivo d'implementare la tutela della persona, il concetto che si risarciscano soltanto i danni patrimoniali è stato bilanciato da quello che il danno biologico sia pienamente risarcibile (F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in AA.VV., *Tutela della salute e diritto privato* a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, 417 ss.; ID., *Il problema della valutazione dei danni alla salute*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 127 ss.). Vista l'opportunità di far crescere il grado di fiducia dei soggetti di diritto civile nella correttezza dell'attività della P.A., il concetto che l'ingiustizia del danno nella responsabilità civile consista (soltanto) nella lesione di un diritto soggettivo è stato eroso da quello della responsabilità per lesione di un interesse legittimo (Cass., Sez.Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 2000, I, 2487). Tra le innovazioni più recenti, sempre nel campo della responsabilità extracontrattuale, al dogma della funzione esclusivamente riparatoria della prestazione risarcitoria è stato contrapposto l'assunto della natura "polifunzionale" della responsabilità civile (Cass., Sez.Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, 419 ss.), in modo da legittimare la determinazione dell'impegnatività dell'esecuzione di prestazioni patrimoniali indipendenti dall'esatto ammontare del danno (c.dd. risarcimenti punitivi).

⁵⁶ Emblematico è il caso delle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale. La Cassazione ha risolto in vario modo la questione circa la loro validità, ricorrendo a molteplici qualifiche: clausole vessatorie (Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, 254); clausole di limitazione dell'oggetto del contratto di assicurazione, piuttosto che della responsabilità dell'assicuratore; clausole atipiche parzialmente immeritevoli (Cass., Sez.Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014, e Cass., Sez.Un., 2 dicembre 2016, n. 24645; Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, e Cass. 28 aprile 2017, n. 10509, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 667 ss.); clausole anomale

La distonia tra formalismo normativ(istic)o e certezza del diritto dipende, oltre che da aspetti ontologici delle categorie ordinanti, anche dall'evoluzione del sistema delle fonti del diritto. Storicamente, non si può negare che, nel periodo tra gli anni Cinquanta e Settanta del Novecento, in Italia, il metodo della sussunzione sia stato, effettivamente funzionale al conseguimento di uno stato di elevata prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Questa connessione, però, risulta fortemente dipendente dalle contingenze del momento: bisogna considerare che era appena entrato in vigore il Codice Civile del '42, il quale aveva, in qualche modo, assorbito tutte le dispute in corso fino a quel momento, rendendo univoche le soluzioni giurisprudenziali. Quando, in corrispondenza ai sempre più radicali cambiamenti della società civile e dell'ordine economico, sono, progressivamente, emerse nuove istanze socioeconomiche meritevoli di essere giudizialmente perseguite, però, il sistema delle fonti è, fatalmente, mutato. Nell'attuale esperienza giuridica, dato che il sistema delle fonti ha assunto carattere *multilevel*, spesso si verifica un'alternativa tra (potenziali) soluzioni ordinatorie con conseguenziale imprevedibilità delle decisioni. Emblematico è il caso delle prestazioni spettanti all'agente non iscritto all'albo: per la legge italiana egli non aveva diritto alla provvigione (comb. disp. artt. 4, l. 9 maggio 1985, n. 204 e 1418, comma 1, c.c.); per il diritto comunitario egli era legittimato ad azionare la pretesa alla provvigione⁵⁷. In questo caso, essendo il fatto sussumibile in entrambe le discipline, il formalismo non garantiva alcuna prevedibilità della decisione. Il quadro, poi, si potrebbe ulteriormente complicare, se (come è verosimile) un'*Authority* intervenisse a fissare un ulteriore criterio di giudizio, come l'esistenza di un diritto ad una provvigione parzialmente ridotta, ecc.

I fautori del gius-positivismo, poi, si sono focalizzati sull'attitudine del metodo della sussunzione ad attuare l'ideale polit(olog)ico della separazione dei poteri, nel senso della subordinazione del giudice alla legge. Di là dal radicamento nel modello liberale dello Stato di diritto, l'invocazione, a sostegno del procedimento della sussunzione, della necessità di limitare i poteri dei

di un contratto tipico sottratto, nella sua integralità, al giudizio di meritevolezza (Cass., Sez.Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, 3511).

⁵⁷ Corte Giust. CE 30/04/1988 (Bellone c. Yokohama s.p.a.), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0215>, con riferimento alla Dir. CEE 18/02/1986, n. 653, nel periodo antecedente al recepimento.

giudici ha assunto, storicamente, diverse colorazioni ideologiche, sia conservatrici⁵⁸ che progressiste⁵⁹. In questo modo, però, si è configurata una (potenziale) giustificazione di decisioni giudiziali inique (nel senso di inadeguate rispetto all'obiettivo di conservare e sviluppare la civile convivenza tra i consociati). Bisogna notare che, quando si registra un'inadeguatezza della volontà delle Assemblee legislative o un mutamento del contesto socioeconomico, le determinazioni giudiziali plasmate dalla legge si rivelano ingiuste (secondo i noti aforismi latini «*summum jus, summa injuria*» e «*dura lex, sed lex*»). In tali circostanze, la legittimazione del giudice a riconoscere agli interessati la titolarità di poteri e doveri corrispondenti ad un'interpretazione antiletterale del testo legislativo ovvero del tutto antitetici rispetto al testo risulta necessaria, là dove si voglia dare piena attuazione al progetto di società civile disegnato a livello costituzionale e sovranazionale. Tali rilievi spiegano la ragione sostanziale per cui è reputata ammissibile la relativizzazione del modello montesqui(eu)ano di rigida separazione dei poteri normativo e giudiziario. D'altra parte, anche a livello formale, la Costituzione, surrettiziamente, consente l'attribuzione di poteri 'normativi' ai giudici. Bisogna premettere che l'art. 101 cost. recita che «i giudici sono soggetti [soltanto] alla legge»; il comma 4 della XVIII disp. trans. fin. cost. ha precisato che «la Costituzione dovrà essere osservata come Legge fondamentale della Repubblica». Dal combinato disposto di questi due enunciati s'inferisce il concetto che la subordinazione alla Legge fondamentale si esplica nell'adozione di decisioni giudiziali, le quali siano strumentali all'attuazione dei valori di convivenza recepiti a livello costituzionale e (ai, sensi degli artt. 11 Cost. e 117 Cost.) sovranazionale, anche se estranee o, addirittura, antitetiche rispetto al testo della legge ordinaria.

4. – La considerazione dell'iniquità (di talune) delle pretese intersoggettive, riconosciute coercibili in base all'applicazione delle disposizioni di legge attraverso il metodo della sussunzione, ha indotto la *law in action* ad orientarsi,

⁵⁸ In funzione d'impedire l'uso alternativo del diritto, consistente nelle operazioni di perequazione sociale da parte dei giudici ideologicamente schierati (sul c.d. uso alternativo del diritto, cfr: AA.VV., *L'uso alternativo del diritto* a cura di P. Barcellona, I e II, Bari, Laterza, 1973, *passim*; M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, *passim*; per opportune delucidazioni, v. anche N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Giust. civ.*, 2018, 75 ss.).

⁵⁹ In funzione d'impedire l'attuazione, in sede applicativa, delle spinte riformatrici generate dal controllo della maggioranza dell'Assemblea legislativa da parte di grandi partiti popolari (cfr.: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, *passim*, spec. 114 ss. e 125; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, *passim*, spec. 148 ss.).

in alternativa, verso ragionamenti ordinatori, i quali presentano i connotati dell'applicazione dei principi.

Nell'attuale esperienza giuridica, sono in uso diversi teoremi decisori configuranti un'applicazione dei principi costituzionali e (in virtù del rinvio degli artt. 11 Cost. e 117 Cost.) sovranazionali, espressi (*i.e.* originari) o, addirittura, impliciti (*i.e.* evolutivi).

Nel nostro ordinamento il modello più consolidato di applicazione indiretta dei principi è la *judicial review* di cui all'art. 134 Cost. In detto procedimento giudiziale, la Corte costituzionale, in campo civilistico, stabilisce, in negativo, quali tipologie di condotte personali e eventi pratico-economici, tra quelli autorizzati o imposti dalla legge, siano incompatibili con l'esigenza di implementare i valori fondamentali della convivenza civile, ma non indica, in positivo, quali modelli di azioni autoritative o di condotte intersoggettive siano necessari, opportuni o convenienti per favorire tale obiettivo politico.

La prassi giurisprudenziale ha introdotto anche altri sistemi di applicazione indiretta dei principi non soltanto da parte delle giurisdizioni superiori nazionali (Corte costituzionale) e sovranazionali (Corte di Giustizia⁶⁰ e Corte EDU), ma, a certe condizioni, anche ad opera del giudice comune⁶¹: l'interpretazione (semplicemente) conforme e l'interpretazione adeguatrice (in senso stretto)⁶². Entrambi questi procedimenti, in materia civilistica, muovono dalla

⁶⁰ F. MAISTO, *La giurisprudenza eurounitaria a presidio della giustizia contrattuale*, in *Dir. Aff.*, 2024, 103 ss.

⁶¹ Sulla competenza del giudice *a quo* ad effettuare un'interpretazione adeguatrice della disposizione applicabile alla controversia, la quale, analiticamente, è il potere di «verificare la possibilità di giungere ad una lettura della norma stessa che, nel rispetto dei tradizionali canoni ermeneutici, consenta di intenderla in armonia con la costituzione»: Cass. 22 giugno 1983, n. 4272, in *Giur. it.*, 1983, I, 1798; Cass. 16 aprile 1984, n. 2439, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1390; Cass. 3 febbraio 1986, n. 661, in *Foro it.*, 1986, I, 1898. Detta operazione ermeneutica, oltre che un potere, costituisce un vero e proprio “dovere” per il giudice comune (Corte cost. ord. 23 dicembre 1987, n. 584, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1263; Corte cost. 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. cost.*, 1996, 3096; Corte cost. 18 luglio 1997, n. 244, in *Giur. cost.*, 1997, 2318; Corte cost. ord. 27 luglio 2001, n. 322, in *Foro it.*, 2001, I, 3021).

⁶² Merita di essere accolto l'autorevole insegnamento, secondo cui è opportuno distinguere l'interpretazione (propriamente) adeguatrice dall'interpretazione (semplicemente) conforme (cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Napoli, 2020, 267 s.). Diversamente, S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, Milano, 2023, 132, sembra reputare necessario un maggior ancoraggio dell'interpretazione adeguatrice al dato testuale dell'enunciato normativo interpretato, asserendo che «l'interpretazione adeguatrice che può praticarsi è quella *non improbabile* o, se lo si dovesse preferire, quella che, rapportata alla *lettera* della disposizione ed al *contesto*, non sia *implausibile*». A livello della teoria generale, bisogna osservare che, alla luce delle definizioni qui accolte, la (sola) interpretazione adeguatrice risulta espressione di un potere del giudice d'individuare discrezionalmente (*i.e.* con

constatazione che le pretese intersoggettive, delineate dal significato principale di un enunciato legislativo, si rivelano contrarie o inconferenti rispetto ai parametri della civile convivenza espressi dai principî costituzionali o sovranazionali. La nozione d'interpretazione (semplicemente) conforme sembrerebbe riferibile ad un teorema decisorio in cui il giudice adotta la decisione dell'impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici, i quali corrispondono ad un significato secondario, ma plausibile (*i.e.* verosimilmente tenuto presente dal legislatore) del testo normativo. La categoria dell'interpretazione adeguatrice (in senso stretto), invece, delineerebbe un impianto valutativo in cui il giudice adotta la soluzione di riconoscere l'impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici, i quali corrispondono ad un significato secondario soltanto figurato/implicito/evolutivo (*i.e.* verosimilmente estraneo alle effettive considerazioni del legislatore) del testo normativo.

Nella giurisprudenza costituzionale è invalso anche un ulteriore modo di applicazione dei principî: l'emanazione di sentenze 'additive' o 'sostitutive'. Anche questi impianti valutativi si attivano, quando si accerta l'inidoneità delle pretese intersoggettive, delineate *a contrario* o in positivo da un enunciato legislativo, a promuovere gli obiettivi di politica del diritto fissati dalle Carte dei diritti (nazionale e sovranazionali). La tecnica delle sentenze additive consiste nell'estensione della norma impugnata a fattispecie ulteriori rispetto a quelle espressamente contemplate, ma al cospetto delle quali essa si dimostra in grado di realizzare la medesima funzione⁶³. Quella delle sentenze sostitutive si sostanzia nella modificazione di un elemento costitutivo della fattispecie di una norma limitatrice dei diritti soggettivi, in modo tale da escludere dal suo campo applicativo singole ipotesi nelle quali essa realizzerebbe una funzione distorta⁶⁴. L'ammissibilità di queste tecniche è subordinata all'essenzialità, per la promozione di valori costituzionali, della statuizione dell'efficacia della situazione giuridica comportata dalla norma

portata innovativa) le condotte personali e gli eventi pratico-economici giudizialmente perseguibili dagli interessati. In tal senso, una simile operazione decisoria presenta soltanto esteriormente i caratteri dell'interpretazione giuridica, mentre, nella sostanza, si esplica un fenomeno d'innovazione del diritto vigente. Similmente, E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, 11, asserisce che «l'interpretazione conforme sembra porsi al crocevia fra la dottrina dell'interpretazione e la dottrina delle fonti; fra l'attività di produzione normativa e l'attività di interpretazione». Naturalmente, per quanto si è detto, sarebbe meglio, in questi casi, parlare di "interpretazione (propriamente) adeguatrice", piuttosto che di "interpretazione (semplicemente) conforme".

⁶³ Ad es., Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627 ss.

⁶⁴ Ad es., Corte cost. 12 maggio 1988, n. 529, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1920.

impugnata in presenza della fattispecie non-contemplata ovvero della determinazione della sua inefficacia all'avveramento della singola fattispecie potenzialmente ricompresa nella previsione, rientrando altrimenti tali statuizioni nel campo dell'esclusiva discrezionalità del legislatore⁶⁵. Dal punto di vista sistematico, è corretto concludere che la pratica di emanare sentenze 'additive' o 'sostitutive' costituisce una forma specifica di applicazione diretta (c.d. *Drittwirkung*) dei principî costituzionali, espressamente riconosciuta dal diritto vivente⁶⁶.

Nell'esperienza giuridica, in taluni casi, si è presentata anche la necessità o l'opportunità di ricorrere a teoremi decisori riconducibili ad un paradigma più generale di applicazione diretta dei principî costituzionali e sovranazionali (c.d. *unmittelbare Drittwirkung*). Pure questo apparato decisorio opera, là dove si dimostri che i diritti e doveri degli interessati, ricavabili (in positivo o *a contrario*) dai potenziali significati (primario o secondari) degli enunciati legislativi in materia, si dimostrino contrari o inconferenti rispetto all'esigenza di attuare i principî costituzionali e sovranazionali. In tali casi, la Corte costituzionale, la Corte di giustizia o, a certe condizioni, lo stesso giudice comune⁶⁷ sarebbero abilitati a indicare i diritti e doveri dei contraenti, valutati necessari o opportuni per l'attuazione, nel caso concreto, di valori fondanti dell'ordinamento (*multilevel*), anche se non corrispondano ad alcun significato (nemmeno semplicemente figurato) delle disposizioni (con forza) di legge ovvero, addirittura, siano in contrasto con esse.

⁶⁵ Applicano questo parametro, ad es.: Corte cost. 27 feb. 1996, n. 55, in *Giust. cost.*, 1996, 382; Corte cost. 29 dicembre 1988, n. 1148, in *Giur. cost.*, 1988.

⁶⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt. dir. civ. com. dir.* A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni cont. P. Schlesinger, Milano, 2010, 389.

⁶⁷ Corte cost. ord. 21 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, p. 382, e Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035, statuenti la regola dell'ammissibilità della riduzione officiosa della caparra manifestamente iniqua. La portata dirompente di queste decisioni (sia pure in senso critico) è sottolineata da C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 47 ss. In vero, sotto il profilo tecnico, la Corte costituzionale si è limitata a suggerire il ricorso alla formula della nullità parziale per contrarietà al principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* (cfr. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 498, il quale, comunque, intravede in detto impianto valutativo i connotati della «applicazione diretta dell'art. 2 Cost.»). La soluzione ordinatoria del riconoscimento di un potere giudiziario di riduzione officiosa della caparra, tuttavia, appare maggiormente conforme ad un ragionamento applicativo, consistente nell'applicazione diretta del principio di solidarietà costituzionale (declinato, essenzialmente, come principio di proporzionalità) con funzione di equità correttiva (cfr. F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, 271 s., spec. nota 23; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, 27, spec. 29 ss.; G.L. SICCHIERO, *L'equità correttiva*, in *Contratto impr.*, 2021, 1174 ss.).

In tutti i modelli di applicazione indiretta o diretta dei principî, in campo civilistico, si presenta, costantemente, la valutazione che le pretese azionabili nei rapporti intersoggettivi sanciti dal significato letterale del testo normativo siano inidonee a soddisfare i parametri della civile convivenza fissati a livello costituzionale o sovranazionale. Il giudizio, poi, al di là del paradigma della semplice *judicial review*, si articola nella valutazione complementare dell'idoneità a soddisfare detti obiettivi di politica del diritto da parte di situazioni soggettive alternative, corrispondenti ad un significato secondario degli enunciati legislativi o del tutto estranee alle potenzialità semantiche del testo. È evidente che tutti questi processi mentali siano irriducibili allo schema della sussunzione, ma configurino un distinto ragionamento assiologico-teleologico, il quale risulta (prevalentemente) preordinato a dimostrare che determinate condotte personali o eventi pratico-economici contrastino o, all'opposto, favoriscano gli obiettivi di politica del diritto desunti dai principî costituzionali o sovranazionali.

Il metodo scientifico, nell'applicazione dei principî, non ha modo di consistere nella sussunzione, ma è concepibile in forme diverse. Il ragionamento assiologico-teleologico acquisisce caratura scientifica, se si utilizzano osservazioni ricavate dalle teorie elaborate dalle scienze sociali (soprattutto, la filosofia politica, l'economia politica e la sociologia). In tal modo, il ragionamento applicativo non presenta la struttura deduttiva (*i.e.* fondata su assiomi autoriferiti) propria della sussunzione e delle scienze naturali, ma segue lo svolgimento induttivo (*i.e.* imperniato su generalizzazioni empiriche) proprio delle scienze sociali. Ad ogni modo, non vengono meno quei caratteri di sistematicità e oggettività propri del metodo scientifico.

Alternativamente, lo svolgimento dei suddetti ragionamenti potrebbe impiegare anche una buona dose di argomenti retorici (c.d. topica)⁶⁸. L'obbligo di motivazione (oggettiva) di cui all'art. 111, comma 6, Cost. e il principio di ragionevolezza costituzionale⁶⁹, tuttavia, sembrano precludere il ricorso ad argomentazioni suggestive, fondate sull'uso di toni enfatici (*Ars Oratoria*)

⁶⁸ Su questo metodo di costruzione del ragionamento decisorio: G. GIAVAZZI, voce *Topica giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 414 ss.; F. CAVALLA, voce *Topica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 720 ss.

⁶⁹ Circa l'inerenza della razionalizzazione dei rapporti intersoggettivi (*i.e.* la loro idoneità a pervenire ad un'adeguata composizione degli interessi in gioco) al meta-principio costituzionale di ragionevolezza, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, cit., 404 s., e ID., *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermenutica giuridica di Emilio Betti*, in *Giuristi e loro opere. Un itinerario*, Napoli, 2022, 340 ss.

e su preconcezioni⁷⁰ capaci di suscitare delle forti impressioni nella massa dei consociati (topica).

Alla luce dei predetti rilievi, è corretto concludere che i ragionamenti applicativi dei principi, costituzionali e sovranazionali, pur divergendo dalla struttura logico-deduttiva della sussunzione, sono, comunque, congegnati secondo una metodologia scientifica. Specificamente, detti procedimenti mentali stabiliscono, in maniera induttiva, che, al cospetto di un fatto controverso, il compimento di determinate condotte personali o eventi pratico-economici non sia adeguato ovvero sia adeguato a favorire l'attuazione dei valori della civile convivenza, richiamando, 'asetticamente', le generalizzazioni probabilistiche⁷¹ elaborate dalle altre scienze sociali.

5. – L'attuale esperienza giuridica si dimostra caratterizzata dall'intreccio tra la tendenza del sistema legale (*i.e.* di legittimazione delle decisioni giudiziali) alla 'civiltà' dei provvedimenti coercitivi preposti a tutela dei diritti soggettivi e il dato socioeconomico del massivo ricorso alla tutela giurisdizionale delle pretese utilitaristiche azionabili nei rapporti intersoggettivi.

Nei tempi antichi – si è detto – la tutela dei diritti soggettivi era rimessa, soprattutto, all'autotutela e all'adozione di punizioni giudiziali, sì che la loro violazione rilevava, essenzialmente, in pochi processi penali. Questa situazione non sembra esser venuta meno neppure nel Medioevo, visto che, a quel tempo, i feudatari, sui quali si concentravano i diritti sui beni, avevano ampio margine di esercitare la violenza per difenderli. Di modo che, l'amministrazione della giustizia doveva essere focalizzata su pochi processi penali, nei quali, *ex ante*, si predispondeva l'uso della forza da parte di questi soggetti oppure, *a posteriori*, se ne verificava la legittimità.

Il quadro ha cominciato, progressivamente, a ribaltarsi, nell'Età moderna in conseguenza dell'affermazione del sistema economico del libero mercato.

Nel nuovo sistema economico, la divisione del lavoro⁷² e la conseguenziale generalizzazione del lavoro salariato hanno indotto la crescita esponenziale dei traffici giuridici e uno stato di continua reiterazione dei rapporti di cooperazione intersoggettiva, ai quali si associano una serie di violazioni dei diritti patrimoniali con una scarsa carica di antisocialità.

⁷⁰ In altri termini, si tratta dei c.dd. "luoghi comuni", come ad es., se, in un procedimento concernente un'appropriazione indebita, si sollevi l'argomento che i ricchi non hanno bisogno di rubare ovvero che i poveri rubano soltanto per necessità.

⁷¹ Ad esempio, l'osservazione empirica che le restrizioni della concorrenza tra imprese danneggiano il buon funzionamento del sistema economico, la quale è stata elevata ad assioma fondamentale dell'economia politica.

⁷² A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*, London, 1776.

Nei sistemi ante-capitalistici, quando la circolazione dei diritti sui beni era ancora poco sviluppata, si presentava una commistione tra diritto civile e diritto penale. Se qualcuno esercitava il possesso di un bene immobile altrui, aveva compiuto, verosimilmente un'occupazione abusiva. Allo stesso modo, se qualcuno era nel possesso di un bene mobile altrui, probabilmente, aveva commesso un furto. Sul versante dei rapporti obbligatori, visto che le prestazioni di servizio erano effettuate, prevalentemente, da schiavi o servi, l'inadempimento dell'obbligazione si presentava, eminentemente, quando il debitore, in maniera sconsiderata o fraudolenta, avesse fruito del godimento temporaneo di beni o denaro altrui che non era in grado di remunerare o restituire. In tutti questi casi, le condotte costituenti violazione dei diritti patrimoniali, avendo una portata antisociale di elevata intensità, giustificavano l'impiego della violenza privata in autotutela o la irrogazione di sanzioni penali (i.e. afflittive) da parte della pubblica Autorità.

In Età moderna, sicuramente, consolidandosi il monopolio dello Stato rispetto all'uso della forza coercitiva, il ricorso alla violenza privata per la tutela dei diritti è stato (tendenzialmente) bandito. Cionondimeno, anche all'origine del sistema capitalistico, è perdurata la profonda commistione tra diritto civile e diritto penale, dal momento che i provvedimenti restrittivi della libertà personale e dell'integrità fisica sono risultati, ancora per lungo tempo, affatto adeguati alla tutela giurisdizionale della proprietà privata e dei capitali. Sì che non stupisce che la forma istituzionale dello Stato di polizia, la quale è connotata dal dispiego di una massiccia e sproporzionata dose di forza (e di violenza) da parte degli apparati repressivi per la protezione degli interessi inerenti alla proprietà privata (soprattutto, dei mezzi di produzione) e alla ricchezza finanziaria, sia considerata come una (semplice) degenerazione dello Stato di diritto liberal-borghese.

Progressivamente, con la crescita sensibile della circolazione dei beni, si sono diffuse, prevalentemente, una serie di violazioni dei diritti patrimoniali di scarsa portata antisociale. Così, se qualcuno esercita il possesso di un bene (immobile o mobile) altrui, è probabile che egli sia acquirente in base ad un atto nullo. In tal caso, egli, una volta dichiarata la nullità, sarà, probabilmente, ben disposto a restituire il bene, anche per ottenere la restituzione del corrispettivo pagato. Nella medesima prospettiva, data la continuità dei rapporti di scambio, il debitore è portato ad adempiere spontaneamente, soprattutto, per non perdere il corrispettivo o l'opportunità di reiterare in futuro il commercio (alienazione o acquisto) dei beni o servizi. Di modo che, l'inadempimento si presenta, soprattutto, quando (inaspettatamente) il debitore sia divenuto insolvente. In tutti questi casi, si è detto, la violazione dei diritti patrimoniali presenta una bassa carica di antisocialità. Risultando le sanzioni penali (i.e. afflittive) sproporzionate in considerazione dello scarso livello

di antisocialità della condotta, si presenta l'esigenza di configurare distintamente i rimedi civilistici (*i.e.* reintegratori, compensativi o preventivi). Naturalmente, il processo di (tendenziale) separazione del diritto civile dal diritto penale è avvenuto in maniera tutt'altro che repentina. Emblematica è la vicenda dell'abolizione del carcere per debiti, la quale, in Italia, è stata sancita, soltanto a fine Ottocento, dalla l. 6 dicembre 1877, n. 4166, e, addirittura, ha acquisito valenza sovranazionale, molto tempo dopo, con l'art. 11 del Trattato ONU sui Diritti Civili e Politici del 1966 (entrato in vigore nel 1976)⁷³.

La separazione tra diritto civile e diritto penale si è ulteriormente consolidata nel tempo, per la ragione che i rimedi civilistici si sono dimostrati, progressivamente, maggiormente adeguati, rispetto alle sanzioni penalistiche, anche nel contrastare talune violazioni 'minori' (*i.e.* connotate da un basso livello di antisocialità) dei diritti della persona. In tali casi, da un lato, le sanzioni penalistiche possono risultare sproporzionate e, dall'altro, i rimedi civilistici si rivelano, spesso, maggiormente tollerabili dalla coscienza sociale. In detta prospettiva, sono emblematici gli orientamenti giurisprudenziali e gli interventi normativi in tema di danno biologico⁷⁴, lesione del diritto alla riservatezza⁷⁵ e illecito trattamento di dati personali⁷⁶.

Sì che, con l'avanzamento del capitalismo, le tecniche rimediali civilistiche hanno acquisito una netta preminenza sia rispetto alla tutela dei diritti patrimoniali(stici) che rispetto alla tutela dei diritti personali(stici). La civilizzazione dei provvedimenti coercitivi, evidentemente, rappresenta il prodromo dell'intensificazione esponenziale della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi.

Il quadro socioeconomico si è, maggiormente, evoluto, a mano a mano che l'economia di mercato ha acquisito i caratteri strutturali della produzione di massa dei beni di consumo e della diffusione dell'erogazione professionale di ogni genere di servizio per il benessere individuale (c.d. economia postindustriale). In detto contesto, oltre al fatto che è stata definitivamente acquisita la distinzione tra rimedi civili(stici) e sanzioni penali(stiche), il ricorso alla tu-

⁷³ Per un approfondimento, v. J. MUJUZ, *Imprisonment or Detention for Inability to Fulfil a Contractual Obligation or Pay a Debt(s)*, in *ItaLJ*, 2024, 229 ss.

⁷⁴ Decisivi, per l'emersione dell'assunto della piena risarcibilità del danno biologico indipendentemente dalla configurazione di un reato, sono stati, soprattutto, taluni scritti di Busnelli (F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., 417 ss.; ID., *Il problema della valutazione dei danni alla salute*, cit., 127 ss.).

⁷⁵ Per ampî riferimenti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Napoli, 2020, 107 ss.

⁷⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 110 ss., e 139 ss.

tela civilistica dei diritti patrimoniali è divenuto anch'esso (non soltanto comune, ma addirittura) sempre più massivo⁷⁷. Questo dato dell'esperienza giuridica ha (almeno potenzialmente) un impatto dirompente su (la scelta de) il metodo d'individuazione delle pretese intersoggettive perseguibili in giudizio.

Le esigenze, sollevate dalla deflagrazione del contenzioso giudiziale civilistico (*litigation explosion*)⁷⁸, inducono a rivalutare, relativamente, il ricorso al procedimento decisorio della sussunzione. Bisogna osservare che i ragionamenti, nei quali si esplica l'applicazione indiretta o diretta dei principî costituzionali e sovranazionali, se svolti con argomentazioni scientifiche, acquistano un elevato grado di complessità. In tal modo, essi risultano, di per sé, in distonia rispetto al bisogno di agile ripetitività prospettato dall'accesso di massa ai servizi giudiziari. Diversamente, l'applicazione delle disposizioni normative a struttura ipotetica, attraverso la sussunzione, presenta gli opportuni caratteri di semplificazione del ragionamento decisorio. All'inverso, data l'esigenza primaria di conservare e implementare la civile convivenza, è bene non trascurare il dato che essa, in concreto, potrebbe risultare disattesa dalla decisione della vincolatività delle condotte personali e degli eventi pratico-economici individuati col ricorso alla tecnica della sussunzione. Da tali osservazioni, discende, innanzitutto, la dimostrazione dell'assunto che non sia corretto che le operazioni mentali, preordinate a stabilire le pretese intersoggettive perseguibili in giudizio, si riducano esclusivamente all'applicazione dei principî o, in antitesi, alla sussunzione.

In detta prospettiva, poi, è bene osservare che, secondo la teoria del darwinismo giuridico, le determinazioni giudiziali desumibili attraverso la tecnica della sussunzione tendono a coincidere con quelle conformi agli ideali di civile convivenza espressi dai principî dell'ordinamento. Sì che, secondo un'impostazione gius-realistica⁷⁹, risulta opportuno ricorrere all'applicazione

⁷⁷ Le condizioni sociali, che hanno favorito un accesso massivo alla tutela giurisdizionale civilistica, si sono presentate in un periodo (relativamente) recente dello sviluppo del sistema capitalistico. Si è, autorevolmente, osservato che, dall'origine del capitalismo sino, ancora, alle società dell'epoca che arriva alla fine dell'Ottocento e ai primi del Novecento, «esisteva una massa di contadini analfabeti, che aveva al di sopra di sé un élite formata dall'aristocrazia operante attorno alle monarchie, la quale tollerava nel suo seno innesti provenienti dalla ricca borghesia agraria e dai notabili locali» (A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 464).

⁷⁸ Cfr. W. OLSON, *The Litigation Explosion. What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, Dutton, 1991.

⁷⁹ Sul realismo giuridico: A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958 (anche se, R. GUASTINI, *Realismo e positivismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2024, 395, segnala che la contrapposizione delle teorie di Ross al gius-positivismo sia soltanto il portato di un errore di traduzione del testo dal danese, all'inglese e all'italiano); G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; AA.VV., *American Legal Realism*

dei principi, soltanto quando sia conclamata l'inadeguatezza delle soluzioni ordinatorie stabilite dall'applicazione delle disposizioni normative a struttura ipotetica.

Date simili premesse, il giudice risulta legittimato ad effettuare dei ragionamenti applicativi maggiormente articolati. In prima battuta, è corretta la decisione dell'impegnatività delle condotte personali e degli eventi pratico-economici dedotti dagli enunciati legislativi a struttura ipotetica (letti in senso affermativo o anche *a contrario*), dopo che si sia proceduto all'interpretazione mediante i concetti scientifici consolidati e all'applicazione tramite la tecnica della sussunzione. In seconda battuta (eventualmente), se le soluzioni ordinarie, ricavate dal testo normativo, si rivelino affatto inique o poco adeguate rispetto ai valori emergenti della civile convivenza, il giudice sarebbe autorizzato ad adottare la decisione dell'impegnatività di vicende utilitaristiche eque o, comunque, maggiormente adeguate rispetto ai principi coinvolti⁸⁰. In tal

a cura di W.W. Fischer III, M.J. Horwitz e T.A. Reed, Oxford, 1993; D. RANCATI, "La realtà è caotica": il Nuovo Realismo Giuridico americano fra universalismo e relativismo dei diritti umani, in *Società e diritti*, 2018, III, 6, 83-93, spec. 86 ss. In prospettiva di *Law & Literature*, P.G. MONATERI, La "American Theory": nuovo realismo giuridico e lettura ontologica. A proposito dell'edizione italiana di François Cusset *French Theory*, Il saggiaiore, Milano, 2012, in *Cosmo*, 2, 2013, 129-144. Bisogna sottolineare che, per il realismo giuridico tradizionale, la correttezza delle decisioni giudiziali si basa sul canone dell'effettività dell'applicazione della norma impiegata (nell'esperienza di *civil law*) e sulla regola dello *stare decisis* (nell'esperienza di *common law*). In tal modo, queste tecniche d'individuazione normativa risultano neutrali sul piano della politica del diritto. In tal senso, appare condivisibile la ricostruzione di R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 401, il quale conclude che «il RG è una concezione apertamente positivistica del diritto». La ricostruzione del "neorealismo" giuridico, invece, si rivela assiologicamente orientata, in quanto l'adeguatezza delle decisioni giudiziali risiede, essenzialmente, nella loro legittimazione politica (*amplius*, F. MAISTO, *Il "Neorealismo" giuridico tra sussunzione e applicazione diretta dei principi*, cit.). Una simile caratterizzazione delle (potenziali) decisioni giudiziali è data dal rilievo dell'effettiva capacità delle condotte personali e degli eventi pratico-economici, reputati vincolanti, di perseguire il bene dell'ordinato sviluppo della civile convivenza tra gli individui. A livello operativo, si registrano due profonde divergenze rispetto al positivismo giuridico: l'applicazione anche diretta dei principi (i quali non presentano la struttura ipotetica delle norme di diritto positivo) e il riconoscimento della valenza decisoria delle fonti *extra ordinem*.

⁸⁰ Bisogna notare che, secondo una logica di contrapposizione, tali decisioni prospettano l'emergenza di nuove categorie già suggerite dalla dottrina più recente ovvero che andranno approfondite dalla dottrina successiva. Esempio è l'evoluzione dell'apparato decisorio del collegamento volontario tra contratti. Data la necessità di promuovere talune utilità economico-sociali, si rivela corretta la decisione giudiziale dell'impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici individuati per mezzo del criterio di giudizio che la causa dei singoli contratti collegati coincide con la complessiva operazione economica (cfr. F. MAISTO, *Il dilemma "contratti collegati in funzione di affitto di azienda o locazioni separate di beni aziendali?": teoria "funzionalistica" del collegamento contrattuale vs metodo tipologico*, in *Questa Rivista*, 2022, 33 ss.). In questo

modo: da un lato, si attua, sia pure in minor grado, un'economia della motivazione delle sentenze, la quale è imprescindibile data la massificazione dell'accesso ai servizi giudiziari; dall'altro, si evita l'autoreferenzialità delle decisioni giudiziali rispetto alle esigenze sostanziali della convivenza civile.

Si è visto che, nella società dei consumi connessa all'economia postindustriale, il ricorso, in sede giurisdizionale, al procedimento logico della sussunzione si giustifica, entro precisi limiti, soprattutto, per soddisfare l'esigenza di semplificazione della motivazione dei provvedimenti giudiziali indotta dalla massificazione dell'accesso ai servizi giudiziari. Minor rilievo, invece, ha la supposta attitudine a favorire gli ideali della certezza del diritto e della separazione dei poteri. Anche un simile assunto, però, non deve essere assolutizzato.

modo, il concetto che la causa di ciascuno spezzone di autoregolamento consiste nell'assetto d'interessi unitariamente programmato risulta, virtualmente, idoneo a soppiantare l'assunto opposto che ciascun contratto della serie è dotato di una propria causa ed è isolatamente in grado di perfezionare un tipo legale. Di recente, però, detto orientamento tradizionale è stato, sostanzialmente, ribadito da Cass. ord. 5 maggio 2022, n. 14320, in *Foro it.*, 2022, I, 2419. Il medesimo ordine d'idee è, solitamente, sostenuto anche dalla dottrina sul collegamento (v., tra gli altri, G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 237 ss. Si distacca soltanto marginalmente da questa visione la teoria della "doppia causa" prospettata da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 439 s. Egli sostiene che «nel collegamento negoziale, invece, le singole prestazioni sono autonomamente inquadrabili in distinti schemi causali [...] Nei contratti collegati deve pertanto identificarsi la causa parziale dei singoli contratti e la causa complessiva dell'operazione». Aderisce alla teoria della "doppia causa" anche A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, 38. Influenzato da questa dottrina, pure M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1231 s., fonda la distinzione tra "contratto unico a contenuto complesso" e "pluralità di contratti collegati", riprendendo la tesi suesposta. Così, secondo questo a., «si avrà collegamento negoziale quando le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se il loro insieme è finalizzato ad un risultato ulteriore rispetto a quello espresso nella causa dei singoli contratti». In giurisprudenza, la teoria della "pluricausalità" dei contratti collegati è stata, di recente, riproposta da Cass. 13 novembre 2024, n. 29288, in *Foro it.*, 2025, I, 2089. È evidente che una simile duplicazione del concetto di causa, implicando per definizione una ripartizione (e quindi una circoscrizione) delle questioni sciolte da ciascuna delle due declinazioni, impedisce di riconoscere una valenza decisoria generale (e non eccezionale) al rilievo della funzione unitaria complessivamente perseguita. Dal punto di vista operativo, poi, la teoria della doppia causa appare in contraddizione rispetto al costrutto dell'interdipendenza delle vicende dei contratti collegati, dal momento che una simile metafora evoca, all'opposto, il criterio di giudizio che (l'efficacia de) il singolo contratto si conserva (avendo una propria giustificazione causale), anche se la complessiva operazione economica risulta compromessa dall'inefficacia degli altri contratti della serie.

In tal senso, innanzitutto, è bene osservare che nell'esperienza giuridica sono in uso anche altre strategie autoritative per realizzare l'obiettivo della sostenibilità ed efficienza del sistema giudiziario. Tra queste spicca la tendenza ad emanare norme preordinate alla 'degiurisdizionalizzazione' della risoluzione dei conflitti d'interessi.

In ottica comparatistica, poi, risalta il dato che nella *common law* (in particolare) statunitense il metodo scientifico risulta, comunque, in posizione subordinata⁸¹ rispetto al *case method*⁸². Bisogna premettere che, in quell'ordinamento, la serialità (stabilità e prevedibilità) delle decisioni giudiziali è garantita, con ampi margini, dalla regola dello *stare decisis*⁸³. In un simile contesto, il *case method*, attraverso un confronto dialettico di tipo socratico (i.e. analisi comparativa dei *pros and cons*)⁸⁴, verifica la necessità di un *overruling*⁸⁵ o, più

⁸¹ In tal senso, autorevolmente, G. GORLA, *Le scuole di diritto degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 331, segnala che: «L'atteggiamento dogmatico, insistono gli americani, deve cedere, nella società moderna, ad un *problem solving spirit*».

⁸² Sul tema, v.: G. PASCUZZI, *Cosa intendiamo per «metodo casistico»?», in Foro it.*, 2016, V, 334 ss.; F. DE FRANCHIS, voce *Case Method*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 347 ss.; L. MOCCIA, voce *Common Law*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 17 ss.; A. GIULIANI, *Sistemistica e «case method» come metodi di istruzione giuridica*, in *Jus*, 1957, p. 320 ss.

⁸³ Riguardo la forza vincolante assegnata al precedente giudiziario, v.: R.B. SCHLESINGER, H.W. BAADE, P.E. HERZOG e E.M. WISE, *Comparative Law. Cases, Text, Materials*, 6th ed., New York, 1998, 267 ss. e 667 ss.; L. MOCCIA, voce *Common Law*, cit. Diffusamente, U. MATTEI, *Stare decisis*, Milano, 1988, *passim*, il quale distingue tra l'applicazione della regola nell'esperienza giuridica britannica e quella nell'esperienza giuridica statunitense. Sull'incidenza della regola dello *stare decisis* rispetto alla soluzione del problema del riconoscimento alla giurisprudenza della natura di fonte del diritto, degne di nota sono, soprattutto, le notazioni di P.G. MONATERI, *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, 386. In senso opposto, A. COSTANZO, *Il precedente come prisma della Teoria generale del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2022, 92, sostiene che «la forza dei precedenti, non può essere normativa perché l'interprete procede da una soluzione particolare a una ipotesi di soluzione generalizzabile, per cui il precedente è strutturalmente inidoneo a trasformarsi in un giudizio in termini generali e astratti». Per un approfondimento del tema della valenza dello *stare decisis* nell'esperienza giuridica italiana, v. F. CORTESE, *The value of judicial precedent in the Italian legal system*, in *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 1: 3-62, jan.-apr. 2016.

⁸⁴ G. PASCUZZI, *op. loc. ult. cit.*, rileva che «l'approccio casistico si accompagna, di regola, al metodo socratico».

⁸⁵ In vero, gli *overruling* hanno, sovente, una portata circoscritta. L'alternativa tra «precedenti-regola» e «precedenti di principio» caratterizza tutti i sistemi normativi a formazione giurisprudenziale. Per la *common law*, v. M. LUPOLI, *Un primo approccio comparatistico al 'diritto vivente': Francia e Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 234, sottolinea il dato che in quel sistema ordinamentale «la grande massa dei precedenti appartiene però all'altra categoria, quella dei precedenti-regola». Di modo che, come autorevolmente osservato, la regola dello *stare decisis* si esplica in una dinamica giudiziaria per cui «un giudice (inferiore), al quale sia sottoposto un caso *analogo* ad un altro

spesso, l'opportunità di una diversa considerazione del caso concreto (secondo l'artificio retorico che "l'eccezione conferma la regola")⁸⁶. Nello svolgimento dialettico del ragionamento, è naturale che si presentino i toni enfatici dell'oratoria e gli argomenti suggestivi propri della topica. In tal modo, si perviene, quando necessario, a perseguire l'ideale della giustizia del caso concreto. Anche se, bisogna avvisare, che l'eccessiva individualizzazione delle decisioni (c.d. giustizia *ad personam*) rappresenta un'arma a doppio taglio: essa può condurre alla massima giustizia del caso concreto, ma anche alla somma ingiustizia (privilegio o discriminazione degli interessati rispetto a casi simili) del caso concreto.

Da ultimo, vale la pena di prevenire un potenziale fraintendimento sul ruolo della sussunzione nella società digitale. Si potrebbe pensare che la valenza di questo metodo, d'individuazione delle pretese utilitaristiche coercibili nei rapporti intersoggettivi, favorisca l'intervento dell'A.I. nell'assolvimento dell'attività giurisdizionale. È evidente che la sostituzione del "giudice-automa della sussunzione"⁸⁷ con il *robot*-giudice⁸⁸ eliminerebbe, in radice, il problema della sostenibilità di un contenzioso giudiziale di massa. Bisogna osservare, tuttavia, che l'attività mentale della sussunzione – a differenza dell'originario sillogismo giudiziale – non procede, affatto, in direzione univoca⁸⁹. Al contrario, essa si svolge, considerando una serie di variabili indefinite⁹⁰, rappresentate dai diversi significati assegnati al testo normativo dalle contrapposte categorie scientifiche e dalle concorrenti soluzioni ordinarie abbinate a ciascun significato. Soprattutto, come si è detto, per ragioni di

già deciso da un altro giudice (superiore) in una sentenza precedente, deve decidere il caso nello stesso modo». In altri termini, con riguardo ai precedenti vincolanti, «la *ratio decidendi* di [...] tali decisioni deve essere applicata da ogni altro giudice chiamato a risolvere casi simili» (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. com.*, dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni cont. da P. Schlesinger, Milano, 2011, 263 e 328). Nella prospettiva di un simile passaggio dal particolare al generale (assimilabile al procedimento logico induttivo), E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in *Contratto impr.*, 2020, 1453, sottolinea che, in *common law*, «la *ratio decidendi* è ricercata dal giudice successivamente investito della decisione di un caso analogo e non da quello che pronuncia la sentenza che costituisce precedente».

⁸⁶ Questo tipo di "incoerenza ordinamentale" è abbastanza comune nei sistemi giuridici a formazione (preminentemente) giurisprudenziale, dal momento che caratterizza l'evoluzione della *common law* (cfr. M. LUPOI, *op. cit.*, 233 s.)

⁸⁷ R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a.M., 1986.

⁸⁸ S. MEDER, *Rechtsmaschinen*, Köln, 2020, 127 ss.

⁸⁹ *Retro*, nota 44.

⁹⁰ In detta prospettiva, A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 467, conclude che «essendo le variabili molteplici, è pressoché impossibile allo stato attuale delle conoscenze ipotizzare una "macchina del giudizio", che resta per ora un'utopia e un luogo dell'immaginazione, non già una prospettiva attuale, nemmeno di lungo periodo».

giustizia sostanziale (*i.e.* per il bene della civile convivenza), i ragionamenti applicativi non si esauriscono, necessariamente, nella sussunzione, la quale resta sempre subordinata rispetto all'applicazione dei principî. In tal senso, il procedimento logico, preordinato all'elaborazione della decisione giudiziale, si presenta come un'attività valutativa-qualitativa. La discrezionalità di detta operazione di combinazione di dati, consistente nella comparazione e selezione dei valori di civile convivenza in gioco, richiede che essa sia svolta non soltanto secondo scienza, ma anche con coscienza (*i.e.* consapevolezza di sé e visione del mondo/*Weltanschauung*)⁹¹, della quale sono provvisti soltanto gli esseri umani. La verità è che i sistemi computazionali informatici, per quanto complessi e autonomi, sono adatti a formulare valutazioni anche molto sofisticate, ma meramente quantitative (*i.e.* comparative di grandezze numeriche, piuttosto che di valori esperienziali). Naturalmente, fissati questi limiti, non c'è dubbio che l'A.I. risulterà di enorme utilità, come (mero) sussidio all'attività forense⁹², per affrontare le sfide poste dalla massificazione della richiesta di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Abstract

JURIS PRUDENTIA 2000

(THE LEGAL METHOD WITHIN CONSUMER SOCIETY)

Storicamente, il metodo scientifico si è affermato per l'individuazione delle pretese intersoggettive perseguibili in giudizio, soprattutto, perché si è rivelato capace di favorire la realizzazione di molteplici, a seconda del contesto, obiettivi socioeconomici di primaria importanza per lo sviluppo della società civile. Nella società dei consumi, merita di essere apprezzato, primariamente, il (potenziale) ruolo nella risoluzione delle problematiche sollevate dal ricorso massivo alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi.

Historically, the scientific method has established itself as a means of identifying subjective rights because it can realise various socio-economic goals. Within consumer society, the (potential) role in addressing the issues raised by the massive recourse to judicial protection of subjective rights is highly appreciable.

⁹¹ In tal senso, si rivelano profetiche le parole di von Jhering, secondo cui: «Il giudice non deve solo pensare, egli può e deve anche 'sentire'» (R. VON JHERING, *La giurisprudenza è una scienza?*, cit., 73).

⁹² Sul potenziale ruolo dell'intelligenza artificiale a supporto delle attività giurisdizionali, cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 468.