

Il metodo nel diritto commerciale *

FLORIANO D'ALESSANDRO **

ABSTRACT

L'autore sostiene che negli studi di diritto la questione dell'oggetto della ricerca non dovrebbe essere confusa con quella del metodo; e che la prima precede la seconda, così che il modo di affrontare questa dipende in larga misura dalla soluzione che si è data a quella. Egli dà alla prima questione il nome di «problema del positivismo giuridico» e quindi distingue cinque significati di tale concetto, giungendo alla conclusione che il positivismo, nonostante i suoi molti nemici, debba considerarsi sia (i) possibile, sia (ii) desiderabile. Negare ciò è possibile se, e solo se, si rifiuti la tradizione intellettuale e politica di *civil law*, la quale è basata sulla sovranità del popolo, la formazione democratica della legge ad opera dei rappresentanti eletti appunto dal popolo e la uguale soggezione ad essa di tutti i cittadini. Quanto allo *status* euristico della scienza giuridica, cioè delle asserzioni riguardanti l'interpretazione della legge, occorre riconoscere che è impossibile dare una dimostrazione assoluta e inconfutabile circa il significato da darsi ad un precetto legale «generale ed astratto» con riferimento ad un fatto singolo e concreto. Ciò nonostante, il sapere legale, quantunque imperfetto, è accettabile ed idoneo ad assolvere i suoi compiti pratici. Dopo tutto, non si dovrebbe dimenticare che la conoscenza umana è sempre imperfetta, anche se in grado differente: ed invero siamo oggi consapevoli che sia le scienze naturali (fisica, biologia, chimica ecc.), che sono basate sull'induzione, sia le scienze logico-matematico-geometriche, che sono invece di natura deduttiva, non danno alcuna garanzia di pervenire a verità assoluta; e tuttavia esse permangono della più grande utilità. Per ciò che attiene al metodo nel senso proprio del termine, non c'è molto da dire. Giuristi accademici e giudici si servono di un certo numero di attrezzi tradizionali (*argumentum a simili, a fortiori ecc.*) e, presto o tardi raggiungono, attraverso lo studio e la discussione, un'opinione comune circa la soluzione da darsi a ciascuno problema interpretativo. E ciò è tutto quanto occorre al conseguimento dello scopo essenziale, ossia alla determinazione di una regola *ex ante* di governo delle relazioni umane.

Parole chiave: diritto commerciale – metodo giuridico – positivismo giuridico

On method in business law

The author expresses the opinion that in legal studies the object of the enquire ought not to be confused with that of the method; and that the former comes first. Therefore, the way one can deal with the latter largely depends on the answer given to the former.

He names the first issue «problem of the legal positivism» and then identifies five meanings of such concept. He reaches the conclusion that positivism, in spite of its many enemies, is

* Questo scritto è destinato alla raccolta di studi in onore di Gustavo Visentini.

** Professore emerito, Sapienza Università di Roma; email: studiodolessandro@tiscali.it.

both (i) possible and (ii) desirable. Denial of such conclusion would be possible if, and only if, one refuses the western intellectual and political tradition (especially that of civil law countries) which is based on the sovereignty of the people, the democratic formation of the law and the equal subjection of all the citizens to it.

As to the heuristic status of legal science (that is of assertions about the interpretation of the law), one must admit that it is impossible to give an absolute and irrefutable demonstration of the meaning to be given to a «general and abstract» rule of law with reference to a specific and actual fact. Nevertheless, legal knowledge, although imperfect, is acceptable and apt to serve its practical goals. After all, one should not forget that human knowledge is always imperfect, even if up to different levels. As a matter of fact, we are aware that (i) natural sciences (physics, biology, chemistry and so on) which are based on induction and (ii) logical, mathematical and geometrical sciences which instead have a deductive nature, give no guarantee of an absolute truth; and even so they remain of great usefulness.

As far as the method (in the proper sense of the term) is concerned, little can be said. Legal scholars and judges make use of a number of traditional tools (*argumentum a simili*, *a fortiori* etc.) and sooner or later they reach, through study and discussions amongst themselves, a common opinion about the way to solve each interpretation problem. And that is all that is needed to ensure the essential scope, namely the establishment of an *ex ante* and consistent rule to govern human relationships.

Keywords: *business law – legal method – legal positivism*

SOMMARIO:

1. Premessa – 2. Giuristi e teorici del metodo – 3. La questione dell'oggetto viene prima di quella del metodo – 4. L'oggetto è (per me) il diritto positivo: cinque significati di «positivismo» – 5. Positivismo come scelta ideologica – 6. Il cimento del giurista positivo: dare alla *quaestio* concreta soluzione conforme con la regola generale e astratta – 7. La cassetta degli attrezzi – 8. L'utensile più chiacchierato: il cd. dogma giuridico e la teoria algoritmica della complessità – 9. Valore euristico del sapere giuridico e del sapere umano – 10. Il diritto e la giustizia dei tarocchi – 11. Specificità del metodo nel diritto commerciale? – 12. Il *modus operandi* del giurista e il «metodo Casablanca».

1. Premessa.

«L'unico metodo è quello di essere intelligenti». Non lo dico io. Lo dice il poeta (nella specie: Thomas Stearns Eliot). E gli fa eco un filologo e critico della statura di Gianfranco Contini: «non esistono grandi metodi critici; esistono grandi critici».

Se vogliamo dare retta a questi peraltro autorevoli signori, molti problemi si risolvono subito, anche se se ne apre qualcun altro.

Cominciamo da quello a cui, lo so, state tutti pensando: la mia mancanza di legittimazione, per usare il gergo di noi avvocati, a parlarvi del tema.

Avete perfettamente ragione, naturalmente.

Ma c'è di più.

Quand'anche quella legittimazione l'avessi, a che cosa servirebbe utilizzarla per dare indicazioni ad altri? Dalle premesse discende infatti che o gli interlocutori sono intelligenti (come è nel nostro caso), e allora non si può insegnare loro ciò che sanno già; oppure non lo sono, e allora non si può insegnare loro ciò che non hanno possibilità di apprendere. Un'impresa, per dirla in breve, che cessa di essere superflua solo quando diviene impossibile.

Paradossalmente (forse), sono proprio queste sconfortanti considerazioni che mi danno il coraggio di affrontare, nei ventisette minuti che (se ho fatto bene i calcoli) mi spettano, questo po' po' di tema con la leggerezza e l'incoerenza necessarie.

2. Giuristi e teorici del metodo.

Cerco dunque di procedere telegraficamente.

Una prima ragione di disagio che mi sembra di dover denunciare è la seguente.

C'è un confine, non certo impermeabile, ma tuttavia abbastanza netto, tra coloro che studiano i problemi di metodo e coloro che il metodo lo praticano nel loro quotidiano lavoro di giuristi, ma senza soffermarsi a riflettere e teorizzare su di esso, e spesso anche senza quasi saperlo, come monsieur Jourdain parlava in prosa.

Questa spaccatura è forse comprensibile, ma non certo commendevole. Alla mia mente, essa richiama il detto di Lao Tze: «chi sa fa; chi non sa fare insegna»¹. Il che non richiede che spieghi da quale parte mi collochi; o, meglio, aspirerei a collocarmi. Ed è una parte muovendo dalla quale il discorso sul metodo si presenta difficile per definizione. Onde mi sento pienamente legittimato (questa volta sì) a pretendere da voi (ed è qui che volevo arrivare) un giudizio improntato alla più generosa indulgenza su ciò che segue.

Scherzi a parte (ma credetemi: mi costa veramente grande sforzo mettere da parte gli scherzi): si tratta, a ben vedere, di un fenomeno sconcertante. Qualche significato dobbiamo attribuirgli? Qualche volta mi sorprendo a pensare che

¹ Non doveva pensarla molto diversamente Lorenzo Mossa quando scriveva (come ricorda anche Mario Libertini nel suo noto, magistrale saggio di alcuni anni fa): «Quando una scienza giuridica ha bisogno di teorizzare i suoi metodi, è segno che essa non è più all'altezza dei suoi compiti».

forse non c'è poi motivo di scandalizzarsi: dopo tutto, quello del pittore e quello del critico d'arte sono mestieri differenti, e nessuno ci trova da ridire. Ma è calzante il paragone?

Lascio a voi di giudicare. Intanto confesso un sospetto.

Da tempo rifletto, con preoccupazione, su un fenomeno che mi sembra non riscuotere l'attenzione che la sua gravità meriterebbe. Alludo al fatto che l'enorme crescita del nostro sapere collettivo in tutti i campi (eserciti di studiosi e ricercatori, oceani di pubblicazioni scientifiche in tutto il mondo) impone a ciascuno, nell'impossibilità di dominare un materiale così vasto, una scelta tragica: o rassegnarsi ad un generico dilettantismo, o ridurre l'area dei propri interessi allo studio di un settore sempre più limitato, muovendo dunque nella direzione di uno specialismo esasperato.

È superfluo che io mi intrattenga a segnalare i danni e i rischi che entrambi i corni del dilemma comportano.

Ciò che voglio dire è che, se anche la spaccatura tra teorici e pratici del metodo fosse una manifestazione della tendenza che ho appena denunciato, la cosa sarebbe ancora più grave.

Qui invero la parcellizzazione della materia non sarebbe di tipo verticale, se posso esprimermi così, ma di tipo orizzontale. Quando parlo di tagli, o confini, verticali, penso, per esempio, al caso di due anglisti, uno dei quali si occupi solo di teatro elisabettiano e l'altro invece, magari altrettanto esclusivamente, di memorialisti del Settecento. Sono oggetti di studio e di ricerca diversi e, entro ampi limiti, reciprocamente indipendenti. Ma come è pensabile separare e considerare reciprocamente indifferenti lo studio del metodo e quello di chi quel metodo è chiamato ad applicare? Come si può immaginare che possa costituire sapere specialistico quello che dovrebbe essere patrimonio comune a tutti i giuristi?

3. La questione dell'oggetto viene prima di quella del metodo.

Lascio a voi queste angosciose domande e passo oltre, per dire anzitutto che propendo a pensare che la questione del metodo sia distinta da quella dell'oggetto e che questa preceda logicamente quella.

Se ben si consideri, la situazione della nostra disciplina è un unico. Né il botanico, né il chimico, né il biologo si pongono (o almeno così pare a me, forse per ignoranza) il problema di stabilire quale sia l'oggetto della loro scienza.

Il giurista deve invece fare una scelta preliminare, ossia indicare quale sistema di norme intenda studiare. Il diritto italiano, quello inglese, quello romano sono oggetti diversi. Ma anche il gioco del polo, il bridge, il galateo, la mo-

rale islamica, lo statuto del mio *club*, la Torah sono o comportano sistemi di regole e, pertanto, possibili oggetto di indagine.

Quando ero giovane, insegnai per alcuni anni all'università di Sassari, ove ebbi occasione di conoscere ed apprezzare un collega, Antonio Pigliaru, che aveva studiato la vendetta barbaricina come ordinamento giuridico e aveva scritto un libro su di essa.

Si obietterà che non tutti i sistemi di regole, cioè di proposizioni prescrittive, sono ordinamenti giuridici. Ma qui la differenza specifica non mi interessa e sono comunque dispostissimo ad assegnarle lo *status* di questione stipulativa.

Ciò che mi preme è sottolineare come, molto prima che Santi Romano e qualcun altro si guadagnassero fama imperitura con la scoperta dell'acqua calda, ossia con la tesi della pluralità degli ordinamenti, fossimo tutti ben consapevoli di dover fare una scelta. O, meglio, due.

Anzitutto, naturalmente, la scelta di quale ordinamento, tra i tanti possibili, eleggere ad oggetto di studio. In secondo luogo, la fissazione dei rapporti tra l'ordinamento prescelto e gli altri, eventualmente con esso concorrenti, specie se di rango equiordinato o sovraordinato.

4. L'oggetto è (per me) il diritto positivo: cinque significati di «positivismo».

Diamo a questo tema, tanto per intenderci, il nome di questione del positivismo e guardiamolo più da vicino.

Consideriamo tutti ovvio che il diritto come lo concepiamo oggi è il frutto di un lungo processo evolutivo, attraverso il quale il fenomeno è venuto distinguendosi ed emancipandosi rispetto ad altri: la magia, la religione, la manica, l'etica, il c.d. diritto naturale, la politica, oggi, se si vuole, l'economia, la sociologia ecc.

Per alcuni questo processo si corona non solo con la riconosciuta e riconoscibile specificità dell'ordinamento giuridico rispetto ad altri sistemi di regole; ma anche con la sua chiusura esclusiva ed impermeabile rispetto a quelli.

Per altri, invece, siffatta chiusura non sarebbe ermetica, dovendo la valutazione strettamente giuridica tenere conto anche di altri valori e di altre regole, e talvolta perfino cedere il passo ad esigenze considerate di ordine superiore.

L'istanza positivista e quella antipositivista si possono tuttavia porre su piani diversi, che conviene distinguere, a costo di perdere qualche prezioso minuto.

Mi provo dunque ad indicare cinque distinti significati di «positivismo», senza pretendere che l'elenco sia completo.

Sul piano teorico, vi è chi considera addirittura illusoria qualunque possibilità di controllare *ex ante*, attraverso le norme di legge, l'operato del giudice (questo scetticismo radicale circa le possibilità di limitare l'arbitrio dell'interprete trova icastica espressione in Manzoni: «perché, vedete, a saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo, e nessuno è innocente»). È una posizione estrema, che credo infondata, sulla quale comunque tornerò.

Ad esiti simili, ma basati questa volta su argomenti psicologici, perviene una corrente di pensiero convinta che il giudice raggiunga d'istinto e immediatamente la decisione e si serva poi di richiami alla legge per dare una giustificazione *ex post* alla sua conclusione. È pressappoco la dottrina dello *smell test* (goffa traduzione inglese dell'espressione napoletana «giurisprudenza del fetente»). Anche qui, le generalizzazioni radicali mi sembrano esagerate, ma la verifica pare difficile, a meno che non sia affidata all'auto-analisi di ciascuno di noi. Se posso dire qualcosa circa la mia auto-analisi, anche di esperienza concreta (ho fatto e faccio spesso l'arbitro; o rendo, ciò che ai fini che ora interessano è quasi lo stesso, pareri *pro veritate*), dovrei esprimermi negativamente. I fenomeni del genere pre-comprensione mi sono infatti ignoti. Se tutto va bene, arrivo lentamente e faticosamente ad una *post* (molto *post*) – comprensione. Ma questo, naturalmente, può essere un problema mio.

Ciò che invece ha rilevanza generale è che alla pre-comprensione, anche quando c'è, non va comunque attribuito credito incondizionato, ma solo dopo averla sottoposta ad attenta verifica. Incombe altrimenti il rischio di cadere in quella che chiamerei la giurisprudenza della Regina di Cuori (tutti ricordiamo *Alice nel paese delle meraviglie*: «Prima la sentenza e poi il verdetto»; ossia, rovesciando il ben noto, tradizionale sistema processuale anglosassone, prima la decisione del giudice che applica la pena e poi il verdetto della giuria, cui è attribuito il compito di rispondere alla domanda «*guilty/not guilty?*»), ossia di stabilire se l'imputato ha commesso il fatto oppure no). Si tratta cioè di uno dei modelli di quella fallacia da inversione che è il peccato capitale contro il metodo e non solo.

Penso che ci si possa sbarazzare in fretta del positivismo che vorrei chiamare (sperando di non generare confusione con la proclamata diversità dei piani) metodologico. Se mi riprometto di individuare la soluzione della *quæstio* esclusivamente sulla base di un determinato sistema di norme, compio in ogni caso un sensato e forse utile esercizio intellettuale. Ma non posso illudermi di aver raggiunto un risultato definitivo se prima ed *aliunde* non ho accertato che quel sistema è chiuso, ossia non suscettibile di integrazione, deroga ecc. in forza di fonti esterne.

Ho lasciato in ultimo i due significati più importanti.

La vostra indulgenza nei miei confronti si spinge fino al punto di permettermi di battezzare il primo di questi due come «positivismo positivo»? Utilizzo, e me ne scuso, l'atroce sintagma per riferirmi al caso che la chiusura del sistema risulti espressamente da una disposizione contenuta nel sistema stesso. Caso non tanto di scuola, come si vede quando si consideri che la storia fornisce esempi di ordinamenti contenenti addirittura ... il divieto di interpretazione.

Il tempo incalza e non posso indugiare su questo interessante punto².

Mi limito ad osservare che nel concreto anche le chiusure espresse e più ermetiche finiscono per lo più col convivere con clausole generali che autorizzano l'interprete a ricorrere a parametri o sistemi di regole extra-positivi. Se in qualche caso di questi si potrebbe forse riuscire a fare a meno (si pensi alla c.d. formula di Learned Hand per la misura della diligenza), più spesso (correttezza, buona fede, ragionevolezza, equità ecc.) si tratta di tecnica veramente difficile da evitare. Peraltro, si potrebbe forse dire, quantunque con qualche cautela (per evitare di finire nel gioco di parole), che il positivismo non è violato se il ricorso a regole extra-testuali è autorizzato, in qualche misura, dalle stesse regole testuali.

Aggiungo poi, ancorché ovvio, che la più solenne e radicale dichiarazione di auto-chiusura di un sistema in tanto regge in quanto l'interprete sia disposto a non ammettere sistemi sovra-ordinati rispetto a quello contenente la clausola di chiusura.

5. Positivism come scelta ideologica.

L'ultimo rilievo ci introduce infine a quella che per me è la questione, in qualche modo centrale, del positivismo in senso ideologico.

Il sistema politico-giuridico occidentale (nel quale mi riconosco, per quanto sto per dire, incondizionatamente) è basato sulla sovranità del popolo, che la esercita attraverso i propri rappresentanti eletti a suffragio universale, ai quali compete la funzione legislativa. La funzione giurisdizionale compete invece ai giudici, che costituiscono un potere separato e indipendente, però soggetto alla legge e solo ad essa.

Il sacrificio della mia personale libertà sull'altare dell'organizzazione de-

²La questione cui alludo nel testo è quella di stabilire se clausole di chiusura del sistema possano trovare collocazione all'interno del sistema stesso senza che ciò configuri violazione della regola logica che fa divieto, sotto pena di gravi fallacie ed aporie, ad una proposizione di asserire qualcosa che riguardi sé stessa (si ricordi il cretese che affermava che tutti i cretesi sono bugiardi).

mocratica dello Stato di diritto in tanto si giustifica e si legittima in quanto si concreta nella soggezione ad una legge formata col concorso di tutti ed uguale per tutti.

È certamente un pessimo sistema (vogliamo ricordare almeno Rousseau?)³. Ma tutti gli altri, chiosava Winston Churchill, sono peggiori.

Esso presenta se non altro un inestimabile vantaggio. Quello di affrancare l'uomo, tutti gli uomini, dal dominio dell'uomo, per renderlo soggetto solo al dominio della legge, che è uguale per tutti.

Perché quest'obiettivo sia realizzato occorre tuttavia (occorre appunto) che il giudice non mi applichi una regola da lui creata *ad hoc* ed *ex post* su misura per me. Ma mi applichi la regola preconstituita ed uguale per tutti che sta nella legge, come vuole uno dei primissimi principi onde è contraddistinto appunto lo Stato di diritto.

E chiedo scusa se indulgo in queste banalità. Ma, poiché esiste una agguerrita e autorevole corrente di pensiero che è schierata in modo dichiaratamente ostile ai principi appena espressi (per citare l'ultimo contributo di uno dei più illustri rappresentanti, v. il recentissimo saggio di N. LIPARI, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1427 ss.), mi è parso doveroso dire in modo netto e franco da che parte sto. Se si tratta, come qualcuno dice, di «plagio illuministico», ebbene, desidero dichiarare che ne sono pienamente vittima.

Sottolineo tuttavia con forza che la scelta di campo di cui ora si tratta non è in alcun modo dimostrabile. Non c'è modo di stabilire chi ha ragione e chi ha torto (se la realtà è bianca o nera), ma, come sempre avviene in questo genere di questioni, si può solo prendere atto che alcuni preferiscono il bianco ed altri il nero. Possono aspirare ad avere valore euristico affermazioni che concernono l'essere; il dover essere è inconoscibile e, come tutti sappiamo, almeno dopo Kelsen, si può solo sperare di mettersi d'accordo circa la postulata (se si vuole: stipulativa) scelta di vertice circa quale debba essere considerata la *Grundnorm*. È per questo che ho presentato come ideologico l'ordine di considerazioni che sto adesso svolgendo.

Spero sarò perdonato se ancora insisto qualche poco su questo punto, ma mi preme mettere bene in chiaro la mia posizione in proposito. Per me la c.d. «legge di Hume», il prezioso lascito dell'illuminismo scozzese, ha un'importanza fondamentale nelle scienze umane, paragonabile a quella che in astro-

³ In proposito, apro una parentesi per dire che ai miei occhi appare davvero incredibile come la critica al sistema possa essere fatta ancora oggi in nome della democrazia diretta (o di qualche forma della medesima). Che società altamente complesse, come quelle avanzate contemporanee, possano essere organizzate in questo modo mi sembra ripugni al più elementare buon senso.

nomia ha avuto la rivoluzione copernicana. Essa ha posto fine irrefutabilmente e per sempre ad ogni illusione circa la possibilità di «fondare conoscitivamente i giudizi di valore». Ciò ha determinato la crisi definitiva e irreversibile (be': c'è ancora chi è convinto che la terra sia piatta!) del diritto naturale. Secondo qualcuno, avrebbe scosso le fondamenta anche del diritto positivo, e ciò perché in qualche modo questo trovava in quello una sua fonte ultima di legittimazione. A me sembra, al contrario, che, emancipato dalla ingombrante presenza di pretesi valori oggettivi asseritamente più alti, e dunque dalla imbarazzante necessità di doversi con essi confrontare, il diritto positivo possa ormai rivendicare una sua indipendente e laica ragion d'essere e una sua più spiccata dignità e autonomia.

6. Il cimento del giurista positivo: dare alla quaestio concreta soluzione conforme con la regola generale ed astratta.

In questa intelaiatura concettuale si annida peraltro una contraddizione. Se la legge deve avere i caratteri indicati, occorre che i suoi precetti siano generali ed astratti. Più un precetto è generale ed astratto, più alto è tuttavia il rischio che la sua utilizzazione per normare l'infinita varietà dei casi concreti metta capo talvolta a risultati non univoci.

A me sembra che il problema sia tutto qui. Il che peraltro non è poco.

Per banale che sia, forse non è del tutto inutile invero sottolineare che neppure i sostenitori più radicali del carattere creativo in senso forte dell'interpretazione intendono negare la possibilità di comunicare attraverso il linguaggio, quasi che il testo della legge fosse un coacervo di segni indecifrabili e inadatti a veicolare qualunque significato. I loro strali si appuntano piuttosto sullo iato profondo che intercorre tra il precetto immobile, generale ed astratto, da una parte, e la miriade di imprevedibili e sempre diverse occorrenze della vita, dall'altra parte; onde sarebbe illusorio credere che nel primo sia possibile trovare univoca risposta ai nuovi quesiti che dalle seconde incessantemente sono posti.

La difficoltà è naturalmente reale, quantunque sia spesso esagerata⁴.

⁴La questione ha stretti rapporti, con quella della incertezza del diritto e della imprevedibilità della decisione del giudice. Su questo punto, a scanso di equivoci, è necessario tenere a mente almeno due considerazioni.

La prima: non si deve dimenticare che il compito del giudice non è solo quello dell'interprete, ma anche, e prima ancora, quello dello storico. Poiché la struttura della norma è «se A, allora B», la decisione comporta lo scioglimento di diverse e distinte questioni: (i) che cosa

Tuttavia la soluzione c'è, e consiste nel dare alla *quaestio* perplessa (non già la risposta che l'interprete darebbe se fosse lui il legislatore, come prescrive al giudice l'art.1 del codice civile svizzero, bensì) la risposta che si può presumere avrebbe dato lo stesso legislatore (naturalmente non inteso in senso storico e psicologico) se avesse preso in considerazione il caso.

In altri termini, la regola mancante va ricostruita ricercando la soluzione che si inserisca in modo più armonico, che obbedisca ad una linea di maggiore continuità, rispetto al tessuto di quelle legificate.

Per ricorrere ad un'immagine che mi piace particolarmente e della quale ho già fatto uso altre volte, dovuta alla penna illustre di Philipp Heck, il compito è simile a quello di chi debba restaurare un antico dipinto reso lacunoso dalle offese del tempo: occorre riempire i vuoti facendo il massimo sforzo per ricostruire quello che secondo ogni ragionevole elemento può assumersi fosse l'originale.

7. La cassetta degli attrezzi.

Come si fa?

Nell'officina dell'interprete, come in ogni altra officina, c'è una panoplia degli attrezzi, che tutti conosciamo e maneggiamo da secoli. L'argomento *a simili*, quello *a contrario*, *a fortiori*, per assurdo, storico, teleologico, sistematico, desunto dalle conseguenze ecc. Provando e riprovando, attraverso errori e correzioni, la comunità degli interpreti, pratici e teorici, finisce per lo più per trovare un accordo, almeno a maggioranza.

Che valore possiamo assegnare a questa soluzione? Cercherò di rispondere tra poco. Intanto voglio riaffermare che l'essenziale non è in ciò. L'essenziale – ribadisco – è che la soluzione non pretenda di legittimarsi in base ai valori dell'interprete, ai quali non riconosco alcunissima autorità, e neppure in base a quelli che l'interprete vede (o crede di vedere) galleggiare, per così dire, nell'ambiente sociale in cui vive, bensì in base a ciò che, secondo scienza e coscienza, l'interprete considera essere i valori della legge.

significhi A; (ii) che cosa significhi B; (iii) se effettivamente ad A consegue B; (iv) se effettivamente si sia verificato A. Di queste questioni, solo le prime tre hanno natura di interpretazione della norma. L'ultima richiede invece un'indagine di fatto. L'incertezza del risultato può ben derivare dalle difficoltà contingenti di quest'ultima indagine (distribuzione dell'onere probatorio, disponibilità delle prove, loro apprezzamento ecc.).

La seconda considerazione è che, almeno in astratto, al giudice si ricorre solo quando vi è incertezza. L'uomo razionale non dovrebbe avere motivo di affrontare un giudizio se è sicuro di riuscire soccombente. Ne viene che valutare la certezza del diritto dalla possibilità di prevedere *ex ante* le decisioni effettivamente rese dai giudici è necessariamente fuorviante.

Scrivendo queste cose, mi è tornato in mente l'episodio narrato da uno scrittore divenuto molto di moda in queste ultime settimane: Javier Marias. Il protagonista del romanzo è un traduttore. Nel prestare la sua opera in occasione dell'incontro tra due alti funzionari governativi, uno spagnolo e l'altra inglese, anziché tradurre correttamente le battute di circostanza e alquanto anodine che i due si scambiano nelle rispettive lingue, introduce nel dialogo di sua iniziativa frasi di carattere personale e suggestivo, quasi ad avviare un corteggiamento da una parte, e ad incoraggiarlo dall'altra. Può darsi (il libro non lo dice) che grazie a ciò sia nata quella benedizione degli dei che è un grande amore, e che dunque l'intervento del cupido improvvisato sia stato benefico. Ma l'esempio non è da seguire: il traduttore è anch'egli un interprete (e infatti sulla tecnica e teoria della traduzione si discute tra gli addetti ai lavori letterari non meno di quanto discutano di interpretazione i giuristi): e dall'interprete si esige prima di tutto fedeltà.

8. L'utensile più chiacchierato: il c.d. dogma giuridico e la teoria algoritmica della complessità.

Voglio ora tornare alla questione degli attrezzi per dedicare qualche parola al più chiacchierato di essi: l'argomento dogmatico.

Sul tema mi intrattenni rapidamente già alcuni anni or sono, e posso ripetere adesso quelle riflessioni senza tema di annoiare, tanto non se ne accorse nessuno.

Osservavo dunque allora, sulla scorta dei saggi di un informatico (GREGORY J. CHAITIN, *Teoria algoritmica della complessità*), che l'intelletto umano si sforza di dominare la complessità comprimendola, ossia riportando una massa di dati, di dimensioni eventualmente anche ingentissime, ad una formula semplice, che tuttavia riesca a rappresentarli tutti.

Per spiegare come ciò possa avvenire, ricorro al più banale degli esempi: una curva si compone di un'infinità di punti, onde la sua descrizione comporterebbe una serie altrettanto infinita di proposizioni, ciascuna delle quali destinata ad individuare la collocazione di un punto, in un sistema, per dire, di assi cartesiani. Eppure, una equazione, anche elementare, può fornire da sola la rappresentazione dell'intera curva. Le formule capaci di comprimere in una rappresentazione semplice una grande quantità di dati prendono appunto il nome di algoritmi.

Il dogma della dottrina giuridica è un algoritmo, ossia una rappresentazione semplice ("compressa") di una serie di regole.

Così, per fare il primo esempio che mi viene in mente, è pensabile che l'interprete di un determinato ordinamento, scrutinate le regole positive riguardanti l'ipotesi di una pluralità di condebitori di un unico creditore per un'unica prestazione, e rilevato che, secondo tali regole, ogni vicenda si ripercuote in modo identico su tutti, formuli il dogma-algoritmo del rapporto obbligatorio unico facente capo a più soggetti per il lato passivo (schema c.d. «correale»).

Siffatto schema, non si limita a rappresentare tutte le regole positive concernenti la figura (nonché le altre, da quelle ricavate interpretativamente), dalle quali è desunto induttivamente. Esso ha anche una potenziale capacità di generare, allora deduttivamente, ulteriori regole, costituenti sviluppo delle sue virtualità logiche (per es.: se il rapporto è unico, allora il termine di prescrizione sarà lo stesso per tutti e maturerà per tutti nello stesso momento; e così via).

Sappiamo bene che questo modo di ragionare è fallace, che esso comporta una indebita inversione, che le regole vanno desunte dalle regole e ad esse va poi adattato il dogma, e non viceversa, ecc.

Tuttavia, non si deve essere bigotti neanche in ciò. Non si deve dimenticare che, in mancanza di meglio, anche il dogma può servire a costituire quella continuità con il testo che costituisce l'obiettivo dell'interprete. Né si deve dimenticare che anche il legislatore si esprime di solito nel linguaggio tecnico del giurista, onde le regole positive sono inevitabilmente materiate anch'esse almeno in parte di concettualità dogmatica⁵.

Ciò che va evitato ad ogni costo è il c.d. «giusnaturalismo logico» (la peg-

⁵ Il legislatore è consapevole che la regola A, implica, secondo la comunità dei giuristi, le regole $a^1, a^2, a^3, \dots a^n$. Dettare la regola A comporta dunque la conseguenza di imporre anche $a^1, a^2, a^3, \dots a^n$. Se il disegno è diverso, la legge che impone A dovrà aver cura di dire «tuttavia, non troverà applicazione [poniamo] a^3 ».

Nel gioco di queste implicazioni, è relativamente indifferente che il legame, tra il dogma (la regola generale) e le regole specifiche costituenti il contenuto del dogma, sia stabilito dalla legge o dall'interprete o attraverso il contributo di entrambi. Il legislatore «sa» (perché lo ha stabilito egli stesso o perché così è orientata la *communis opinio* dei giuristi) che, se dispone che un certo atto in certe condizioni è nullo, l'interprete ne dedurrà che esso (i) resterà inidoneo a produrre qualunque modificazione della realtà giuridica preesistente, (ii) che ciò potrà essere dichiarato dal giudice ad istanza di qualunque interessato o anche d'ufficio e (iii) in qualunque tempo, che (iv) non saranno possibili convalide ecc. Pertanto, se (come oggi sempre più spesso avviene) alcune di queste regole specifiche non siano volute, occorrerà che il testo normativo lo dica espressamente. Si tratta, in altre parole, di costruire un linguaggio tecnico, composto da un numero limitato di termini, a ciascuno dei quali è attribuito un significato rigorosamente definito, di guisa da permettere, attraverso la loro combinazione, la formulazione di proposizioni prescrittive di senso quanto più possibile univoco (e si ricordi la preziosa immagine jheringhiana della dogmatica quale «alfabeto» della lingua giuridica).

giore specie di giusnaturalismo), ossia l'idea ingenua che il dogma sia, per così dire, un'entità ontologica platonica, una verità più alta ed assoluta in quanto garantita dalla logica, che preesiste alla norma e che si impone ad essa, costituendo pertanto un limite insuperabile anche per lo stesso legislatore.

Se da questo errore ci si guarda, si impara a maneggiare lo strumento con le dovute cautele, così da permettergli, da un lato, di prestare i preziosi servizi che esso può rendere ai fini della certezza del diritto, e di impedirgli, dall'altro lato, di produrre i guasti costituiti da soluzioni incongrue sotto ogni aspetto che non sia quello di una formale ed astratta consequenzialità pseudo-logica. Ciò dovrebbe, con buona pace della scuola di Tubinga, impedire di cadere nella *Inversionsmethode*. Tenendo presente, peraltro, che quest'ultimo rischio è probabilmente meno grave di quanto correntemente si creda, se è vero, come dirò tra poco (v. appresso, § 10), che in realtà molte delle regole dettate dalla legge hanno solo o prevalentemente funzione di coordinamento e di omologazione di comportamenti, e sono pertanto tendenzialmente neutre sul piano degli interessi in gioco.

9. Valore euristico del sapere giuridico e del sapere umano.

Quale valore euristico ha tutto questo? Poco, naturalmente. Ed è tradizionale il complesso di inferiorità del giurista rispetto ai cultori delle scienze «vere», o, come altri dice, «dure».

Si propende oggi a riconoscere infatti piena dignità scientifica solo a due gruppi di discipline: le scienze della natura (chimica, fisica, biologia ecc.) e quelle logico-matematiche.

Orbene, il valore euristico delle prime è fondato sull'induzione sperimentale. È noto però che le generalizzazioni induttive non sono verificabili (abbracciano un numero infinito di ipotesi, mentre gli esperimenti di controllo sono sempre in numero finito), ma solo falsificabili (se un solo esperimento dà esito negativo, allora la legge «per ogni A si dà sempre B» non è più valida). Meglio di lunghi discorsi, lo spiega la storiella del tacchino induttivista di Bertrand Russell: poiché ogni mattino vedeva comparire un uomo che recava cibo ottimo e abbondante, era giunto alla conclusione che ciò si sarebbe ripetuto per sempre; ma il giorno del Ringraziamento l'uomo si presentò senza cibo e gli tirò il collo.

Apparentemente migliore è lo *status* delle discipline logico-matematiche, atteso che esse non si basano sull'osservazione empirica della realtà, ma sviluppano deduttivamente premesse date, e quindi conseguono risultati essen-

zionalmente tautologici. Anche qui, tuttavia, non c'è da farsi soverchie illusioni. I teoremi di Gödel, per quel poco che ne capisco, dimostrano che neppure i sistemi assiomatici più rigorosi sono immuni da difetti che ne compromettono l'affidabilità.

E dunque? Dunque la conoscenza umana è imperfetta e approssimativa in ogni campo. Sempre si procede per tentativi, errori e correzioni, verso risultati via via migliori e più attendibili, ma mai definitivi.

Tuttavia, saliamo su un aereo che, grazie a migliaia di fallaci cognizioni induttive e inaffidabili calcoli matematici, ci porterà a dieci chilometri di altezza e, in poche ore, in un altro continente e non siamo affatto preoccupati.

Dovremmo preoccuparci degli errori del giurista e, soprattutto, del giudice? Non particolarmente, penserei, se essi sono in buona fede e convinti in scienza e coscienza che la regola affermata è quella imposta dalla legge e non quella, magari diversa, che essi personalmente vorrebbero o considererebbero, in virtù di un qualche loro individuale criterio, più «giusta».

10. *Il diritto e la giustizia dei tarocchi.*

Qui vorrei aggiungere una cosa, sperando di non scandalizzarvi.

Temo che, quando pensiamo a questi temi, siamo tutti inconsapevolmente influenzati dall'immagine di quella matrona popputa, così cara agli scultori accademici della *belle époque* (ma la tradizione iconografica è, come si sa, millenaria, e non risparmia neppure i tarocchi), con una bilancia in una mano e una spada nell'altra, nonché con una benda sugli occhi (ottima cosa quest'ultima per quanto riguarda il maneggio della bilancia; mi ha sempre un po' preoccupato invece il maneggio alla cieca anche della spada).

Oggi il diritto ha in realtà poco a che fare invece con la giustizia. Non nel senso che sia ingiusto, ma nel senso che si muove, o almeno si muove prevalentemente, su altri piani. Quando la legge stabilisce che un certo macchinario può essere ammortizzato in tre anni, che i veicoli circolanti sulla pubblica via debbono tenere la mano destra, che la presenza di un certo conservante negli alimenti non può superare una determinata percentuale, che la responsabilità delittuale si prescrive in cinque anni (non in quattro, né in sei), che le deliberazioni di un'assemblea condominiale devono essere impugnate entro trenta giorni (non, poniamo, entro un mese), ecc. ecc., la signora Giustizia non sembra tirata in campo.

Si tratta di materie che devono essere regolate, ed è bene che la regola sia, oltre che stabile, chiara e certa (ciò che il nostro legislatore purtroppo non

sembra aver capito). Ma, entro certi limiti (e a volte anche senza limiti: si pensi alla mano di circolazione dei veicoli), è indifferente quale sia il contenuto della regola. Mentre, in altri casi, questa risponde ad esigenze che sono solo tecniche (anche se non per ciò meno importanti).

Significano questi rilievi adesione alle tesi di chi, anche molto autorevolmente, pensa che il diritto, specie quello di cui ci occupiamo, sia o debba essere destinato a risolvere essenzialmente problemi di efficienza e dilemmi del prigioniero, e non già problemi distributivi?

Non me la sento di buttar lì risposte ad un quesito così impegnativo, specie in un'occasione come questa, in cui non potrei comunque motivare.

E neppure mi sento di sciogliere il dubbio, che in realtà nutro da tempo senza riuscire a liberarmene, se quella tesi sia diversa da una versione del teorema di Coase e se allora, per chi sia così orientato, sia aperta la via ad un forte ridimensionamento della funzione del diritto.

Ci troviamo dunque davanti a due scuole di pensiero. Una raccomanda che la legge si occupi solo di favorire l'efficienza del sistema economico. L'altra sembra dirci che il sistema economico raggiunge comunque da sé l'efficienza, qualunque sia la base legale di partenza.

Si tratta di questioni che toccano in profondità i massimi sistemi e che, come tali, vanno ben oltre le ambizioni di questa chiacchierata alla buona. Prima ancora, essi si collocano su un piano che trascende quello del metodo e della interpretazione.

11. *Specificità del metodo nel diritto commerciale?*

Mi avvio alla conclusione con qualche rilievo circa le specificità del diritto commerciale e circa il metodo dell'indagine in senso proprio.

In linea di principio, sono riluttante a pensare che vi siano differenze significative nel metodo di studio di un settore o di un altro dell'ordinamento giuridico (o, forse, perfino di ogni altro sistema di norme). Ciò vale, secondo me, anche per la nostra materia. Sono consapevole naturalmente dell'antica ed illustre tradizione risolutamente orientata in senso opposto, ma credo che le sue ragioni siano ormai storicamente superate.

Certo, riallacciandomi a quanto dicevo poco fa, la materia commerciale è assai più neutra di altre; di quella civile in senso stretto, per esempio. E ognuno vede che il richiamo del personale *Rechtsgefühl* si farà sentire con maggior forza a chi si occupi di aborto, di eutanasia, di matrimonio tra persone dello stesso sesso ecc., rispetto a chi si domandi, per dire, se sia congrua la regola

che vuole la riduzione del capitale di una società per azioni che sia andato perduto per più di un terzo. Ed è invero un dato di fatto che l'irrequietezza dei civilisti su questo piano è assai maggiore di quella dei commercialisti. Sono mediamente molto più ideologizzati di noi. Voglio dire che noi, nella nostra veste di *business lawyers*, siamo ideologicamente di assai più facile contentatura, forse in buona sostanza già paghi dell'aurea massima *the business of business is business*.

Per la verità, nella cultura giuscommercialistica dei primi decenni post-bellici scorreva una corrente, forse non molto consistente, ma autorevole e agguerrita, di ispirazione marxista o, comunque, dichiaratamente di sinistra. Con apparente paradosso, accadeva che da quella parte venissero a volte le tesi interpretative più conservatrici o reazionarie: ciò serviva a dimostrare quanto il sistema capitalistico fosse reativo e nemico delle classi lavoratrici. In ogni caso, dopo la caduta del muro di Berlino di questo orientamento non sembra essere rimasto molto.

In generale, non mi sembra dunque di vedere intorno a me un *Methodenstreit* particolarmente cruento. Aggiungo che talvolta si registrano dissensi sul piano del discorso teorico sul metodo che poi lasciano poca o nessuna traccia nelle concrete applicazioni del metodo stesso.

Qualche parola, con riferimento alla nostra specifica disciplina e a quanto detto sopra, va tuttavia spesa a proposito di quella che mi sembra la novità più rilevante dei tempi recenti: la c.d. analisi economica del diritto.

Potrebbe a prima vista sembrare che attribuire rilievo a questa corrente di pensiero sia in contrasto con la professione di fede positivista da cui sono partito. Limitandomi ai pochi cenni compatibili con l'occasione, su questione che, una volta di più, richiederebbe ben altro spazio, mi limito a dire che sarebbe senz'altro così ove si pretendesse di affermare norme prive di base nel testo legislativo solo perché conformi con qualche criterio di efficienza economica. Esistono tuttavia altri modi di servirsi della EAL. Conoscere le conseguenze di una regola giuridica sulla realtà economica significa per esempio acquisire consapevolezza circa gli scopi di quella regola e quindi poter maneggiare con maggiore sicurezza e correttezza strumenti tradizionali quale l'argomento teleologico. In altri termini, e con ogni riserva peraltro sulla tenuta dei postulati su cui è correntemente basata l'EAL, mi sembra di poter dire che, se e nella misura in cui si ammette la c.d. interpretazione orientata alle conseguenze, allora all'analisi economica non si potrà non riconoscere la capacità di dare un importante contributo, consistente nel porre in luce appunto gli effetti economici della norma.

12. *Il modus operandi del giurista e il «metodo Casablanca».*

Poco ho da dire infine sul metodo inteso come *modus operandi* del ricercatore.

Occorre però avvertire, prima di procedere oltre in questo discorso, che anche qui è necessario distinguere. Una volta ancora c'è un preliminare e fondamentale problema di oggetto. Per alcuni, infatti, la ricerca giuridica mira soprattutto a spiegare l'evoluzione storica attraverso la quale gli istituti sono venuti assumendo la fisionomia attuale. Per altri mira invece a raccogliere e ordinare la più vasta messe possibile di materiali relativi ad una norma o a un gruppo di norme, utilizzandoli poi eventualmente per tentare una sintesi concettuale che li rappresenti tutti fedelmente in una chiave unitaria (ciò che ho sopra chiamato l'algoritmo). Per altri ancora si interroga circa la collocazione della singola figura nell'ambito del sistema e circa i suoi rapporti con le figure affini. Vi sono poi alcuni i cui interessi si dirigono soprattutto verso la comparazione e che pongono pertanto a raffronto le discipline dettate da diversi ordinamenti a proposito degli stessi problemi, vedendo così in una prospettiva diversa e spesso illuminante la materia osservata.

In nessuna delle vesti di questo elenco (il quale non pretende di essere esauriente e per altro verso trascura le infinite sfumature, varianti e sovrapposizioni delle ipotesi enumerate) mi riconosco esattamente, ancorché di tutte apprezzi il contributo.

Per me, la ricerca parte essenzialmente dal caso, dalla *quaestio*, emergente dalla pratica, o anche immaginata, ma comunque relativa ad un problema ben definito e concreto.

Tanto premesso, ricordo come autorevole opinione voglia, con riferimento alle scienze naturali, che non esistano ricette predeterminate. Si raccolgono dati, si formulano ipotesi, le si verifica, si correggono errori, e così via.

Per quanto mi riguarda, e per quanto può interessare, vale lo stesso.

Come ho già detto, non soffro/godo di precomprensione. Mi attengo dunque a quello che chiamo il «metodo Casablanca».

Si narra che il leggendario film del 1942 con Humphrey Bogart ed Ingrid Bergman non avesse una sceneggiatura. Durante il giorno si girava, e la sera si scriveva il copione per il giorno successivo. Sicché nessuno sapeva se alla fine la Bergman sarebbe fuggita in aereo col marito o con l'*ex*-amante.

Per la verità, l'invenzione è più antica ed è napoletana, come attesta il detto «vedendo facendo».

In generale, credo di averlo già confessato in altra occasione, tendo a vedermi come uno scrittore di gialli che intraprenda la stesura del libro senza an-

cora sapere chi è l'assassino (la *quaestio juris* ha, a mio modo di vedere, grande affinità con l'indagine poliziesca; e il saggio del giurista ha pertanto corrispondente affinità col libro giallo, e più specificamente con quel sub-genere letterario di gialli che gli inglesi chiamano *whodunit*). Ciò spiega perché mi accada di seguire false piste, che poi, caduto l'interesse una volta compiuta l'indagine e scoperto il colpevole, la pigrizia mi impedisce di sopprimere, affliggendo così i lettori (per fortuna pochissimi) con la fatica di seguire lunghi ragionamenti che non conducono da nessuna parte.