

Due contributi di giuscommercialisti alla teoria generale del diritto

On the contributions of two commercial law scholars to the general theory of law

Mario Libertini

ABSTRACT

L'a. svolge una recensione parallela di due libri di teoria generale del diritto, scritti da affermati docenti di diritto commerciale. I due libri sono molto diversi nella loro struttura, ma, secondo l'a., sono accomunati da alcune idee comuni: la convinzione che il diritto abbia una base antropologica, che ne fa un sistema di regole sociali destinato primariamente a sostenere la coesione sociale, mediante la spontanea osservanza delle regole da parte degli individui; la convinzione che il diritto contemporaneo sia necessariamente complesso e perciò affidato all'attività di un ceto professionale di giuristi; la convinzione che l'attività dei giuristi non sia – e non debba divenire – un insieme di decisioni arbitrarie di controversie, ma debba fornire alle stesse soluzioni discrezionali ma non arbitrarie, sulla base di criteri accettati nel contesto socioculturale in cui il giurista si trova ad operare.

Parole chiave: teoria generale del diritto – diritto commerciale

The author carries out a parallel review of two books on the general theory of law, written by established professors of commercial law. The two books are very different in their structure, but, according to the author, they share some common ideas: the belief that law has an anthropological basis, which makes it a system of social rules intended primarily to support social cohesion, through the spontaneous observance of the rules by individuals; the belief that contemporary law is necessarily complex and therefore entrusted to the activity of a professional class of jurists; the belief that the activity of jurists is not – and should not become – a set of arbitrary decisions, but should provide discretionary, although not arbitrary solutions of controversies, based on criteria accepted in the specific socio-cultural context in which the jurist has to operate.

Keywords: general theory of law – commercial law

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. Differenze e possibili analogie fra i due libri recensiti. – 3. *L'Elogio dell'approssimazione* di Giuseppe Terranova. – 4. Condivisione dello scetticismo moderato e

possibili sviluppi delle tesi di Terranova. – 5. *A che cosa serve il diritto* di Vincenzo Di Cataldo. – 6. *La pars construens* del libro di Di Cataldo. Un’osservazione: necessità di distinguere tra cultura della mediazione ed esigenza di giustizia predittiva. – 7. Condivisione delle idee di fondo del libro di Di Cataldo. – 8. I tratti comuni dei due libri: l’aspirazione verso una dottrina giuridica “alta” e il suo possibile anacronismo.

1. *Premessa.*

In una riflessione di qualche anno fa sulla storia del Diritto commerciale, ho tentato una periodizzazione, distinguendo tre stagioni.

Notavo infatti come, alle origini, vi sia una lunga, plurisecolare esperienza, in cui il diritto commerciale si è formato e sviluppato come *ius proprium* di un certo cetto sociale (*ius mercatorum*), applicato da corti formate da giudici “pratici”, non accompagnato da una riflessione dottrinale volta a inquadrare la pratica applicativa in *regulae iuris* dotate di una dimensione “teorica” (che era, per secoli, quella del diritto comune romano-canonico).

Questa situazione cambia radicalmente nel corso dell’Ottocento. L’insegnamento di Levin Goldschmidt porta a valorizzare culturalmente l’esperienza giuridica che aveva creato una serie di istituti estranei alla tradizione romanistica, ma aventi un ruolo centrale nella vita economica costruitasi a seguito della rivoluzione industriale. A questo punto si forma in tutta Europa (in Italia soprattutto con l’insegnamento di C. Vivante) una generazione di giuscommercialisti accademici che ambisce a collocare la propria (e nuova) disciplina nei piani alti del sapere giuridico, ravvisando nell’esperienza formativa del diritto commerciale un complesso di metodi e di conoscenze che può svolgere un ruolo propulsivo ai fini dell’ammodernamento dell’intero sistema giuridico.

I giuscommercialisti della generazione di Vivante, e di quelle immediatamente successive, lanciano così una sfida all’egemonia della cultura giuridica di stampo romanistico e si impegnano non solo sul terreno dell’unità del diritto privato (ritenendo normale che il giuscommercialista si occupi direttamente di temi classificabili come di diritto privato generale o di diritto civile), ma anche sul terreno della costruzione dogmatica e su temi di metodo e di teoria generale.

A mio avviso, questa stagione si chiude con la prematura scomparsa di due grandi personalità, pur tra loro in contrasto: Tullio Ascarelli e Walter Bigiavi.

Dopo di loro, la disciplina, pur mantenendo una produzione dottrinale di qualità, è apparsa incline a ripiegare entro la gabbia dorata del tecnicismo e dello specialismo (anche nel senso della suddivisione interna della materia); e

pur con qualche eccezione (come, per esempio, Francesco Denozza o Francesco Galgano).

2. *Differenze e possibili analogie fra i due libri recensiti.*

Quasi a smentire questa mia ricostruzione, sono stati pubblicati negli ultimi anni, a distanza di poco tempo l'uno dall'altro, due libri di teoria generale del diritto scritti da giuscommercialisti affermati¹, dotati di una lunga esperienza di studi di diritto positivo, e che pure hanno avvertito il bisogno, nel momento della piena maturità della loro esperienza di studiosi vissuta all'interno della disciplina accademica del diritto commerciale, di esternare le riflessioni da loro maturate sulla teoria del diritto in generale.

Si tratta di due libri molto diversi fra loro: quello di Terranova è il frutto di un lungo dialogo interiore di un giurista positivo con le elaborazioni dei cultori di teoria generale e di filosofia del diritto e si rivolge al giurista colto, già uso ad interrogarsi sulle grandi questioni della filosofia e della metodologia giuridica. Quello di Di Cataldo è invece una autobiografia intellettuale più diretta, che volutamente prescinde da un dialogo esplicito con le teorie altrui ed espone immediatamente le conclusioni cui l'autore è giunto sui vari temi affrontati, con l'ambizione di tradurle in un testo divulgativo, atto a fare comprendere il funzionamento dei fenomeni giuridici anche al pubblico generale.

La lettura dei due libri fa sorgere, fra le altre, due domande: se, malgrado la profonda diversità strutturale, i due libri siano accomunati da qualche motivazione profonda comune; se i due libri rappresentino espressioni marginali, al di là della coincidenza temporale, nell'evolversi della disciplina, o invece rappresentino momenti di emersione di un bisogno culturale più profondo, che pervade la disciplina stessa nella sua interezza.

Un dato estrinseco, costituito dalla comune origine siciliana dei due autori (e, peraltro, anche dell'attuale recensore), potrebbe non essere casuale²; ma potrebbe anche fornire argomenti per risposte di segno opposto ai quesiti sopra segnati; il tema può essere quindi per ora accantonato.

¹ G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pacini, Pisa, 2015; V. DI CATALDO, *A che cosa serve il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017.

² A questo dato attribuisce importanza, nell'ambito di una recensione elogiativa, G.B. FERRI, *Elogio dell'approssimazione e il pensiero di Giuseppe Terranova*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 191 ss., che propone un collegamento fra il pensiero di T. e la "scontrosa malinconia" di Leonardo Sciascia.

3. L' Elogio dell' approssimazione di Giuseppe Terranova.

Poste queste premesse, si può passare a una rapida sintesi del contenuto dei due volumi, cominciando da quello di Terranova.

T. muove da una premessa filosofica, individuando due atteggiamenti dello spirito a cui attribuisce importanza essenziale per la comprensione del diritto: la *tolleranza*, come atteggiamento indispensabile per tenere coesa la società, e l'*approssimazione* (intesa come attitudine a procedere per tentativi ed errori, riconoscendo di potere avvicinarsi alla verità senza mai raggiungerla), come passaggio indispensabile di ogni progresso scientifico.

Su queste basi egli affronta il problema centrale della metodologia giuridica dell'ultimo secolo: da un lato, il superamento del positivismo legalistico rigido, che pretendeva di trovare nei testi di legge la risposta oggettiva ad ogni problema giuridico, attribuendo all'interpretazione un carattere propriamente cognitivo; dall'altro le tesi che, muovendo dalla constatazione della necessaria apertura del linguaggio normativo, portano ad attribuire al giurista/interprete un potere creativo sostanzialmente illimitato. Per T. è necessario seguire una via mediana: rifiutare il formalismo interpretativo assoluto senza per questo rinunciare al criterio della fedeltà ai testi normativi (poi ridenominato "fedeltà al sistema"); il problema centrale diviene dunque quello di limitare la discrezionalità interpretativa, al fine di evitare che le regole di funzionamento della vita civile siano affidate a decisioni assunte caso per caso, su basi equitative, cioè affidate al mutevole sentimento del singolo giudice.

Il superamento del dilemma non può fondarsi, secondo T., sullo scetticismo moderato di Hart, che distingue ampie zone di luce e limitate zone di "penombra" nei testi normativi; anzitutto perché questo orientamento non fornisce criteri per la soluzione dei "casi difficili", cioè per orientarsi nella penombra. Inoltre, e soprattutto, perché le stesse zone di luce del testo rappresentano un'entità problematica. Secondo T. anche l'interpretazione prettamente antiletterale è, eccezionalmente, ammissibile, quando vi sia un "consenso diffuso" e "argomentazioni particolarmente forti" (p.e. violazione di un principio, esigenza di evitare risultati assurdi).

La via d'uscita al problema della discrezionalità interpretativa è invece data, secondo T., dall'inquadramento del testo in un contesto sociale di riferimento. Ciò perché il diritto vive di una continua osmosi fra testo (percettivo) e contesto (fattuale). Occorre dunque riconoscere i legami tra fatti e decisioni, "*purché l'ordinamento nel suo complesso lo consenta, e purché ci si mantenga nei limiti... della ragionevolezza*".

È molto interessante il rilievo ulteriore, con cui T. coglie – in questa necessaria osmosi fra testo e contesto – le ragioni profonde dell'istituzionalismo

giuridico, inteso però in un'accezione debole, che *“si richiama al consenso e alla comunione di valori che l'interprete deve saper cogliere”* e, come tale, non va confuso con la consuetudine. In questo senso si può richiamare l'idea di Carlos Nino, che pone a base dell'ordinamento l'accettazione democratica di un certo sistema di potere.

T. può così affermare che *“il diritto non consiste in un insieme di espressioni linguistiche astratte, ma è un'esperienza comunicativa volta a indirizzare le condotte umane con tutti gli strumenti a disposizione”*. L'antropologia giuridica ci ha portato a vedere il diritto non più come un sistema di norme, ma come un'attività volta a mettere ordine nella società. Il diritto in senso oggettivo non è un insieme di norme già date, ma un'opera in costruzione che si fa e si disfa continuamente: Le scelte ermeneutiche sono frutto di uno sforzo collettivo di meditazione e di mediazione, che porta a risolvere i conflitti secondo criteri di ragionevolezza.

In questa prospettiva giocano un ruolo determinante le tradizioni ermeneutiche. *“Il livello d'astrazione del testo dal contesto... dipende da una serie di fattori che connotano...una certa tradizione giuridica”*. Ciò fa sì che i processi ermeneutici, per quanto teoricamente illimitati, non siano arbitrari.

Su questa base teorica, T. procede poi ad una ricognizione analitica e interessante degli *“strumenti del giurista”*, cioè di quelle risorse concettuali e argomentative che danno continuità al discorso interpretativo collettivo e consentono di limitare la discrezionalità interpretativa del singolo giurista. In questa prospettiva sono analizzati i *“linguaggi formalizzati”* (in altre parole: i concetti giuridici definiti dalla teoria generale formale), le costruzioni della dogmatica giuridica (ritenute pur sempre strumento concettuale indispensabile), le tecniche argomentative diverse dalla dogmatica, tra le quali, in omaggio a una non dimenticata tradizione giuscommercialistica, una speciale attenzione è dedicata alla *“natura delle cose”*: il ricorso alla natura delle cose è inteso come *“costruzione dello scenario al cui interno deve collocarsi la norma”*.

L'esposizione di T. è completata da una ricca *“Appendice”*, in cui gli enunciati di teoria e di metodo sono verificati mediante diverse applicazioni, che l'a. trae dalla sua esperienza giuscommercialistica. Si tratta di una parte di grande interesse, che illustra la dinamica del processo interpretativo, in cui la costruzione del significato del precetto avviene nel confronto con un contesto di saperi tecnici, esperienze fattuali e giudizi di valore che orientano l'attività dell'interprete (anche se questa chiara indicazione di metodo è un po' smarrita nei frequenti riferimenti alla disciplina dei titoli di credito, che T. tratta come se corrispondesse ad una realtà effettuale, mentre i mercati dei titoli cartacei sono ormai scomparsi da tempo).

Questa parte applicativa si chiude con due capitoli che potrebbero qualificarsi in termini di classica dogmatica concettuale, dedicati a temi di teoria generale delle obbligazioni.

4. *Condivisione dello scetticismo moderato e possibili sviluppi delle tesi di Terranova.*

Nel formulare un giudizio sul libro, devo dire subito che le tesi esposte da T. sono – a mio avviso – convincenti e non sollevano critiche di merito. Esse si muovono, anzi, su un terreno nel quale è facile ritrovarsi. L’impianto argomentativo ha una trama solida, anche se l’esposizione tende un po’ alla asistematicità.

Si può aggiungere che le tesi di T. hanno – se mi è consentito dirlo – una solida cornice filosofica, che si inserisce nella grande tradizione del relativismo occidentale, critico verso le asserzioni di verità assoluta, ma fiducioso nell’impiego di una razionalità che, se pur limitata, costituisce un antidoto alle tentazioni dello scetticismo assoluto.

Una volta riconosciuto il valore del libro di T., possono solo formularsi due osservazioni (non vere e proprie critiche), che in qualche modo segnalano limiti e possibili sviluppi del ragionamento svolto.

La prima osservazione riguarda la non grande evidenza data alla presenza, nel dibattito teorico, di altri orientamenti di scetticismo moderato, più articolati di quello di Hart, espressamente criticato dall’a. Mi sembra che sia possibile collocare le proposte dell’a. in questo filone di pensiero, al quale possono ascrivere diversi contributi metodologici recenti (p.e. Velluzzi, Gentili, Pino)³. Punto centrale di questo orientamento, messo bene in luce dallo stesso T., è che le questioni interpretative presentano sempre margini di discrezionalità, ma non per questo possono essere risolte in modo arbitrario e irrazionale: il giurista si trova ad operare in un determinato contesto socioculturale ed economico e le soluzioni interpretative devono essere sempre scelte entro una gamma di risultati compatibili con i condizionamenti posti da quel contesto.

Nell’ambito di questo filone è importante la critica allo scetticismo radicale (in Italia rappresentato, per esempio, in alcuni scritti di Monateri), in quanto viziato da astrattezza e impraticabilità. Ancora più importante è il rilievo che questo filone di pensiero attribuisce ai giudizi di valore, visti come una componente essenziale del processo interpretativo. Da qui l’indicazione metodolo-

³ Un particolare rilievo, in questo filone culturale, merita anche R. POSNER, *The Jurisprudence of Skepticism*, in 86 *Michigan Law Review*, 827 ss. [1988].

gica, su cui tanto insisteva Ascarelli, relativa all'esigenza di esplicitare i giudizi di valore che ispirano il risultato interpretativo e di coltivare la discussione razionale sul contenuto dei principi giuridici e sul loro confronto.

Questo rilievo si collega alla seconda osservazione che può muoversi, a mio avviso, al libro di T., e che è data dal limite dell'argomento storicistico, a cui T. sostanzialmente affida il suo programma metodologico volto a limitare la discrezionalità interpretativa e a garantire la continuità dell'ordinamento. Il riconoscimento del peso delle tradizioni culturali, nella giurisprudenza, è incontestabile: l'evolversi quotidiano del diritto sarebbe impossibile se non ci fosse il mutuo riconoscimento di argomenti e giudizi di valore nella trama comunicativa che costituisce il diritto. Però le tradizioni culturali sono soggette a continui mutamenti e ciò crea uno spazio ineliminabile per quelle che potremmo chiamare "ideologie giuridiche", cioè visioni complessive del mondo e del diritto, innestate di giudizi di valore che divengono criteri per l'azione.

Sotto questo profilo ci si sarebbe attesa una maggiore incisività delle riflessioni rivolte da T. al tema del contrasto fra diritto "spontaneo" e diritto "statale" (ma oggi si dovrebbe piuttosto dire "istituzionale", facendo riferimento alla realtà di ordinamenti multilivello, in cui viviamo); un contrasto che ha dominato il dibattito politico nell'ultimo quarto di secolo ed è stato dominato, in Italia, dalle teorie antistataliste di Paolo Grossi. Nei tempi più recenti, il dibattito ha assunto una piega più decisa nel contrasto tra fautori e avversari della c.d. creatività della giurisprudenza, ed è ormai divenuto un dibattito aperto anche all'interno della magistratura italiana, nelle motivazioni delle sentenze e nel dibattito dottrinale⁴.

T. è contrario al primato del diritto giurisprudenziale, non perché questo non sia in grado di produrre certezza, ma per il difetto di legittimazione democratica della magistratura. Contestare l'interpretazione formalistica delle norme non significa passare da un modello di diritto legale a un modello di diritto giurisprudenziale.

Queste affermazioni, per me condivisibili, si muovono su una linea di giuspositivismo critico, di cui si sarebbe attesa una più convinta professione, sul piano ideologico. Il libro è, sotto questo profilo, troppo fedele al suo programma di elogio dell'approssimazione, sì che il suo messaggio centrale è sta-

⁴ Mi riferisco – limitandomi a citare scritti di magistrati in attività – alle posizioni, nettamente contrastanti, espresse da A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*. In *Questione Giustizia*, 4/2016; E SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*. *ibid.* (favorevoli all'idea di creatività della giurisprudenza); e per contro, per la riaffermazione del primato della legge, L. NAZZICONE, *L'etica del giudice e la certezza del diritto. De secreto conflictu curarum mearum*, in *Giustizia civile.com*, 1/2018.

to anche interpretato, e non senza argomenti, come espressione di realismo giuridico⁵.

Penso che il collegamento più deciso con correnti di pensiero già largamente presenti nella cultura giuridica contemporanea avrebbe rafforzato, e non indebolito, le argomentazioni e le scelte di metodo di T.

5. A che cosa serve il diritto di Vincenzo Di Cataldo.

Passando al contenuto del libro di V. Di Cataldo, ci si trova inseriti in una prospettiva completamente diversa: il diritto su cui si riflette non è quello di cui si discute nei libri di teoria giuridica, ma non è neanche quello del giurista “pratico”, concentrato sui problemi dell’esercizio quotidiano della professione e dell’organizzazione della Giustizia. È piuttosto quello dell’esperienza giuridica concretamente vissuta da un giurista colto, che riflette, con tutto il suo bagaglio di cultura generale, sul presente e sul futuro di questa esperienza.

La prima parte della riflessione di D.C. si svolge in chiave antropologica e sociologica.

Osserva così D.C. che la necessità di superare il ricorso esclusivo alla forza per risolvere i conflitti si ritrova già in forme di ritualità animale (particolarmente istruttivi gli studi sui comportamenti dei grandi primati). *Homo sapiens* è andato oltre, inventando diversi tipi di regole comportamentali, tra cui fondamentali quelle religiose. In questo processo rimane sempre centrale l’esigenza primordiale di modellare effettivamente le condotte di individui e gruppi, sì da evitare fenomeni disgregativi dell’organizzazione sociale.

Osserva D.C. che anche l’organizzazione sociale odierna, pur così complessa, si regge pur sempre su un catalogo di regole comportamentali primordiali, che non è stato mai adeguatamente studiato (in effetti, i teorici del diritto naturale hanno avuto per la testa altri problemi).

Da qui l’appello di D.C. a che lo studio del diritto si apra ai contributi delle scienze naturali e che gli studiosi di scienze naturali ed umane si occupino di più del diritto⁶.

⁵ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L’eclissi e l’antieclissi. A proposito di due libri recenti*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 1133 ss. (ove il libro di T. è contrapposto, per il suo messaggio pacatamente ottimistico sulla continuità di funzionamento della giurisprudenza, al libro di Castronovo *L’eclissi del diritto civile*).

⁶ Sul punto v. la riflessione di E. D’ALTERIO, *Recensione* al libro di D.C., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 448, secondo cui l’assunto circa l’esistenza di regole primordiali innate dev’esse-

Poste queste basi, D.C. vede il diritto, come sistema distinto da altre regole sociali, come un adattamento evolutivo, affermatosi in modo indipendente in diverse civiltà antiche (appena accennato è, in D.C., l'omaggio rituale all'invenzione dello *ius* nella civiltà romana). La proprietà del diritto è quella di essere il risultato dell'elaborazione consapevole di gruppi sociali incaricati di porre ed applicare regole. Nelle organizzazioni sociali più evolute questi gruppi si arricchiscono di specializzazioni interne: così si creano una giurisprudenza e una dottrina, come entità distinte all'interno dell'esperienza giuridica.

A questo punto, la riflessione di D.C. si volge rapidamente al presente ed appare guidata – mi sembra – da due idee fondamentali: (i) che l'organizzazione complessa delle società odierne non può fare a meno di regole complicate e della funzione specializzata dei giuristi nell'applicazione di tali regole; (ii) che però, alla fine, il diritto è pur sempre un sistema di regole destinato, in primo luogo, a modellare i comportamenti volontari delle persone. In questo senso ritorna nel libro, retoricamente, la frase per cui “il diritto è di tutti e per tutti”. E ritorna un'asserzione “classica”, quella per cui un ordinamento può dirsi giuridico se è dotato di effettività, e come tale ogni ordinamento è sempre fondato su una regola sociale di riconoscimento (pregiuridica) di base.

Questi due temi vengono declinati da D.C. sotto diversi profili.

Un profilo ricorrente è quello dell'educazione giuridica diffusa⁷. La domesticità del cittadino medio con le regole giuridiche è una condizione facilitante l'osservanza spontanea delle stesse. Prendere sul serio le regole giuridiche presuppone anche un grado di consapevolezza su ciò che esse sono, su come si formano e sul diverso valore che possono avere. Significa anche fare entrare nel senso comune un'idea che è scontata nella mente del giurista colto, ma è controintuitiva per il cittadino medio: quella per cui i problemi giuridici sono suscettibili di soluzioni diverse, anziché di una soluzione certa (anche se, per D.C., la maggior parte dei problemi hanno soluzioni condivise *de plano*); e che tuttavia la pluralità di possibili soluzioni non trasforma la giurisprudenza in un insieme di arbitrî e di artifici retorici.

Un secondo profilo della riflessione si muove, in termini sintetici, su terreni

re trattato con cautela, perché espone al rischio di manipolazioni ideologiche nell'individuazione di regole giuridiche di valore assoluto.

Anche se questa non è una vera e propria critica al discorso di D.C., si tratta di una riflessione meritevole di massima attenzione.

⁷ Questo appare, almeno a prima vista, il messaggio centrale trasmesso dal volume di D.C. V. p.e., in senso adesivo, P. MONTALENTI, *A che cosa serve il diritto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 329 ss.

centrali della riflessione *mainstream* di teoria del diritto, e in particolare sui temi della produzione e dell'interpretazione delle norme giuridiche.

Sul primo punto, D.C. tende a sdrammatizzare il tema della moltiplicazione dei testi normativi, osservando che questo fenomeno è, in certa misura, ineliminabile in una società complessa come quella in cui viviamo e che, in buona sostanza, l'alluvione normativa non pone di solito problemi insuperabili di riferimento dei testi normativi vigenti a cui fare capo per risolvere determinati problemi.

Il problema più grave è piuttosto quello della qualità delle scelte normative. Osserva D.C. che la creazione di nuove leggi nasce spesso da un'emozione collettiva e dall'illusione che una nuova legge possa dare una risposta esauriente ad un certo bisogno, individuato a livello politico. In realtà, le norme, vecchie e nuove, sono sempre collegate fra loro e sono probabili effetti indesiderati delle riforme normative. In questo senso il ruolo dei giuristi colti, come tecnici delle norme e della loro combinazione, dovrebbe essere tenuto in maggior conto, all'interno dei processi legislativi.

Sul tema dell'interpretazione D.C., dopo avere affermato che essa è un momento ineliminabile dell'esperienza giuridica, riconosce che esistono diversi metodi, fra i quali non può disegnarsi una gerarchia stabile e logicamente cogente. Secondo l'a., il criterio primario di interpretazione è quello "funzionale" (cioè, se ben si intende, quello dell'interpretazione orientata ai risultati); ma nel processo interpretativo gli argomenti più diversi possono avere un posto legittimo: l'intenzione del legislatore storico ha un rilievo decrescente nel tempo, ma non può essere trascurata; anche la dogmatica può svolgere un suo ruolo; anche i giudizi di valore e le ideologie hanno il loro peso. Interessante è anche la riflessione sull'argomento letterale: questo non è un metodo di interpretazione, ma segna piuttosto un limite oltre il quale l'interprete non può andare.

6. *La pars construens del libro di Di Cataldo. Un'osservazione: necessità di distinguere tra cultura della mediazione ed esigenza di giustizia predittiva.*

L'ultima parte del libro di D.C. contiene una impegnativa *pars construens*. L'a. muove dalla sua idea di fondo, per cui il diritto serve a modellare i comportamenti volontari delle persone, mediante la formulazione di regole suscettibili di applicazione spontanea, e non a creare una serie di arcane conoscenze possedute in esclusiva dai giurisperiti. Tuttavia, si deve riconoscere che la crescita della socializzazione, che si vede nel nostro presente e nel nostro futuro

prossimo, fa prevedere un'ulteriore crescita delle regole di diritto che condizioneranno le vite delle persone (difficile pensare ad un incremento futuro di altri sistemi di regole).

Vi è dunque un'esigenza oggettiva – non un semplice auspicio – di crescita dell'osservanza spontanea delle regole di diritto. Ma questo, secondo D.C., non significa che sarà superata la funzione dei giuristi di professione. Questi dovranno, piuttosto, essere capaci di assecondare l'osservanza spontanea delle regole giuridiche e divenire tecnici della prevenzione e della composizione delle liti.

Il ricorso al giudice non può superare limiti quantitativi compatibili con un'organizzazione efficiente della giustizia. Sul piano della repressione, se le infrazioni superano una soglia critica e l'inosservanza delle regole si diffonde, le finalità di cooperazione dell'ordinamento giuridico sono frustrate. Sul piano delle liti civili, la soluzione giudiziaria è tendenzialmente “rozza”, incapace di risolvere nel modo concretamente più appropriato il conflitto portato dinanzi al giudice. Il diritto moderno ha giustamente circondato l'operato del giudice di mille garanzie, che però impediscono l'adozione di rimedi duttili e penetranti. Perciò la decisione giudiziaria dà luogo, quasi sempre, ad una soluzione subottimale del conflitto.

Un rimedio non può esser dato dall'aumento dei costi della lite. Questo porterebbe ad una discriminazione fra cittadini. Il rimedio consiste, invece, nel portare quante più liti possibile fuori dai Tribunali. Con i numeri attuali, nessuna riforma della Giustizia può avere successo in Italia. L'unica soluzione possibile è dunque quella di sviluppare gli strumenti di composizione volontaria della lite.

Da qui la proposta finale di D.C.: la cultura dell'avvocato e l'educazione del giurista dovrebbero evolversi verso la fornitura di consulenza giuridica idonea a prevenire le liti o a comporle, qualora già insorte. La composizione, e non la decisione, è l'obiettivo verso cui ogni lite deve puntare. In tal senso dovrebbe orientare anche una corretta percezione degli interessi delle parti, che il professionista legale è chiamato a curare.

Su questa proposta finale mi sembra importante una precisazione, che credo non contrasti, al fondo, con il pensiero dell'a.

Se la composizione fosse fine da perseguire assolutamente, in ogni lite, ciò si tradurrebbe in una moltiplicazione infinita delle liti stesse, perché qualsiasi contestazione, anche se capziosa e opportunistica, darebbe a chi l'ha sollevata qualche *chance* di ottenimento di vantaggi. Un ordinamento giuridico giusto ed efficiente deve anche contemplare la possibilità che una controversia si concluda con la piena soccombenza di una delle parti e deve scoraggiare le liti temerarie. Di ciò D.C. è certo consapevole. Il suo auspicio è che il ceto dei

giuristi, assumendo piena responsabilità sociale, scoraggi le liti ed orienti gli interessi dei clienti verso soluzioni eque e prevedibili della controversia. In questo senso D.C. auspica un costume professionale in cui gli avvocati privilegino gli accordi rispetto alle sentenze e in tal senso orientino le scelte dei clienti. Tuttavia, D.C. aggiunge che “è nel campo delle regole nuove, delle situazioni non sicure che il ruolo del giudice rimane probabilmente insostituibile” (e con esso, si può aggiungere, quello del giurista *litigator*).

Se questo è il pensiero di D.C., credo che esso si possa tradurre non tanto come un’apologia della composizione (mediazione) delle liti come valore in sé, ma piuttosto come un auspicio di sviluppo di quella che oggi si usa chiamare giustizia “predittiva”, cioè di uno strumentario che, mediante l’elaborazione dei dati ricavabili dal diritto applicato, sia in grado di formulare una attendibile previsione sull’esito di una controversia delineata, ma non ancora assunta a livello giudiziale. L’attendibilità della previsione diviene poi una forte ragione per chiudere rapidamente la controversia senza chiedere l’intervento del giudice.

La giustizia predittiva richiede servizi giuridici diversi da quelli della mediazione: non si tratta di individuare un ragionevole punto di transazione, ma di formulare un’ipotesi realistica di decisione, il cui esito può anche essere interamente favorevole ad una sola delle parti. Il servizio richiesto non è quello di un tecnico della mediazione, bensì quello di un tecnico specialista nella materia giuridica in cui è sorta la controversia, in grado di formulare una valutazione simile a quella di un parere *pro veritate* ricognitivo (che sia veramente tale, e non un parere *pro parte* mascherato). L’apporto umano, in questa fase, potrà essere poi sostituito – come da tante parti oggi si propone – da macchine intelligenti, una volta che siano loro fornite anche dati sufficientemente ampie, da elaborare, ed algoritmi appropriati.

Che l’organizzazione giuridica del nostro tempo, caratterizzato da *big data* e rivoluzione digitale, debba evolversi in questo senso e sottoporre al giudice solo controversie non seriali e casi “difficili”, è osservazione – a mio avviso – facilmente condivisibile. L’esperienza dimostra che le parti interessate, a fronte di attendibili decisioni predittive, sono inclini all’osservanza spontanea delle indicazioni ricevute. Lo dimostra il successo dell’attività svolta dall’Arbitro Bancario Finanziario, le cui “decisioni non vincolanti” possono essere considerate come una forma di giustizia predittiva affidata alla valutazione di giuristi specialisti indipendenti (l’ABF, appunto, fornisce strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, ma non è un “mediatore”): tali decisioni sono osservate spontaneamente dalle banche nella stragrande maggioranza dei casi. L’accesso al giudice diviene, in questa prospettiva, l’ultima *ratio*, di fronte a problemi nuovi o in situazioni in cui una parte intenda sostenere la necessità di

un cambio di giurisprudenza. Probabilmente, i tempi sono maturi perché, in generale, la fase propriamente contenziosa sia normalmente preceduta da una fase di giustizia predittiva che, in un futuro più o meno prossimo, potrà essere attuata mediante (proposte di) decisioni robotiche.

Perché questo modello virtuoso possa affermarsi occorre però che vi sia una giurisprudenza di legittimità in grado di fornire certezze (ciò che la nostra Cassazione, attualmente, spesso non è in grado di fare) ed un ceto professionale disposto ad orientare i propri servizi nella direzione prioritaria della risoluzione stragiudiziale delle liti. Su quest'ultimo punto, la posizione di D.C. mi sembra troppo ottimistica⁸: egli ritiene che sia possibile operare per una modifica radicale dell'educazione del giurista e che una spinta in tal senso possa essere data dalla percezione che le parti interessate dovrebbero avere dei loro reali interessi. In realtà, un'analisi economica molto semplice porta al risultato che un sistema giuridico caratterizzato da un elevato livello di certezza e da un'ottima giustizia predittiva comporterebbe una riduzione dei redditi complessivi del ceto professionale dei giuristi, rispetto a quanto essi possono ricavare in un sistema caratterizzato da molte incertezze e da molte liti.

Realisticamente, non è plausibile che l'educazione del giurista, che è fatta da giuristi, normalmente impegnati in attività professionali, smetta di privilegiare la dimensione litigiosa nella rappresentazione dell'esperienza giuridica. A mio avviso, una modifica radicale, come quella auspicata da D.C., potrebbe essere il risultato o di una scelta politica volta a sostenere l'affermazione di sistemi di giustizia predittiva o dalla crescita (che, per ora, si intravede soltanto) di imprese fornitrici di servizi giuridici, in grado di elaborare *Big Data* e fornire servizi attendibili di giustizia predittiva; o da una combinazione dei due fenomeni.

7. Condivisione delle idee di fondo del libro di Di Cataldo.

La valutazione di un libro dalla struttura originale, come quello di D.C., non è semplice, perché deve misurarsi con lo scopo che esso si pone. Il libro non si presenta come una monografia "scientifica"; è infatti privo di citazioni e, per ogni problema affrontato, va subito alla conclusione e non si preoccupa di informare il lettore sullo "stato dell'arte". Il libro sembra dettato soprattutto dall'urgenza di trasmettere un messaggio forte (non a caso, il titolo è assertivo

⁸ V. però, in senso adesivo alle indicazioni di D.C. e per la concreta possibilità dell'evolversi delle professioni giuridiche sempre più nella direzione della consulenza preventiva, P. MONTALENTI (nt. 7).

e non contiene il punto interrogativo, che sarebbe stato più consono allo stile comunicativo standard di questi tempi). L'a. ha pensato di scrivere un'opera divulgativa, destinata a far comprendere l'indispensabilità di un patrimonio di base di nozioni giuridiche condivise da tutti i cittadini, per consentire il buon funzionamento della vita sociale.

Se è così, lo scopo probabilmente non può dirsi realizzato: non credo che il non-giurista possa, dopo la lettura del libro di D.C., avere idee più chiare su come le norme giuridiche modellano la vita sociale, e tanto meno sui principi e concetti giuridici fondamentali, che, nella tesi dell'a., dovrebbero essere patrimonio comune di ogni cittadino.

In realtà, il libro contiene la riflessione di un giurista colto, rivolta ad altri giuristi colti, incentrata, come si è detto, su un messaggio forte: il diritto è uno strumento necessario (e, oggi, il principale) per mantenere la coesione sociale, e la sua funzione è quella di guidare la condotta delle persone e non di alimentare i repertori di giurisprudenza. Il diritto serve dunque a prevenire non solo l'uso della violenza privata – come sempre si è insegnato, nelle prime pagine dei manuali di diritto – ma anche il ricorso al contenzioso giudiziario, che dovrebbe essere considerato come *extrema ratio*.

Si tratta di un'idea suggestiva, che non può lasciare indifferenti. È da temere, però, che nelle discussioni correnti la sua importanza sia trascurata, anche perché, per una scelta comunicativa dell'a., essa è presentata con un tono che non mette in evidenza il carattere dirompente della proposta culturale formulata; e il contrasto che essa determina con basi radicate della esperienza giuridica occidentale.

Personalmente trovo che le conclusioni di D.C., con le precisazioni che ho cercato prima di esprimere, siano da condividere e debbano costituire un punto di partenza per ulteriori riflessioni sull'organizzazione giuridica presente e futura.

8. *I tratti comuni dei due libri: l'aspirazione verso una dottrina giuridica "alta" e il suo possibile anacronismo.*

Al fine di formulare qualche riflessione conclusiva, è da chiedere se, fra i due libri recensiti, pur così diversi, ci sia un percorso comune. Apparentemente, più no che sì. Eppure, ci sono tratti comuni del ragionamento, che possono indurre a pensare che i due libri siano fra loro complementari e non privi di comunicazione.

In ambedue i libri vi è infatti una traccia condivisa: la convinzione che il diritto abbia una base antropologica, che ne fa un sistema di regole sociali destinato primariamente a sostenere la coesione sociale, mediante la spontanea

osservanza delle regole da parte degli individui; la convinzione che il diritto contemporaneo sia necessariamente complesso e perciò affidato all'attività di un ceto professionale di giuristi; la convinzione che l'attività dei giuristi non sia – e non debba divenire – un insieme di decisioni arbitrarie di controversie, ma debba fornire alle stesse soluzioni discrezionali ma non arbitrarie, sulla base di criteri accettati nel contesto socioculturale in cui il giurista si trova ad operare.

Questa traccia è sviluppata dai due autori, evidentemente, in termini molto diversi.

Per T. la riflessione antropologica e sociologica è solo un esile spunto, dal quale si giunge rapidamente all'autocoscienza del giurista colto nel mondo di oggi. Tutta la sua riflessione si muove sul terreno di problemi che hanno dato luogo a ricche riflessioni teoriche e la sfida dell'a. è quella di cimentarsi, con ammirevole consapevolezza ed erudizione, in queste dispute, e formulare sulle stesse proposte di soluzione serie e meditate. Anche nell'Appendice, ove vengono trattati temi di diritto positivo, T. chiaramente predilige argomenti sui quali si sono sviluppate ricche e complesse discussioni dottrinali, che vengono affrontate con lo stesso stile che è stato dedicato ai problemi di teoria generale. C'è in questo approccio il fascino innegabile del muoversi su dispute intellettuali già ricche di contenuti, ma anche un rischio: quello di privilegiare problemi del passato (si veda l'attenzione dedicata da T. alla teoria dei titoli di credito) e di trascurare temi più attuali del diritto dell'impresa e dei mercati. Rimane in ogni caso, al fondo, un messaggio forte di fiducia nei compiti della dottrina giuridica e nella sua capacità di contribuire allo sviluppo razionale del diritto.

D.C. dilata invece la riflessione iniziale di carattere antropologico e sociologico e percorre poi rapidamente il vasto mondo delle dispute dottrinali, sia quelle di teoria generale sia quelle di diritto positivo. La sua attenzione è dedicata soprattutto al funzionamento del diritto vivente e alle ragioni che rendono questo, oggi, insoddisfacente – si direbbe – sia sul piano dell'equità sia sul piano dell'efficienza. L'urgenza di questi temi porta a mettere tra parentesi le discussioni teoriche su cui è incentrato il libro di T.; credo che D.C. ci dica, implicitamente, che le stesse possono smarrire il loro significato se l'ordinamento si evolve verso un'esperienza di moltiplicazione di contenziosi dagli esiti incerti e di tolleranza verso la violazione di norme di condotta⁹.

⁹ Sull'importanza centrale di questo punto, e sulla necessità di privilegiare, nelle riflessioni relative, la prospettiva istituzionale, mi permetto di richiamare M. LIBERTINI, *Nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti – Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, Jovene, 2019, 21 ss.

Nel segnalare l'urgenza di questo tema e l'esigenza di trasformazioni profonde della cultura giuridica, D.C. torna così a manifestare una vena di riformismo radicale, che anni fa lo aveva spinto a proporre una incisiva riforma degli studi giuridici in Italia¹⁰, purtroppo rimasta a livello di auspicio.

Devo confessare che mi sento più vicino all'inquietudine di D.C. che al saggio ottimismo della riflessione di T. (ferma restando la permanente importanza dei temi da lui trattati e la validità delle tesi metodologiche sostenute).

E però ritengo che D.C. sbagli nel rifiutare un dialogo espresso con storici e filosofi del diritto. In fondo, gran parte della sua riflessione può tradursi nell'impiego di argomenti selezionati fra quelli che sono compresi nell'arsenale della filosofia del diritto contemporanea. Del resto, D.C. sa bene che non è possibile recidere i fili che ci legano con le idee circolanti attorno a noi e nel nostro passato, e che la consapevolezza di questi legami con la storia delle idee può spesso chiarirci le ragioni profonde delle nostre opinioni; ed anche rafforzare le argomentazioni a sostegno delle stesse. Anche sulla proposta finale di contenimento del contenzioso, vengono alla mente collegamenti che potrebbero non essere meri riferimenti eruditi: dall'antica tradizione dello *ius mercatorum*¹¹, alle riflessioni attuali di chi vede, nello strapotere delle Corti giudiziarie, un sintomo di declino della democrazia americana¹².

Il riferimento all'attualità mette in luce, in fondo, un limite delle proposte finali di entrambi gli autori. Rivendicare un ruolo alto della dottrina giuridica, o addirittura un cambiamento radicale dei paradigmi fondamentali della cultura giuridica, è affascinante, ma richiederebbe anche di misurarsi con una realtà che sembra andare in direzioni diverse, e sulle ragioni di ciò. Una dottrina giuridica alta può esistere se l'ambiente sociale e politico esterno esprime una domanda di dottrine autorevoli e precise, il cui riconoscimento socioculturale contribuirebbe a deflazionare il contenzioso. In questo auspicio può vedersi un

Probabilmente nella stessa direzione possono leggersi anche le osservazioni di E. D'ALTERIO (nt. 6), 448 ss.

¹⁰ V. DI CATALDO, *Appunti per una riforma della Facoltà di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 1 ss. In questo scritto D.C. proponeva, fra l'altro, una riduzione dello spazio dedicato al diritto romano (da trasformare in storia della giurisprudenza romana e romanistica), una normalizzazione dei corsi storici e filosofici, l'introduzione di uno studio istituzionale delle scienze sociali.

¹¹ C. PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, cap. I, mette in luce come, per secoli, la cultura mercantile considerasse il ricorso al giudice (pur sempre corporativo) come un esito inopportuno di un contrasto che si sarebbe dovuto risolvere con gli strumenti della solidarietà corporativa; e come, in ogni caso, il giudizio mercantile fosse tendenzialmente equitativo.

¹² F. FUKUYAMA, *Political Order and Political Decay*, New York, Farrar, 2014, 467 ss.

filo ideale che, al di là delle apparenze, collega i due volumi. Ma il punto è che oggi una domanda di dottrine di tale genere non sembra provenire né dai decisori politici né dagli interessi economici forti.

La stessa attenzione, che nel libro di D.C. è dedicata alle radici antropologiche e sociologiche dell'esperienza giuridica, dovrebbe essere dedicata alla collocazione del diritto attuale nel contesto sociologico e politologico delle società occidentali e nella generale percezione di indebolimento dell'ordine politico di queste.

Una riflessione conclusiva induce a riprendere un punto accennato all'inizio: come si collocano i due libri recensiti nel quadro della dottrina giuscommerciale italiana? Apparentemente, anche qui vi è molta differenza fra loro: T. ci tiene a sottolineare la sua appartenenza disciplinare, richiamando i temi di studio a cui si è dedicato nella sua carriera, anche se poi si astiene da intervenire su temi di più pressante valore economico e politico; D.C., invece, non accenna neanche a temi di diritto commerciale positivo, e scrive esclusivamente da giurista generalista. In ambedue i casi, si tratta però di libri che hanno in comune l'aspirazione ad andare oltre l'esperienza di studio specialistica e che si collegano così a quell'ambizione, che fu propria della grande stagione della dottrina giuscommerciale italiana, di muovere dall'esperienza di studio di temi centrali nella nostra vita sociale (il diritto commerciale come "diritto del capitalismo") per andare oltre e farsi pionieri della modernizzazione di tutta la cultura giuridica.

La lettura dei due libri mi ha fatto venire in mente una frase di un Grande dell'Ottocento: "*Le aspirazioni elevate, anche se sono rimaste incompiute, portano con sé maggior pregio di quelle basse, pienamente compiute*"¹³. Questo pregio dev'essere riconosciuto ad ambedue i libri recensiti, insieme al merito di aver tenuto vivo un profilo elevato della tradizione disciplinare.

¹³ W. GOETHE, *Massime e riflessioni*, Milano, *Il Sole 24 Ore*, 2014, 73.

