

2. Premesse gnoseologiche

- 2.1 Diritto e logica formale
- 2.2 Diritto e leggi scientifiche
- 2.3 La scelta della legge scientifica
- 2.4 Lo standard del giudizio civile
- 2.5 Le leggi scientifiche impiegate nel diritto civile
- 2.6 La teoria dei giochi

3. Le tecniche di produzione degli effetti giuridici

- 3.1 Aspetti generali
- 3.2 Lo schema norma-potere-effetto
- 3.3 Lo schema norma-fatto-effetto

4. La fattispecie

2. Premesse gnoseologiche

Dunque, l'ordinamento giuridico è, dal punto di vista formale, un sistema positivo convenzionale, cioè un complesso di disposizioni poste dagli organi titolari del relativo potere in base a tecniche fissate da regole costituzionali, preordinato alla disciplina dei comportamenti umani e delle relazioni sociali.

L'interpretazione è il procedimento con cui il giurista, in particolare il giudice, attribuisce il significato ad un documento rappresentativo di una fonte del diritto, completando il processo di produzione della norma: la norma giuridica non è l'oggetto dell'interpretazione, ma il suo risultato. È tale caratteristica che consente di spiegare come da un medesimo testo si possano ricavare norme tra loro diverse.

Alla produzione della norma giuridica secondo la sequenza disposizione-interpretazione partecipano soggetti distinti, in ossequio al principio di separazione dei poteri. Al potere legislativo spetta infatti la produzione degli enunciati linguistici che vanno a formare le disposizioni normative, al potere giudiziario spetta di trarre dalla disposizione normativa il precetto. Pur se estraneo al circuito di produzione delle norme (tranne quando indossi le vesti del potere legislativo o regolamentare), il potere esecutivo è chiamato ad interpretare la legge nello svolgimento dei compiti amministrativi.

Ciascuno di questi poteri opera per la comunità nazionale: le leggi sono fatte dal Parlamento (art. 70 Cost.), le cui Camere sono elette a suffragio universale e diretto dai cittadini; la giustizia – dunque

l'applicazione della legge – è amministrata dai giudici in nome del popolo (art. 101, comma 1 Cost.); i pubblici impiegati – dunque l'amministrazione – sono al servizio esclusivo della Nazione (art. 98 Cost.). Ciascun potere, infatti, è espressione di una sovranità che appartiene al popolo (art. 1, comma 2 Cost.).

L'ordinamento giuridico, in ogni ramo, è dunque il prodotto di un'attività umana complessa, che la tradizione vuole appartenere al dominio delle scienze sociali, come tale caratterizzato da componenti opinabili, vuoi nel momento della produzione della legge, che è il frutto di una scelta politica, solo genericamente indirizzata dalla Costituzione e dagli obblighi internazionali, vuoi in quello della interpretazione, che è caratterizzato da scelte tecniche.

Il diritto civile presenta in forma più spiccata questa caratteristica, essendo un sistema giuridico 'primario' (diversamente dal diritto penale, che è sussidiario), ossia la disciplina di base dei rapporti tra individui, i cui interessi sono composti dalla norma giuridica in virtù della valutazione ritenuta preferibile in un dato momento storico.

Tuttavia, anche il diritto civile può essere studiato con metodo scientifico, poiché, come in qualsiasi ramo dell'ordinamento giuridico:

- a) le disposizioni di legge sono governate dai principi della logica formale;
- b) i fatti che ne sono oggetto sono governati dalle leggi scientifiche.

Dalla combinazione di questi due elementi discende che buona parte dell'attività dell'interprete o dello studioso del diritto è regolata da concetti appartenenti alle scienze esatte, perciò connotata da ridotti margini di discrezionalità. Ciò vale anche per il diritto civile, dove pure è forte il ruolo delle scienze sociali e delle scelte di valore.

Ne discende che, preliminare a qualsiasi trattazione degli istituti giuridici civilistici, è fissare i postulati metodologici dell'analisi inerenti alle due questioni di cui sopra:

- il rapporto tra diritto e scienze formali (struttura della norma giuridica);
- il rapporto tra diritto e scienze non formali (contenuto della norma giuridica).

2.1 Diritto e logica formale

Prima questione è il rapporto tra l'ordinamento giuridico e le scienze formali, in particolare la logica, che è la scienza che studia le forme del ragionamento.

A partire dagli anni cinquanta del secolo scorso ha avuto grande sviluppo la teoria dell'argomentazione, di interesse per i giuristi, non meno che per gli scienziati, al fine di stabilire se il ragionamento proprio o dell'interlocutore è corretto e per cercare di confutarlo. Le conclusioni degli studi in materia, per quel che si riferisce al campo del diritto, si riassumono nella tesi che la

logica svolgerebbe un ruolo secondario nella costruzione di un ragionamento giuridico, dove confluiscono e prevalgono diverse attività non deduttive: scegliere le leggi e i principi a cui fare riferimento, risolvere ambiguità di formulazione, valutare l'evidenza, determinare il peso degli interessi, prestare attenzione agli aspetti sociali e politici.

Applicare la logica consiste di due momenti: a) formalizzare, cioè scrivere i testi in un linguaggio dalla sintassi rigorosa e ristretta; b) sottoporre ad analisi il testo così ottenuto.

Alla formalizzazione in ambito giuridico si muove l'obiezione che essa implica una definizione completa dei concetti coinvolti, così da dover rinunciare agli aspetti di elasticità tipici del linguaggio normativo e da non lasciare spazio all'interpretazione. L'obiezione è, dunque, duplice: da un lato la formalizzazione è ostacolata dalla necessaria incompletezza delle definizioni normative, dall'altra essa eliminerebbe la discrezionalità dell'interprete, invece indispensabile per la decisione del caso concreto.

La prima obiezione è infondata: una definizione è o non è completa a seconda di come è scritta. Si può scrivere in modo formalmente ineccepibile anche una definizione incompleta. Una disposizione come l'art. 2043 c.c. è incompleta non perché non possa essere formalizzata, ma perché è scritta in modo tale da lasciare spazi aperti, specialmente per quanto concerne l'espressione “*danno ingiusto*”.

La seconda obiezione rifiuta la concezione ‘automatica’ del pensiero giuridico, in forza della quale qualunque caso concreto è risolvibile con un'argomentazione matematica: il *calculemus* di Leibniz¹.

¹ «Quando nasceranno controversie, non ci sarà bisogno di disputare tra due filosofi più che fra due calcolatori. Infatti basterà prendere in mano le penne e sedere davanti agli abachi e dirsi reciprocamente (se è pronto l'amico che avete chiamato): calcoliamo». *Dissertatio de arte combinatoria*, 1666.

Il filosofo tedesco divise il suo programma in tre parti: la creazione di un'enciclopedia che abbracciasse tutta la conoscenza umana, la scelta delle nozioni fondamentali e dei simboli ad esse adeguati, la riduzione delle regole deduttive a manipolazioni di questi simboli, ovvero al *calculus ratiocinator*, l'odierna logica simbolica. Affascinato dalla divisione aristotelica dei concetti in categorie, Leibniz concepì l'idea di un alfabeto speciale — i cui elementi stessero per concetti — in grado di stabilire, per mezzo di calcoli simbolici, quali dei suoi enunciati erano veri e quali relazioni logiche intercorrevano tra loro: il primo passo verso un alfabeto dei concetti consisteva nell'enumerare tutte le possibili combinazioni dei concetti tra loro.

Leibniz, che nel 1673 presentò a Londra un modello di macchina calcolatrice capace di eseguire le quattro operazioni aritmetiche fondamentali, intuì che riuscire a meccanizzare il calcolo aveva un significato ben più ampio. Egli paragonò il ragionamento logico a un meccanismo, con l'intento di ridurre ogni ragionamento a una sorta di calcolo e costruire una macchina capace di calcolare in questo senso generale. Nel 1675 egli fece importanti passi in avanti — concettuali e computazionali — nell'uso dei passaggi al limite (ossia i tentativi di ottenere nei calcoli un valore esatto, non accontentandosi di valori approssimati particolari), fino a giungere all'invenzione del calcolo infinitesimale.

Leibniz comprese la necessità di scegliere simboli adatti a rappresentare tutti i concetti fondamentali (l'alfabeto del pensiero umano) e di trovare regole (strumenti di calcolo) che ne governassero la manipolazione. Nella terminologia di Leibniz, un sistema simbolico con queste proprietà era una ‘caratteristica’. Ogni simbolo del tipo di quelli usati in algebra, chimica o astronomia (non i simboli alfabetici, privi di significato) rappresenta un'idea definita, una ‘caratteristica reale’. Ma Leibniz avvertiva la necessità di una caratteristica universale, cioè di un sistema di simboli che non solo fosse reale ma abbracciasse anche tutto il pensiero umano. Leibniz rimase colpito dalla semplicità della notazione binaria, che permetteva di scrivere qualsiasi numero usando solo 0 e 1.

Il sogno di Leibniz consisteva nel ridurre la complessità dell'universo ad un unico calcolo simbolico, a un'algebra del pensiero. Sarebbe stato così possibile trasformare il ragionamento in calcolo.

La formalizzazione garantisce la presentazione della legge come un sistema coerente e completo, ma costringe il legislatore e quindi l'interprete ad adottare il modello deduttivo, impedendo la considerazione degli aspetti socio-politici sottesi alla regola.

Anche questa critica, tuttavia, non può essere accolta. Occorre distinguere il momento della posizione del precetto da parte del legislatore, da quello dell'accertamento del suo contenuto da parte dell'interprete. Nel ragionamento dell'interprete, assai più che in quello del legislatore, intervengono forme di argomentazione non deduttiva, come l'abduzione, l'analogia e l'induzione. Anche queste, pur non presentando lo stesso rigore formale della deduzione, sono strumenti di tipo logico.

Il procedimento ermeneutico resta dunque fedele al libero convincimento, ma il tasso di discrezionalità è ridotto: il legislatore usa prevalentemente modelli deduttivi, l'interprete si avvale anche di altre forme del ragionamento, che però sono incasellabili nella logica. Come si vedrà tra breve questa distinzione tra la struttura logica della legislazione e dell'interpretazione è possibile perché sono due universi distinti: la norma è astratta, vive in un sistema convenzionale, la sua applicazione è concreta, vive nella realtà.

È dunque il momento di illustrare le forme del ragionamento giuridico.

Deduzione, induzione, abduzione, analogia sono tipi di inferenza. L'inferenza è un procedimento razionale che da un insieme di fatti (dati che accuratamente rappresentano specifiche proprietà del dominio) e di leggi (regole formali che rappresentano la dinamica del dominio) fa conseguire nuovi fatti e nuove regole.

Buona parte della conoscenza umana, e l'intera conoscenza nei domini convenzionali, qual è il diritto, procede per inferenza. Si può dire che, se la capacità di formulare inferenze connota e differenzia l'essere umano, ancor più connota e differenzia il giurista.

Inferenza

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	Regola	Risultato

La premessa minore è il caso che si verifica nella realtà, la premessa maggiore è la regola di copertura ossia la legge che consente di disciplinare il caso, la conclusione è un'affermazione intorno al caso.

Quattro sono, dunque, le specie di inferenze: deduzione, induzione, abduzione, analogia. Deduzione ed abduzione servono per definire fatti (rispettivamente muovendo dalla causa all'effetto, ovvero dall'effetto alla causa), l'induzione e l'analogia per creare regole (rispettivamente per

generalizzazione di fenomeni costanti e per traslazione di regole già esistenti ad un caso in esse non previsto, ma simile a quelli da esse previsti).

Deduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	Regola	Risultato
Nota	Nota	Ignoto

Induzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	Regola	Risultato
Nota	Ignota	Nota

Abduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	Regola	Risultato
Ignoto	Nota	Nota

Analogia

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Caso	Regola	Risultato
Nota	Nota per il caso analogo	Ignoto

Occorre precisare che della deduzione esistono due forme: rigorosa² e approssimata³. Il sillogismo classico si identifica solo con la prima, l'unica caratterizzata dalla necessità della conclusione, ma la logica moderna ha riconosciuto anche la seconda come ipotesi di deduzione, poiché il meccanismo è identico, anche se la conclusione è solo probabilistica.

L'ordinamento giuridico è costituito prevalentemente da inferenze deduttive, perché è sua essenziale funzione costruire regole di condotta, per cui occorre identificare con certezza quando a un determinato fatto segua un effetto⁴. Per tali ragioni la fattispecie giuridica è costruita come una

² Quando la premessa maggiore è costituita da una legge a carattere universale, come nel noto sillogismo aristotelico: (se è vero che) tutti gli uomini sono mortali e Socrate è uomo, allora (è vero che) Socrate è mortale.

³ Quando la premessa maggiore è costituita da una legge a carattere relativo (i fumatori sono soggetti ad ammalarsi di cancro, Tizio fuma, è possibile che Tizio si ammali di cancro).

⁴ Le disposizioni di legge hanno una struttura condizionalistica, basta sulla formula *se x allora y*, dove al verificarsi del fatto x (premessa minore) la norma (premessa maggiore) fa derivare come necessaria conseguenza l'effetto giuridico y (conclusione).

deduzione rigorosa: formalmente la norma funziona come una legge a carattere universale istituendo un nesso indefettibile tra il caso e il risultato, ossia identificando gli effetti giuridici che si ricollegano automaticamente a determinati fatti.

fattispecie giuridica

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Fatto	Norma	Effetto

In ciò si identifica la funzione razionale dell'ordinamento giuridico, il quale pone una rete di precetti attraverso la creazione di un meccanismo di necessaria consequenzialità tra la loro attuazione ed una modificazione del mondo giuridico.

Non deve stupire che un procedimento di formalizzazione elaborato per conoscere la realtà, ossia per l'essere, possa operare per prescrivere dei comportamenti, ossia il dover essere: in entrambi i casi la deduzione ha funzione predittiva, serve cioè a conoscere cosa accadrà a certe condizioni.

Ciò premesso, occorre capire se l'impiego dell'inferenza deduttiva in materia giuridica soffra delle limitazioni legate al suo oggetto.

Pensare alla logica nella costruzione del ragionamento giuridico astratto, che sfocia nell'elaborazione di teorie (siano esse la redazione di una sentenza o la produzione di un codice), è una prospettiva diversa dall'analisi critica del ragionamento di un avversario, ed è oggetto di studio della metalogica.

I concetti fondamentali che la metalogica esprime, di interesse per il giurista, sono due.

Il primo è la non contraddittorietà di una teoria, o di un insieme di enunciati. La non contraddittorietà o coerenza (*consistency*) è l'impossibilità di dedurre una contraddizione, in particolare la proprietà di non contenere una contraddizione, ossia due enunciati che siano l'uno la negazione dell'altro.

Il secondo è quello della non contraddittorietà di un enunciato rispetto a un insieme di enunciati (supposto non contraddittorio). Se un enunciato A è non contraddittorio con T , o compatibile con T , vuol dire che la negazione di A non è conseguenza logica di T . Ciò non significa che A sia una conseguenza di T , a meno che T non abbia la cosiddetta proprietà della *completezza*: una teoria T è completa se per ogni enunciato A espresso nel suo linguaggio o A è deducibile da T o A è refutabile, cioè la sua negazione è deducibile da T . Se una teoria T è completa, e se un enunciato A è compatibile con T , la negazione di A non è deducibile da T , a meno che T sia contraddittorio, quindi A è deducibile da T .

Assumere la completezza – trasformare un enunciato solo compatibile in un enunciato vero (relativamente alle assunzioni) – significa compiere quella tradizionalmente nota come fallacia *ad ignorantiam*, ossia assumere per vero ciò di cui non si può dimostrare la falsità.

La completezza non va d'accordo con la coerenza, l'una esclude l'altra, almeno in matematica: è il rinomato teorema di Godel. Benché esso non si applichi alle teorie giuridiche, l'incompatibilità tra coerenza e completezza è sempre stata riconosciuta nei comportamenti umani⁵. Si ritiene pacificamente, quindi, che i sistemi giuridici non rispettano originariamente coerenza e completezza.

Nel dominio giuridico la contraddittorietà è superata per lo più attraverso regole di collisione o di precedenza: *lex specialis*, *lex superior*, *lex posterior*, sono criteri per fare le scelte tra indicazioni. In altre occasioni (si pensi al rapporto tra norme incriminatrici e norme scriminanti) il conflitto tra enunciati contraddittori non si risolve, ma dà luogo a una situazione di neutralità (l'effetto giuridico non si realizza).

I problemi che nascono dall'incompletezza sono più delicati e critici per la logica applicata, perché, mentre in matematica una nozione è ben posta solo quando per ogni elemento è possibile stabilire se esso rientra o meno sotto la nozione, nel linguaggio comune i concetti non hanno confini perfettamente definiti.

I confini incerti dei concetti generano le eccezioni. Le eccezioni più che contraddire rendono inapplicabile una norma, in quando escludono dai casi ad essa sottoposti quelli che ne sono oggetto. In genere, rinunciando a completare una definizione, si usa una formula di *default*, ossia la previsione di una o più eccezioni. Le regole di *default* introducono la possibilità, se non la inevitabilità, di un ragionamento rivedibile. Inoltre, spesso le eccezioni sono a loro volta incomplete, perché poco definite (si pensi all'art. 1324 c.c., che dichiara applicabili agli atti unilaterali *inter vivos* a contenuto patrimoniale le norme sui contratti in generale “in quanto compatibili”) o perché prevedono ulteriori eccezioni (l'eccesso colposo nella scriminante).

Tuttavia, come anticipato, è dimostrabile che anche l'incompletezza non ostacola la formalizzazione, poiché esistono diverse tecniche per inserire l'eccezione nell'enunciato descrittivo della regola, in modo da renderla esaustiva⁶.

Si può concludere che il linguaggio giuridico può essere formalizzato, il che conferma la validità dell'impiego di inferenze deduttive per la posizione di precetti normativi, considerati non solo

⁵ *Any human thing supposed to be complete must for that very reason infallibly be faulty* (H. Melville).

⁶ La più nota è quella del completamento, che tratta le eccezioni come condizioni di applicabilità di una norma. Un metodo alternativo è quello con cui si formalizza il principio che si assume che non ci siano altre eccezioni a meno che non si dimostri il contrario. Entrambi i metodi appartengono al ragionamento non monotono, un ragionamento rispetto al quale non è più vero, come per tutte le usuali logiche, anche non classiche, che l'arricchimento delle premesse non inficia conclusioni già raggiunte: le conclusioni possono essere cassate, quando l'arricchimento o la modifica della base di dati rende scorrette deduzioni prima accettabili.

isolatamente, ma all'interno di un sistema, quale può essere una singola legge o un corpo di leggi, come un codice.

Oltre alle inferenze deduttive, nell'ordinamento giuridico possono eccezionalmente darsi inferenze abduttive, sotto forma di presunzioni legali, sempre che abbiano carattere relativo, esprimendo coefficienti di implicazione tra premesse e conclusione di rango probabilistico.

Tipico esempio è la presunzione di possesso intermedio di cui all'art. 1142 c.c., secondo cui chi possiede prima e dopo possiede anche nel periodo intermedio: se Tizio possiede in T ed in T2 allora possiede in T1. Ovviamente è una presunzione relativa, essendo ben possibile che Tizio abbia perso il possesso in T1 e l'abbia ripreso in T2. Le presunzioni legali impongono un nesso di derivazione tra fatto noto posteriore e fatto ignoto anteriore che, per essere ragionevole, deve avere fondamento in una legge statistica o in un principio scientifico.

Nell'esempio fatto viene in gioco in primo luogo il principio di conservazione dell'energia, espresso dal brocardo *natura non facit saltum*, che permette di scegliere tra le diverse ipotesi di sviluppo causale quella più lineare. Ulteriore fondamento è nel principio del rasoio di Occam, espresso dal brocardo *entia non sunt multiplicanda*, che permette di scegliere tra le diverse ipotesi di spiegazione causale quella più semplice. Prima ipotesi: Tizio possiede in T-T1-T2. Seconda ipotesi: Tizio possiede in T, perde il possesso in T1, lo riprende in T2. Nella prima ipotesi non c'è nessuna modificazione della realtà, nella seconda ce ne sono due. Poiché la realtà considerata ha natura statica (il possesso), è più lineare la prima ipotesi, che è anche quella più semplice.

Quando la presunzione legale ha carattere assoluto, formalmente è costruita come inferenza deduttiva, perché fissa un nesso di implicazione necessario tra il fatto noto e quello ignoto, anche se la sua struttura è abduttiva, poiché il fatto noto è il conseguente del fatto ignoto. Presunzioni di questo tipo sono eccezionali e ricorrono nel diritto tributario.

La presunzione assoluta viene impiegata anche per trasformare una deduzione approssimata in una deduzione rigorosa, imponendo come certa una prognosi solo probabile. Con una serie di pronunce, la Corte costituzionale dichiarò costituzionalmente illegittimo l'articolo 275, comma 3, secondo e terzo periodo del codice di procedura penale, nella parte in cui sanciva una presunzione assoluta – anziché soltanto relativa – di adeguatezza della sola custodia in carcere a soddisfare le esigenze cautelari nei confronti della persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza per taluni delitti, sulla base del principio di diritto secondo cui «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia

agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

Ultima inferenza impiegata dall'ordinamento giuridico è l'analogia, che sopperisce alle lacune, ossia a quelle situazioni che, pur rientrando nell'area del giuridicamente rilevante, non sono disciplinate da alcuna disposizione di legge. Perché possa ravvisarsi una lacuna in senso tecnico occorrono due condizioni:

- a) nell'ordinamento giuridico non sia rintracciabile una norma che regoli il caso, anche desunta in via estensiva dall'interpretazione di una disposizione o in via implicita dal sistema;
- b) tale assenza non sia dovuta ad una scelta del legislatore, avendo ad oggetto una situazione che, in base agli stessi indici normativi, interessa l'ordinamento giuridico.

Il punto va approfondito, perché l'assenza di una norma di per sé non indica una lacuna, ma al contrario una scelta, come è ben evidenziato dall'argomento a contrario in funzione produttiva, per cui se in presenza del caso x ricorre la conseguenza giuridica y, nel caso non-x si avrà la conseguenza non-y. Tale argomento si fonda sulla considerazione che la mancata previsione di una disposizione per il caso non-x non implica l'assenza di una disciplina giuridica, essendo invece desumibile – in base al criterio logico – la regola per cui a non-x segue non-y.

Nella teoria generale del diritto questo argomento formale viene respinto per una ragione sostanziale: l'esistenza dell'art. 12, comma 2 Preleggi, da cui si evince che l'ordinamento giuridico non attribuisce automaticamente all'assenza di una disposizione di legge per un caso il significato di irrilevanza giuridica di quel caso. Piuttosto, tale dato si presenta neutro, sino a quando l'interprete non stabilirà se tale assenza sia indicativa del disinteresse dell'ordinamento giuridico verso quel caso, ovvero di una lacuna, suscettibile di essere colmata attraverso l'analogia.

L'art. 12, comma 2 Preleggi rappresenta in tal senso il corollario di due principi fondamentali propri degli ordinamenti di tipo continentale o chiuso, per i quali il giudice deve decidere ogni caso che venga sottoposto al suo esame (obbligo di non denegare giustizia), e tale decisione deve prendere applicando una norma di legge (obbligo di fedeltà del giudice alla legge). Come tale, il procedimento per analogia costituisce uno dei momenti del complessivo processo dell'applicazione della legge, attraverso l'auto-integrazione.

Rimane da spiegare come si possa attrarre all'area del giuridicamente rilevante un caso se non vi è una norma che lo regoli. Infatti, per il principio di causalità normativa, non può esservi alcun effetto giuridico (né, dunque, alcuna rilevanza), in mancanza di una disposizione di legge che disciplini quel caso.

L'analogia, dunque, sembra costituire un fenomeno inspiegabile: essa da un lato presuppone che nessuna disposizione regoli il caso (altrimenti non ve ne sarebbe bisogno), dall'altro che il caso sia

rilevante per l'ordinamento giuridico (altrimenti non si tratterebbe di una lacuna da colmare con l'analogia). La soluzione dell'enigma discende dalla distinzione tra disposizione e norma: l'analogia interviene nei casi in cui manca una disposizione, ma esiste una norma, quella appunto ricavabile dall'analogia, che attinge ad altre disposizioni di legge (*analogia legis*), o ai principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*). L'analogia è, dunque, una figura di collegamento tra il caso e la disposizione che non lo contempla, ma alla cui norma può essere riportato.

Da qui emerge la differenza con l'interpretazione e con altre forme di estensione della legge: diversamente da tali procedimenti l'analogia risolve il problema derivante dalla lacuna mediante ricorso ad una o più disposizioni vigenti la cui *ratio* sia tale da comprendere anche il caso non previsto.

Benché abbia il medesimo contenuto della norma che ha una disposizione, la norma creata con l'analogia è nuova. La norma è costituita da tre componenti: il fatto, la regola, l'effetto; la norma desunta per analogia condivide con quella da cui è ricavata la regola e l'effetto, ma non il fatto. A regolare il caso non previsto è la disposizione che prevede il caso simile, ma una diversa norma, costruita *ad hoc* utilizzando detta disposizione.

2.2 Diritto e leggi scientifiche

Seconda questione è il rapporto tra l'ordinamento giuridico e le scienze non formali (scienze naturali, scienze umane, scienze morali), ossia le discipline che studiano il mondo fisico e umano e ne descrivono le leggi di funzionamento.

Questo problema riguarda pur sempre il legislatore, ma poi si riflette sull'interprete, che è chiamato ad individuare il risultato dell'inferenza normativa, quindi ad accertare il significato della disposizione di legge (regola) in cui è sussunto il caso.

Nel dominio giuridico si avverte che, essendo la regola frutto di una scelta del legislatore, e non della scoperta dei meccanismi di funzionamento della realtà che ne costituisce oggetto, l'attività dell'interprete non è delimitabile dal puro dato formale, convogliato nel testo linguistico, poiché questo non è di per solo idoneo ad esprimere la volontà del legislatore, sia pure intesa in senso obiettivo, ossia come significato desumibile dalla disposizione di legge.

Ciò sarebbe scolpito nell'art. 12, comma 1 Preleggi, secondo cui "*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*".

Il problema è antico e viene ricondotto all'alternativa se l'interpretazione sia attività di mero accertamento o di decisione, nel senso che tra i più significati possibili di un testo ne esista uno solo

corretto (ed un metodo inconfutabile per accertarlo), ovvero la preferenza per un significato piuttosto che per altri sia il frutto di una scelta, per quanto indirizzata da criteri oggettivi e predeterminati.

Sulla questione si sono sviluppate tre teorie.

La prima teoria, c.d. cognitiva, nasce nella prima metà del XVIII secolo in concomitanza all'elaborazione della teoria della separazione dei poteri e configura l'interpretazione come un'operazione dichiarativa, di stampo formalistico, riallacciandosi a quegli indirizzi che vedevano nel giudice la bocca della legge⁷, con una conseguente trasformazione dell'attività giudiziaria in un sillogismo, dove scompare ogni profilo di discrezionalità. Il sillogismo si presenta nella sua veste classica, come conclusione necessaria di premesse vere. Dal che, peraltro, si evince immediatamente che la pretesa certezza del diritto, nella sua applicazione al caso concreto, riposa proprio sull'accertamento delle premesse, la cui verità ovviamente non è un dato di partenza, ma a sua volta il punto d'arrivo di un ragionamento. Qui, in particolare, interessa la premessa maggiore, attinente alla norma, e dunque richiama l'interpretazione, quale procedimento che consente il passaggio dal testo alla norma⁸.

Sul versante opposto si situano le teorie c.d. scettiche, che negano l'esistenza di significati precostituiti nella disposizione. L'interpretazione non si limita ad una mera attività di accertamento, ma trova la sua essenza nella facoltà di scelta tra più possibili significati. L'ermeneutica non è quindi atto di conoscenza, ma piuttosto di volontà. Nella variante estrema di tali teorie si afferma che i testi normativi non avrebbero altro significato che quello scelto dall'interprete, mentre, secondo un orientamento moderato, ogni testo normativo è suscettibile di esprimere una pluralità di significati, con la conseguenza che l'interpretazione consisterebbe nella scelta fra uno di essi⁹.

Oggi prevale una teoria intermedia, che ravvisa nell'interpretazione entrambi gli aspetti, facendone un procedimento complesso, più che una singola operazione. Il linguaggio, accanto ad un nucleo di significato certo, che designa una classe definita di oggetti, presenta una zona di penombra, che ne delimita il confine verso l'area di incontrastata esclusione o non-appartenenza¹⁰. In tale zona grigia

⁷ Sul punto si richiama la celebre citazione «*Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*», MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, 1748.

⁸ Passaggio preliminare è la stessa individuazione della norma da applicare al caso concreto.

⁹ Sul punto si rimanda a GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, pag. 27-28.

¹⁰ Sul punto si richiamano le considerazioni ormai storiche di H. L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961. Nella traduzione italiana di Mario Cattaneo, edita da Einaudi, del 1965, si legge a pag. 148: «In tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire. Vi saranno invero casi chiari che ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili (Se mai esistono dei veicoli l'automobile è uno di questi), ma vi saranno anche dei casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no (il termine "veicolo" usato in questo contesto include le biciclette, gli aerei e i pattini a rotelle?). Queste sono situazioni di fatto messe continuamente sulla scena ad opera della natura o dell'invenzione umana, che possiedono soltanto alcune caratteristiche dei casi normali, mentre sono prive di altre. I canoni interpretativi non possono eliminare queste incertezze, benché

si colloca una possibile pluralità di significati, suscettibile di produrre esiti contrastanti circa l'appartenenza o meno di un oggetto alla norma. Ne consegue che l'attività di interpretazione ha natura di accertamento sia in positivo, per quanto riguarda gli oggetti rientranti nel nucleo forte di significato del testo, sia in negativo, con riferimento agli oggetti estranei a detta area. Invece, con riguardo a quegli oggetti per i quali è incerta l'appartenenza all'area semantica di un determinato termine, data la presenza di più significati, sia in senso positivo che in senso negativo, la scelta tra di essi è frutto di una decisione.

Studiare il diritto con metodo scientifico comporta di ripensare il problema dell'interpretazione.

Il valore convenzionale della norma, espresso dalla forza imperativa della disposizione e riversato nel testo, deve collimare con il suo valore reale, espresso dal significato del testo. Ciò per un'elementare esigenza di certezza, che, pur manifestandosi maggiormente in alcuni rami dell'ordinamento giuridico, come quello penale, è comune a tutti, poiché comune è la funzione razionale dell'ordinamento giuridico.

L'interpretazione deve colmare lo spazio che esiste tra norma e realtà, definendo univocamente la realtà individuata e disciplinata dalla norma, nei limiti che sono invalicabili dal legislatore e che non attengono alle leggi del linguaggio, ma a quelle della realtà.

L'antica contrapposizione tra la legge fisica e la legge giuridica, da cui origina storicamente tutto il problema dell'interpretazione, non può essere accettata come ostacolo insuperabile, dovendo la dicotomia tra la necessità inderogabile dell'accadere fenomenico, governato da leggi di natura, e la coattività mutevole e transitoria dei rapporti umani, governati dall'atto politico, trovare una composizione a seconda della materia regolata dalla norma.

Laddove possibile il legislatore dovrebbe impiegare solo termini che evocano immediatamente la realtà fisica, e che non richiedono altra operazione ermeneutica che quella di ricercare nell'apposito codice linguistico il loro significato. Tali termini sono quelli che hanno valenza simbolica tendenzialmente assoluta, essendo stati elaborati dal linguaggio per connotare realtà definite con certezza. In siffatte ipotesi il linguaggio svolge la funzione che gli è propria: rappresentare direttamente un'idea¹¹. Ciò accade quando il linguaggio designa settori della realtà governati da leggi scientifiche, in cui ad un concetto corrisponde una parola e viceversa. In tali casi è sufficiente per l'interprete guardare al registro del linguaggio e prelevare l'idea corrispondente a quel termine. Qualora, per ragioni di economia, in detto registro a quella parola fossero stati assegnati anche ulteriori significati, sarebbe comunque possibile, attraverso altri indici testuali (in particolare il contesto in cui la parola è inserita), ricavare con certezza il suo significato nella disposizione. Non

possano diminuirle: infatti questi canoni sono essi stessi norme generali per l'uso del linguaggio, e fanno uso di termini generali che richiedono a loro volta di essere interpretati».

¹¹ Il concetto era scolpito dagli antichi: «*rem tene verba sequantur*», e «*nomina sunt consequentia rerum*».

di scelta si tratterebbe, ma di ricognizione, poiché il tasso di discrezionalità di un'attività intellettuale dipende dai parametri che osserva, non dal contenuto volitivo dell'operazione, che non può mai mancare.

Nelle situazioni in cui ciò non è possibile il legislatore impiega termini che hanno una valenza simbolica relativa, perché rinviano a realtà diverse. Quando si parla di termini non univoci o polisemi, si intende appunto qualificare la situazione in cui non è vi corrispondenza necessaria tra il linguaggio e la realtà, ma solo corrispondenze possibili, nel senso che il concetto può indicare più realtà, sia pure con diverso grado di forza.

Ciò è tipico del consorzio umano, poiché i comportamenti e le relazioni umane non sempre possono essere definite in termini scientifici, o comunque nei termini fissati dalle scienze esatte. In tali settori intervengono mediazioni tecniche e culturali, che il linguaggio esprime, sì che lo stesso perde la sua valenza di simbolo della realtà, cioè di immediata comunicazione di una porzione del mondo conoscibile senza margini di dubbio.

Allora, piuttosto che di valenza simbolica relativa, è corretto parlare di valenza sintomatica: la parola è un sintomo, un segno della realtà, e come tutte le realtà che si manifestano attraverso segni la sua identificazione ha carattere probabilistico. Quando il significato è solo probabile, l'interprete deve sceglierlo. La scelta in questo caso non ha natura di ricognizione, ma implica esercizio di discrezionalità.

Quindi, l'ordinamento giuridico conosce situazioni in cui l'interpretazione è un'attività di conoscenza, altre in cui l'interpretazione ha natura di giudizio.

La distinzione tra tali situazioni dipende dalla legge di 'copertura' impiegata: è la legge che 'copre' la norma, cioè la legge della conoscenza preesistente all'ordinamento giuridico ed a cui il legislatore ricorre per identificare e definire la realtà che ne forma oggetto.

La norma disciplina la realtà, dunque la rappresenta in base alle leggi della conoscenza che la spiegano. Dal tipo di realtà che costituisce oggetto della norma, dipende il tipo di legge utilizzata.

Poiché il diritto è un sistema di regolazione sociale, accanto alla dimensione fisica del fatto, occorre considerare la dimensione umana e sociale. Se questa è immediatamente espressa dall'accadimento fenomenico *nulla quaestio*: il ricorso alle leggi scientifiche sarà sufficiente. Se, invece, essa si distacca dal dato fenomenico, implicando una lettura valutativa dell'accadimento, il ricorso alle leggi scientifiche non è sufficiente, e il legislatore utilizza leggi della conoscenza che hanno per oggetto l'uomo, più che la natura. In tale seconda ipotesi, può trattarsi di leggi codificate da discipline tecniche (diritto, economia), o di leggi appartenenti ad ordinamenti immateriali e di valore (filosofia, religione, morale).

Nell'ordinamento giuridico esistono, dunque:

- norme del 1° tipo, i cui concetti sono definibili sulla base delle scienze pesanti¹²;
- norme del 2° tipo, i cui concetti sono definibili sulla base delle scienze leggere¹³;
- norme del 3° tipo, i cui concetti sono definibili sulla base di codici culturali¹⁴.

Da quanto precede si ricava che la fattispecie giuridica, nel momento della sua applicazione, non sempre si comporta come una deduzione rigorosa, poiché ciò accade solo nelle norme del primo tipo, fondate su una legge di carattere universale, di cui è possibile accertare con precisione il significato.

Dunque, mentre nella dimensione astratta viene in rilievo la legge in senso formale, ossia come regola giuridica di connessione necessaria tra un caso e un risultato, che ha carattere assoluto, nella dimensione concreta viene in rilievo la legge in senso sostanziale, ossia come regola esplicativa dei meccanismi di funzionamento del mondo, che ben può avere carattere relativo, istituendo una connessione solo probabilistica.

Le norme del primo tipo hanno portata descrittiva e sono immediatamente esplicative, in virtù di un contenuto certo, siccome costruito mediante ricorso a concetti su cui la comunità ha raggiunto ampia condivisione.

L'interpretazione di tali disposizioni è essenzialmente un'attività di accertamento, poiché esse conservano le caratteristiche dell'inferenza deduttiva rigorosa, essendo fondate su leggi di carattere universale o, al più, dotate di un elevato grado di conferma induttiva e non falsificate.

Quando la norma sia interamente costruita su leggi scientifiche, l'unico problema che si può porre è se il giudice sia totalmente vincolato alla nozione scientifica o meno: è il rapporto tra giustizia e sapere scientifico.

Al riguardo esistono due impostazioni: a) il giudice si deve limitare ad accertare le nozioni scientifiche, trasferendole nell'interpretazione della norma; b) il giudice può adattare le nozioni scientifiche alle finalità della norma.

In base all'art. 101 Cost. *“I giudici sono soggetti [soltanto] alla legge”*, e tale soggezione comprende tutte le leggi da essa direttamente richiamate. Il giudice non può farsi né legislatore, né scienziato: egli è sempre un fruitore e non un produttore di leggi scientifiche, ragion per cui è vincolato al sapere scientifico. Occorre tuttavia distinguere tra sapere scientifico di carattere

¹² Sono le scienze che studiano la natura, tramite modelli matematici, come matematica, informatica, fisica, chimica. Queste, a loro volta, costituiscono la base di altre scienze, che pure presentano un elevato grado di formalizzazione, come la statistica, la biologia, l'astronomia, le scienze della terra. Le scienze applicate sono tutte le discipline scientifiche che trasformano i risultati della ricerca pura in tecnologia, utilizzabile dall'uomo. A titolo esemplificativo vi rientrano la medicina, l'ingegneria, l'architettura, la scienza delle costruzioni.

¹³ Sono le scienze sociali e umane, che studiano l'uomo nella sue diverse manifestazioni. A titolo esemplificativo vi rientrano il diritto, l'economia, le scienze politiche, l'antropologia, la sociologia, la psicologia, le scienze dell'educazione e della comunicazione.

¹⁴ Anche i sistemi culturali sono studiati da discipline accademiche, ma non con il metodo empirico proprio delle scienze, naturali o umane, bensì in modo critico o speculativo. Alla prima classe appartengono la storia, la letteratura, le arti; alla seconda la filosofia, la morale, la religione, la semiotica.

universale e di carattere relativo, poiché esistono leggi di natura probabilistiche (es. medicina). In tal caso il vincolo si affievolisce, perché può esservi una pluralità di teorie tra cui il giudice deve scegliere e i margini di incertezza della legge scientifica si riflettono sull'interpretazione letterale, sicché rientrano in gioco gli altri criteri,

Le norme del secondo tipo hanno portata valutativa e non sono immediatamente esplicative, essendo costruite tramite concetti tecnico-specialistici.

L'interpretazione di tali disposizioni è un'attività mista, di accertamento e di scelta. Entrambi i momenti sono presenti nell'esegesi dell'elemento tecnico, che presenta una componente di conoscenza ed una di giudizio.

L'interpretazione di fattispecie tecniche a volte costituisce un'attività ermeneutica di secondo grado, quando le relative norme impiegano concetti desunti da altri ordinamenti giuridici. In tali casi l'interprete deve operare l'integrazione rivolgendosi all'ordinamento cui l'elemento appartiene. Da un lato il rinvio non può essere ignorato, perché serve a dare certezza alla fattispecie, utilizzando un concetto già identificato dall'ordinamento, sia pure in un altro settore. Dall'altro, l'integrazione non può essere meramente passiva, perché trascurerebbe la diversa finalità delle disposizioni normative. Pertanto, l'interprete è chiamato a una duplice operazione: in primo luogo identificare il concetto nell'ordinamento giuridico esterno; in secondo luogo decidere come adattarne il significato ai fini dell'interpretazione. La prima è un'operazione di accertamento, che peraltro utilizza i risultati di un'altra attività ermeneutica; la seconda è un'operazione di scelta, risolvibile tuttavia secondo postulati teorici sufficientemente definiti, ossia guardando alla *ratio* della disposizione da interpretare ed alle esigenze del sistema di cui fa parte.

Le norme del terzo tipo hanno portata elastica, essendo costruite tramite concetti culturali. L'interpretazione di tali disposizioni implica una scelta, che, per non restare disancorata da indici oggettivi, avviene per lo più sulla base di *standard* sociali e principi generali del diritto.

Sono le norme che destano maggiori problemi, dove l'attività di giudizio risente molto della soggettività dell'operatore e della variabilità dei significati degli elementi culturali nel tempo. In tali fattispecie il criterio teleologico acquista un peso maggiore.

2.3 La scelta della legge scientifica

Pietra miliare in argomento è la sentenza della Corte Suprema Federale USA, *In Re Daubert*, 1993, pronunciata in una causa civile di risarcimento del danno per le malformazioni di cui erano affetti dalla nascita due minori, la cui madre aveva assunto durante la gravidanza un farmaco (il

Bendectin) sospettato di effetti teratogeni. La sentenza di rigetto della domanda è stata confermata dalla Corte federale in applicazione dei seguenti principi:

- «per essere qualificata come conoscenza scientifica un'inferenza o asserzione deve essere tratta dal metodo scientifico»;
- «una domanda chiave cui rispondere quando si intende stabilire se una teoria o una tecnica sia una conoscenza scientificamente affidabile, è se essa possa essere (e sia stata) testata». La moderna metodologia scientifica «si basa sulla formulazione di ipotesi e sul controllo delle stesse, per vedere se possano essere falsificate; ed effettivamente questa metodologia è ciò che distingue la scienza dalle altre discipline della ricerca umana (si veda anche C. Hempel, *Philosophy of Natural Science*, 1966: “le affermazioni che costituiscono una spiegazione scientifica devono essere suscettibili di una verifica empirica”; K. Popper, *Conjectures and Refutations: the Growth of Scientific Knowledge*, 1989: “il criterio dello status scientifico di una teoria è la sua falsificabilità o confutabilità, o controllabilità”»);
- «l'accettazione generale può avere un peso nell'indagine. Una valutazione di affidabilità consente, anche se non richiede, l'esplicita identificazione di una comunità scientifica rilevante e una espressa definizione di un particolare grado di accettazione all'interno di una comunità scientifica rilevante ed una espressa definizione di un particolare grado di accettazione all'interno di quella comunità»;
- «nel caso di una particolare tecnica scientifica, le Corti debbono considerare il tasso noto o potenziale di errore [...] e resistenza, e provvedere all'applicazione costante di standards di controllo dell'efficacia della tecnica»;
- «le conclusioni scientifiche sono soggette a continua revisione [...]. Riconosciamo al giudice il ruolo di custode».

La premessa da cui muove la Corte Suprema è proprio quella che rende complesso il problema del rapporto tra diritto e scienza, cioè l'assenza di certezze nel sapere scientifico, per cui un'ipotesi scientifica accreditata in un certo periodo storico e posta alla base di decisioni giurisdizionali, anche definitive, può in seguito essere smentita.

Per ridurre al minimo possibile il rischio di una sentenza ingiusta si deve ricorrere al procedimento di conferma e falsificazione. Sono, dunque, contemporaneamente adottati i metodi di controllo dell'ipotesi scientifica propugnati da Hempel¹⁵ e Popper¹⁶ (espressamente citati), essendo richiesta sia la conferma empirica, sia quella logica.

¹⁵ Il neopositivismo (Hempel) adotta il metodo induttivo, accettando le ipotesi scientifiche che presentino un alto grado di conferma sperimentale: la validità dell'ipotesi esplicativa dipende dal numero dei casi – appartenenti alla classe di fenomeni che è deputata a regolare – in cui trova efficiente impiego. L'induzione viene utilizzata come strumento di verifica dell'ipotesi, piuttosto che come tecnica di scoperta scientifica. Il procedimento scientifico elaborato dalla concezione neo-positivistica si articola in sei fasi:

1. osservazione;

A questo procedimento la Corte federale degli Stati Uniti d'America aggiunge il criterio tradizionale del consenso generale, cioè il riferimento a conoscenze scientifiche che, per quanto provvisorie, nondimeno hanno assunto un valore paradigmatico, essendo universalmente riconosciute dalla comunità scientifica¹⁷.

Nella epistemologia contemporanea, oltre al metodo scientifico ed al criterio dell'evidenza empirica, sono stati elaborati una serie di indici della scientificità di una teoria:

- parsimonia, cioè l'utilizzo del minor numero di ipotesi per spiegare un fenomeno (riprende la teoria del rasoio di Occam);
- consistenza, cioè la mancanza di contraddizioni logiche e la capacità di spiegare anche i fenomeni precedentemente osservati e spiegati in altro modo;
- pertinenza, cioè la capacità di spiegare il fenomeno osservato;
- riproducibilità, cioè la capacità di fare previsioni che possano essere testate da ogni osservatore, anche in un futuro indefinito;
- modificabilità e dinamicità, cioè la possibilità di essere modificata in seguito a nuove osservazioni;
- l'assunzione che le precedenti teorie siano approssimazioni, e la possibilità che lo stesso sia detto da una futura teoria;
- l'incertezza di tale teoria, che dunque non assume un valore di verità assoluta, come sono quelle veicolate dalle dottrine della fede.

Alcuni di questi criteri talvolta compaiono nella giurisprudenza americana, più spesso sono assorbiti nella regola *Daubert*.

Ne consegue che una teoria scientifica, perché sia dotata di attendibilità tale da poter essere impiegata per le decisioni giudiziarie, deve essere empiricamente verificabile, suscettibile di

-
2. esperimento;
 3. correlazione fra le misure;
 4. definizione di un modello fisico;
 5. elaborazione di un modello matematico;
 6. formalizzazione della teoria.

¹⁶ Il falsificazionismo (Popper) critica il metodo induttivo, negandone qualsiasi competenza sul piano logico, atteso che la somma dei particolari non può mai fondare un'asserzione universale. Ogni ipotesi è provvisoria, perché può essere smentita e la sua conferma avviene non per verifica, ma per fallimenti di confutazione. In assenza di falsificazioni una teoria scientifica gode di una provvisoria validità e può essere utilizzata. Per converso un'ipotesi che non sia suscettibile di essere falsificata non è, per definizione, scientifica.

Per il metodo ipotetico-deduttivo il procedimento scientifico si articola in quattro fasi:

1. formulazione di un'ipotesi;
2. deduzione delle conseguenze, prevedendo gli eventi che in base ad essa devono verificarsi;
3. osservazione, tramite esperimenti, se si produce l'evento previsto;
4. se l'evento si produce la teoria non è confermata, semplicemente non è stata smentita possiamo accettarla provvisoriamente.

¹⁷ È la concezione di KUHN, che, in dissonanza da POPPER, ritiene che la ricerca scientifica raggiunga un grado relativo di stabilità, fissato nel concetto di "scienza normale", cioè «una ricerca stabilmente fondata su uno o più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore».

falsificazione, essere stata oggetto di pubblicazioni sottoposte a revisione paritaria e godere del consenso della comunità, esserne noto il tasso di errore e la correttezza delle procedure di controllo cui è sottoposta.

Ciò conduce ad escludere non solo, come è ovvio, la c.d. scienza spazzatura, ma anche tutti gli studi scientifici che, pur avendo trovato conferma sperimentale, non hanno resistito ai tentativi di falsificazione, essendo stati contraddetti da altri studi scientifici.

Un criterio così rigoroso sembra restringere eccessivamente il novero delle leggi scientifiche utilizzabili. Molte leggi sono prive di una verifica sperimentale nella totalità dei casi, sicché non reggono al criterio della conferma. Altre sono contraddette, sicché non reggono al criterio della falsificazione.

Quanto alle leggi prive di conferma universale, occorre distinguere tra le teorie che si prefiggono tale grado di conferma, le quali devono ritenersi fallite, e le teorie che hanno un'intrinseca natura relativa, essendo destinate ad operare in settori dove la conoscenza dei fenomeni naturali non è ancora in grado di formulare ipotesi dotate di capacità esplicativa piena, le quali possono essere accreditate a patto che sia dichiarato il tasso di errore e lo stesso appaia contenuto in margini accettabili.

Quanto alle leggi contraddette da altre teorie, la falsificazione non le esclude dal sapere scientifico utilizzabile in sede giuridica allorquando riguardi ambiti estranei alla materia oggetto della legge. Ad esempio gran parte della fisica classica, originata dalle teorie di Galilei e Newton, è stata messa in crisi da due teorie del ventesimo secolo, cioè la teoria della relatività di Einstein e la meccanica quantistica, le quali però si occupano della realtà su dimensioni o grandezze che non sono quelle oggetto del diritto (che non riguarda né il mondo subatomico, né quello che funziona alla velocità della luce), in cui le leggi classiche conservano validità.

Nell'ambito delle leggi a carattere relativo, può verificarsi il caso in cui al giudice si prospetti un'alternativa, stante l'esistenza di almeno due teorie sufficientemente accreditate. La giurisprudenza ha affermato che quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunemente accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta comunque al giudice prescegliere quella da preferire. La Corte di Cassazione, rispetto a tale apprezzamento, non deve stabilire se la tesi accolta sia esatta, ma solo se la spiegazione fornita sia spiegata in modo razionale e logico¹⁸.

Se pensiamo che la pronuncia *Daubert* è stata resa in un giudizio civile, dovremmo concludere che i requisiti ivi fissati siano quelli minimi, al di sotto dei quali non si può scendere, fermo restando che il più rigoroso criterio *b.a.r.d.* – previsto in sede penale, ma che il legislatore può adottare anche in altri rami dell'ordinamento per particolari materie – può comportare ulteriori restrizioni.

¹⁸ Cass. pen, sez. IV, n. 43786 del 2010, in un caso relativo alla rilevanza dell'esposizione prolungata all'amianto nell'insorgenza del mesotelioma pleurico.

Così parte della dottrina ritiene inutilizzabili le leggi che si occupano di classi astratte di fenomeni – che esprimano esclusivamente una correlazione quantitativa tra eventi di genere e l’attitudine di un evento ad aumentare o diminuire la probabilità di verifica dell’altro – ed esprimono una causalità generale, incapace di concretizzazione, come l’epidemiologia, la tossicologia, la biologia animale.

La giurisprudenza, per contro, ammette anche in sede penale le leggi a frequenza statistica medio-bassa¹⁹, che sono invece ripudiate da chi assume che il *b.a.r.d.* postuli l’adesione al paradigma della c.d. certezza scientifica, costruita su base nomologica ed empirico-induttiva, che implica l’applicazione all’ipotesi accusatoria di leggi scientifiche certe e l’assenza di ipotesi alternative credibili, ripudiando quello della certezza logica, costruito su base stocastica, probabilistica e logico-deduttiva, il quale si accontenta di un giudizio di credibilità razionale dell’ipotesi accusatoria e della preferibilità rispetto a costruzioni alternative, pur non sfornite di plausibilità.

In realtà occorre distinguere tra il giudizio di fatto, cui si riferisce l’anzidetta giurisprudenza, e il giudizio di diritto.

Ai fini dell’accertamento del fatto il *b.a.r.d.* è compatibile con l’impiego di leggi statistiche, grazie agli strumenti della *corroboration* e, soprattutto, della *cumulative redundancy*, che possono consentire di escludere dubbi ragionevoli qualora non siano disponibili leggi universali. Partendo dal postulato che la dimostrazione di una tesi si ottiene attraverso la falsificazione dell’antitesi, eliminare il ragionevole dubbio non implica dimostrare che la tesi sia l’unica astrattamente possibile, ma che le altre siano prive di fondamento razionale.

A diverse conclusioni deve pervenirsi quanto alle leggi scientifiche da impiegarsi nel giudizio di diritto, al fine di ricostruire il significato della fattispecie astratta. Ciò perché in questo caso la legge di copertura è impiegata in una proposizione deduttiva.

Tuttavia, occorre considerare che, a fronte della scelta del legislatore che codifichi fattispecie definite nella realtà da leggi scientifiche deboli, o addirittura prive di definizione scientifica, l’interprete non ha altra possibilità che applicare quelle, oppure sollevare questione di legittimità costituzionale²⁰.

Ciò non vale, chiaramente, quando sono regolati fatti che, non avendo immediata corrispondenza in *rerum natura*, sono descritti sulla base di leggi attinte dalle scienze sociali. Rispetto a tali fatti, più

¹⁹ «È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch’essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento» (Cass. sez. un., *Franzese*, cit.).

²⁰ Famigerato il caso del delitto di plagio.

frequenti nell'ordinamento civile e amministrativo, le leggi scientifiche sono prive di competenze, dal che ne consegue che in tali ambiti non si può pretendere l'impiego.

Ciò non di meno le conoscenze che vengono utilizzate non possono sottrarsi ai principi fissati in *Daubert*. In tal senso si è espressa la Corte Suprema nel 1999²¹, secondo cui «in questo caso ci si chiede di determinare come la massima di *Daubert* possa applicarsi alla testimonianza di tecnici o di altri esperti che non siano scienziati. Noi statuiamo che la massima di carattere generale di *Daubert* – che stabilisce l'obbligo per il giudice di farsi custode del metodo – si applica non solo alla testimonianza basata su conoscenze scientifiche, ma anche a quella basata su conoscenze tecniche o su altre conoscenze specialistiche»²².

2.4 Lo standard del giudizio civile

Nell'ordinamento giuridico – come in natura – esistono tre livelli di conoscenza suscettibili di essere posti a fondamento di una decisione:

- certezza;
- probabilità (qualificata e semplice);
- possibilità (qualificata e semplice).

La certezza è generata solo dalle decisioni definitive del giudice penale, poiché nel processo penale opera la regola *b.a.r.d.* (art. 533 c.p.p. “*al di ogni ragionevole dubbio*”).

La probabilità può essere distinta in probabilità qualificata (‘più probabile che non’) e probabilità semplice.

La probabilità qualificata è generata dalle decisioni cautelari del giudice penale, da quelle definitive del giudice civile, del giudice amministrativo (ancorché le une come le altre, una volta passate in giudicato, debbano essere intese come certezze formali, esse si fondano sulla probabilità del fatto e del diritto), dell'autorità amministrativa (che, però, non sono mai dotate di certezza formale, se non a seguito di ricorso giurisdizionale respinto, potendo altrimenti essere annullate in autotutela).

La probabilità semplice è generata dal decreto di rinvio a giudizio del giudice penale, dalle decisioni cautelari del giudice civile, del giudice amministrativo, dell'autorità amministrativa.

La possibilità può essere distinta in possibilità qualificata e probabilità semplice.

La possibilità qualificata è generata dalla apertura di un procedimento penale, la possibilità semplice dalla apertura di un procedimento amministrativo.

²¹ Sentenza *Kumho*, la quale però riguardava discipline classificabili tra le scienze applicate, e non tra le scienze sociali.

²² Ciò è in linea con la citata *Federal Rule of Evidence 702*, dalla cui interpretazione muove *Daubert*, secondo la quale «Se qualche conoscenza scientifica, tecnica o di altro tipo specialistico dovesse essere utile a chi accerta i fatti un teste qualificato come esperto può rendere la sua testimonianza sotto forma di opinione».

Per definire lo standard decisorio adottato nel giudizio civile occorre procedere per distinzione dalla regola *b.a.r.d.*

È oramai invalso nel pensiero giuridico occidentale l'impiego nell'indagine giudiziaria – sia penale (Cass. pen. sez. un. 11 settembre 2002, n. 30328), che civile (Cass. civ. sez. un. 11 gennaio 2008, n. 58111) – del metodo scientifico: il giudizio è governato dalla legge $p(HK) = r$, dove la probabilità (p) dell'ipotesi (H) è proporzionale al grado di informazione coerente (K), introdotta nel processo attraverso l'acquisizione dei mezzi di prova, ed al crescere di K aumenta il grado di resistenza (r) alla falsificazione dell'ipotesi.

Dal punto di vista logico, il ragionamento giudiziario – tradizionalmente ricondotto al sillogismo, in cui l'elemento noto (premessa minore o *factum probans*) viene analizzato secondo una regola (premessa maggiore) e fornisce un risultato sul fatto ignoto (conclusione o *factum probandum*) – segue il modello dell'abduzione e non della deduzione.

Cioè poiché nell'accertamento di un fatto – in sede civile, penale o amministrativa – si tratta di pensare a ritroso e l'impiego di leggi universali, ove disponibili, è limitato a singoli passaggi, sicché la conclusione provvisoria ha sempre natura probabilistica.

Nel processo l'abduzione si arricchisce grazie a una duplice operazione, rispettivamente di conferma e di verifica dell'ipotesi di partenza: la *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quelle impiegate nella premessa minore dell'inferenza, e la *cumulative redundancy*, che consiste nel validare la bontà del risultato dell'inferenza, mercé la confutazione delle ipotesi alternative.

Secondo la tesi prevalente, sia in giurisprudenza che in dottrina, il procedimento di conferma – *cd. evidence* – ha natura induttiva ed è centrale nel ragionamento giudiziario, distinguendosi nettamente dalla fase di formulazione dell'ipotesi e da quella, subito posteriore, della generazione delle conclusioni provvisorie.

Più precisamente, l'abduzione è limitata al momento iniziale, in cui, sulla base di associazioni o analogie spontanee, l'interprete elabora una congettura esplicativa del fatto, sulla cui base prosegue l'indagine, salvo che la stessa non superi la fase della conferma e sia necessario il ritorno alla fase della formazione delle ipotesi (c.d. andamento ricorsivo del ragionamento).

Nella fase successiva si traggono deduttivamente le conclusioni suggerite dall'ipotesi di partenza, onde riscontrare l'attendibilità dell'ipotesi mediante la c.d. esplorazione, che avviene nella terza fase.

In tale fase si procede alla revisione dell'ipotesi sulla base dell'evidenza empirica disponibile: se le conclusioni provvisoriamente raggiunte ricevono conferma, l'ipotesi acquisita consistenza, divenendo la spiegazione dei fatti preferibile, tanto più probabile quanto più ampia è l'*evidence*.

Le tre fasi, pur se concatenate e suscettibili di considerazione circolare oltre che lineare, devono essere separate sul piano gnoseologico, non solo per l'intrinseca disomogeneità della logica argomentativa sottesa, ma anche per il diverso rischio di fallacie cognitive cui ciascuna è esposta. In particolare l'argomentazione abduttiva, essendo un prodotto del "pensiero spontaneo", da intendersi come il ragionamento umano non sostenuto «da strumenti formali correttamente appresi e correttamente applicati, come le logiche deduttive e induttive», sarebbe esposta a maggiori rischi di errore.

Orbene, la riferita classificazione strutturale del ragionamento giudiziario merita alcune precisazioni.

Nel processo l'interprete non elabora induzioni, potendo al più avvalersi di regole induttive preesistenti, siano esse leggi statistiche o massime di esperienza. L'argomentazione che giustifica un'ipotesi sul fatto tramite l'uso di un altro fatto con esso coerente o, quantomeno, compatibile, non è un'induzione.

La conferma dell'ipotesi avviene per completamento della premessa minore dell'abduzione.

È l'abduzione, dunque, il perno del ragionamento giudiziario sui fatti, come peraltro plasticamente evidenziato dalla formula matematica citata, la quale è incentrata sulla probabilità dell'ipotesi e definisce la fase di conferma come rivolta alla sua crescita, onde offrire maggiore resistenza ai successivi tentativi di falsificazione, necessari per raggiungere la soglia *b.a.r.d.*

Con riguardo all'abduzione, è improprio ritenere un maggiore rischio di fallacia sull'assunto che essa sarebbe il prodotto del "pensiero spontaneo". In primo luogo l'abduzione è, al pari della deduzione e dell'induzione un procedimento formale, benché connotato da un maggiore spazio di creatività dell'interprete. In secondo luogo, il c.d. pensiero spontaneo, altro non è che l'intuizione, un'istantanea forma di ragionamento basata su formule associative e dissociative, la cui potenza è direttamente proporzionale alle conoscenze e capacità intellettuali dell'operatore umano.

Sulla base di ciascuna inferenza abduttiva (una per ogni singolo tema di prova) viene organizzata una sequenza argomentativa finale, in cui i vari risultati ottenuti si comportano come elementi del modello globale di ricostruzione del fatto e vengono interpretati sulla base di un'ipotesi esplicativa generale, in cui il complesso dei risultati ottenuti, valutati in base alle pertinenti regole di inferenza, generano la conclusione sul *thema decidendum*.

L'ipotesi potrà dirsi confermata quando la conclusione sia coerente con tutti i risultati ottenuti nel processo.

L'ipotesi potrà dirsi vera (oltre ogni ragionevole dubbio) quando la conclusione sia l'unica in grado di giustificare tutti i risultati ottenuti nel processo, o comunque sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.

L'ultimo nodo da sciogliere attiene al grado della verifica probabilistica: nei casi in cui un'ipotesi appaia non già l'unica, ma nettamente preferibile su ogni altra esistente, può non essere chiaro in cosa debba tradursi questa preferenza.

Superato, oramai, l'antico paradigma della certezza morale, l'alternativa è tra certezza scientifica (costruita su base nomologica-deduttiva: la spiegazione consiste nella deduzione di un fenomeno a partire da una serie di premesse, che siano sostenute perlomeno da una legge di natura. Le leggi scientifiche contengono una sorta di necessità intrinseca; oltre a ciò, esse non descrivono solamente il comportamento effettivo dei fenomeni, ma anche il loro comportamento virtuale) e certezza logica (costruita su base logico-deduttiva: la spiegazione razionalmente accettabile è quella in grado di giustificare deduttivamente, ponendosi come premessa, il fenomeno, ma non coperta da leggi scientifiche universali, sicché lascia spazio a ipotesi alternative astrattamente plausibili, ma dotate di capacità esplicativa quantitativamente assai inferiore).

In base alla prima la ricostruzione suscettibile di essere posto a fondamento del *b.a.r.d.* sarebbe solo la tesi non contraddetta da alcuna ipotesi alternativa dotata di minima plausibilità e sorretta da leggi scientifiche di carattere universale. In base alla seconda sarebbe sufficiente anche una ricostruzione del fatto sorretta da leggi induttivamente formate, ove dotata di capacità esplicativa nettamente superiore alle altre possibili ricostruzioni.

Il dualismo, tuttavia, appare superabile, alla luce della considerazione che neppure il paradigma della certezza scientifica è immune dall'esigenza di istituire una relazione tra tesi e antitesi.

Non è sufficiente che la tesi sostenuta sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa concreta (nel qual caso si slitterebbe verso il parametro del 'più probabile che non', quand'anche caratterizzato da alti livelli di probabilità), ma occorre che essa sia capace di neutralizzare l'ipotesi alternativa, degradandola allo stadio di ipotesi puramente astratta, in assoluto non escludibile, ma appartenente all'universo delle congetture teoriche, sformite di appigli nella realtà.

La netta preferibilità, dunque, resiste come criterio, ma si misura sull'esistenza di ipotesi alternative astratte (rispetto alle quali altro non si può predicare – per gli insanabili limiti della conoscenza umana – che un giudizio di elevata preferibilità), laddove l'esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implica un ragionevole dubbio.

È nell'area del ragionevole dubbio che si colloca il criterio del 'più probabile che non': ciò che lo connota non è un diverso procedimento logico, ma la (minore) forza dimostrativa dell'*evidence and inference*.

In definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, ma al fine di ritenere provato un determinato fatto, gli è sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il

50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale.

Ciò conferma che nel diritto civile i criteri che presiedono alla scelta della legge scientifica non possono essere diversi rispetto a quanto accade in sede penale, poiché ciò che cambia è il parametro quantitativo del giudizio, non il procedimento logico per formularlo.

I concetti sopra illustrati valgono tanto per il giudizio di fatto quanto per quello di diritto, ossia per l'interpretazione delle norme giuridiche.

2.5 Le leggi scientifiche impiegate nel diritto civile

Se è vero che qualsiasi ordinamento ha per oggetto fatti, essendo il diritto uno strumento di regolazione della realtà, con la conseguenza che non può mai prescindere dalle leggi elaborate dalle scienze naturali, tuttavia esse hanno rilevanza dominante solo nell'ordinamento penale, che ha per oggetto i fatti in quanto tali, senza la mediazione di categorie convenzionali, perché il reato è un'entità di fatto, costruita sulla base di una corrispondenza immediata tra realtà fisica e legge giuridica.

Viceversa, l'ordinamento civile è volto a regolare non fatti, ma rapporti giuridici, bilanciando molteplici ed eterogenei interessi, in base a valutazioni di ordine socio-politico ed economico, con la conseguenza che la disciplina giuridica del reale avviene spesso tramite la mediazione di categorie o istituti giuridici. Categorie che sono creazioni del diritto, elaborate sulla base di concetti essenzialmente normativi, che assumono ad oggetto fatti, ma li riconfigurano in termini giuridici²³.

Si tratta di termini che condensano un gruppo di norme: contratto, negozio, proprietà, persona giuridica, illecito, obbligazione. Questi concetti sembrano privi di valore semantico, posto che loro funzione non è la descrizione del reale, ma la ascrizione di una certa disciplina²⁴. La logica

²³ L'art. 1321 c.c. stabilisce che “*il contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale*”, definendo con un linguaggio tecnico il fenomeno dell'incontro di volontà tra due soggetti. Analogamente è a dirsi per l'illecito civile, che, pur avendo come presupposto un fatto materiale, viene descritto dal legislatore attraverso una formula astratta («fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, dai cui derivano danni risarcibili»), in cui campeggia una clausola indeterminata – il “*danno ingiusto*” – per designare un accadimento naturale, qual è l'evento di danno.

²⁴ Cfr., su tutti, D'ALESSANDRO O, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in Riv.dir.comm., 1967, I, 17, il quale spiega la funzione ascriviva dei concetti giuridici attraverso un esempio: «Le condizioni necessarie e sufficienti per poter ascrivere (...) un certo credito di origine contrattuale dovrebbero essere formulate in modo da tener conto, fra l'altro, di tutte le possibili eccezioni che il debitore potrebbe opporre per paralizzare la pretesa dell'attore. È vero che la dottrina tende a semplificare il quadro riunendo per gruppi queste eccezioni mediante delle concettualizzazioni pregnanti. Così, affermando, nell'ipotesi in esame, il principio che la volontà contrattuale deve essere liberamente, consapevolmente e validamente formata, si può sintetizzare un'intera serie di condizioni necessarie: che il dichiarante non fosse ubriaco o pazzo o stesse scherzando, che non versasse in errore, che non fosse stato costretto (...). Tuttavia il vantaggio è solo apparente. Non è infatti che un contratto viziato da errore sia impugnabile perché sia mancata una volontà consapevole, ma viceversa noi poniamo come condizione necessaria di manifestazione di volontà contrattuale la consapevolezza perché la legge prevede l'impugnabilità del contratto viziato da errore. In altri termini quel requisito della consapevolezza non ha un valore in se stesso; e se noi andiamo a chiedere che cosa significhi poi volontà

moderna definisce queste peculiari figure simboli incompleti, la cui piena intelligenza passa non già dalla ricerca del loro oggetto, bensì dalla comprensione della definizione in uso, ossia delle «regole mediante le quali le proposizioni nelle quali il simbolo occorre possano essere tradotte in proposizioni equivalenti, le quali però non contengano né il *definiendum* medesimo né alcuno dei suoi sinonimi»²⁵.

Va però chiarito che il discorso attraverso simboli incompleti non risulta separato dal discorso avente ad oggetto i fatti, poiché esso altro non è che un mezzo per indicare – in modo più breve – quelle stesse cose, intorno a quei medesimi oggetti, che possono trovare già espressione nel livello elementare: ne consegue che è logicamente possibile abbandonare l'analisi sintattica e scendere a una dimensione semantica inferiore smantellando le proposizioni molecolari offerte dai concetti giuridici in «una serie di proposizioni atomiche che, nel loro significato complessivo, sono, per definizione, perfettamente equipollenti alla proposizione molecolare che le ha generate»²⁶.

Il procedimento di qualificazione della realtà è più diretto quando il legislatore impiega non categorie giuridiche, create all'interno dell'ordinamento giuridico, ma concetti esplicativi, che sono prelevati dalle scienze. Anche in tal caso per il tipo di rapporti regolati più raramente è soggetto a un vincolo dalle scienze naturali e adotta prevalentemente norme del secondo tipo, che impiegano leggi elaborate dalle scienze sociali, o norme del terzo tipo, che impiegano leggi elaborate dalle scienze morali.

Una rassegna delle leggi di copertura impiegate nel diritto civile non può che muovere dalle materie oggetto di intervento legislativo, poiché è la natura delle situazioni e degli interessi dei privati a condizionare la scelta del legislatore. Prendendo come riferimento la sistematica del codice civile, si può fissare un quadro orientativo.

Libro I - *Delle persone e della famiglia*,

Libro II - *Delle successioni*,

Libro III - *Della proprietà*;

Libro IV - *Delle obbligazioni*,

Libro V - *Del lavoro*;

Libro VI - *Della tutela dei diritti*.

Il codice civile muove dall'uomo, come individuo e nei gruppi (enti non lucrativi, famiglia), e ne disciplina il trapasso (successione); poi considera le forme giuridiche del rapporto uomo-natura (proprietà) e dei rapporti economici tra uomini (obbligazioni, contratto, illecito); quindi regola

consapevole la migliore risposta che ci possa essere data è quella di rimandarci all'elenco delle eccezioni che in quell'espressione sono riassunte (consapevole significa: immune da errore, non viziata da dolo o violenza, e così via).

²⁵D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in Studi in memoria di Tullio Ascarelli, 289.

²⁶D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche*, op.cit., 305.

l'attività economica organizzata dell'uomo (lavoro e impresa); infine prevede i mezzi di tutela delle situazioni inerenti ai vari rapporti giuridici regolati.

L'ordine topografico evoca un ordine logico: si parte con la definizione del soggetto di diritto e dei suoi rapporti personali, si prosegue con la regolazione dei rapporti patrimoniali, che passano da una dimensione sporadica a una organizzata.

Tanto premesso, le leggi scientifiche che vengono in rilievo sono:

- persone fisiche e famiglia: biologia, antropologia, sociologia, psicologia, scienze dell'educazione, morale, religione;
- persone giuridiche: antropologia, sociologia, economia, scienze della politica;
- successioni e donazioni: sociologia, economia, morale;
- proprietà: fisica, sociologia, economia;
- obbligazioni e contratti: economia, scienze della comunicazione;
- fatti illeciti patrimoniali: scienze naturali, economia;
- fatti illeciti non patrimoniali: scienze naturali, economia, psicologia, morale.

Il quadro delineato mostra come le leggi di funzionamento del mondo impiegate nel diritto civile siano meno variegate che nel diritto amministrativo e più variegate che nel diritto penale.

Il sapere centrale nel diritto dei privati è l'economia, in virtù della pregiudiziale patrimonialistica che ispira il codice del '42, cui nel tempo si sono aggiunte le scienze umane, in virtù del processo di antropologizzazione che ha investito l'intero sistema civilistico in attuazione dei principi costituzionali.

Una caratteristica del diritto dei privati è l'assenza – salvo rare eccezioni – di posizioni di forza precostituite, cioè assegnate a uno dei soggetti del rapporto giuridico prima della sua costituzione.

Al di fuori di tali eccezioni, legalmente previste, posizioni di forza nei rapporti privati possono nascere, a date condizioni e con una serie di limiti, solo in virtù del consenso di parti che dialogano tra loro in posizione di parità quantomeno formale.

Ne discende, come vedremo, che gli schemi logici predominanti nel diritto civile sono norma-fatto-effetto e norma-potere consensuale-effetto.

Poiché il diritto civile si occupa di rapporti giuridici, molto spazio può avere quella branca della matematica che studia le relazioni tra individui e le procedure di decisione umana.

2.6 La teoria dei giochi

La teoria dei giochi studia le situazioni in cui vi sono interazioni tra due o più soggetti, tali per cui le decisioni di un soggetto possano influire sui risultati conseguibili da parte di un rivale, e ne

ricerca le soluzioni competitive e cooperative tramite modelli matematici. Rappresenta un'evoluzione della teoria della formazione delle decisioni, sviluppatasi negli anni Cinquanta con lo scopo di comprendere le griglie razionali attraverso cui gli esseri umani prendono le loro decisioni.

Si intuisce da ciò quali sono le assunzioni di base della teoria, ossia che i giocatori siano:

- razionali, ovvero che abbiano preferenze coerenti sull'insieme degli impatti finali potenziali, e che ciascuno cerchi di determinare, per quanto in suo potere, l'esito che maggiormente preferisce
- intelligenti, ovvero che siano in grado di rappresentare e analizzare le situazioni che hanno di fronte, che possano formulare ipotesi ed effettuare deduzioni e previsioni sul comportamento proprio e altrui.

La teoria dei giochi può avere due ruoli diversi.

Il primo è quello di interpretare la realtà, ossia spiegare come sia possibile che, nelle situazioni di conflitto, i soggetti coinvolti adottino certe strategie e certe tattiche. Il secondo è quello di determinare quali situazioni di equilibrio possano o meno verificarsi come risultato dell'interazione tra due soggetti.

In ogni caso, i concetti di soluzione che sono utilizzati nella teoria dei giochi intendono descrivere quelle strategie che i giocatori, individualmente o congiuntamente, dovrebbero seguire come conseguenza delle ipotesi di razionalità individuate. Se poi, nella realtà, i giocatori si discostano da quanto previsto dalla teoria, occorre indubbiamente interrogarsi se ciò accada perché il modello non catturi tutti gli aspetti rilevanti di una situazione, oppure perché siano i giocatori a comportarsi in modo non razionale.

I giochi si distinguono in cooperativi e non cooperativi.

Un gioco si può definire cooperativo quando esiste una comunanza di interessi tra i giocatori, che perseguono un fine comune e possono associarsi, in un'ottica di efficienza, al fine di migliorare il risultato atteso²⁷.

Nell'ambito dei giochi cooperativi si possono avere due tipologie: i *TU* e *NTU*, acronimi di *transferable utility* e *non transferable utility*, secondo che esista un mezzo, denaro o altro, per il trasferimento dell'utilità.

La suddivisione della vincita derivante dalla partecipazione al gioco avviene in relazione al ruolo svolto da ciascun giocatore, secondo la sua strategia ed gli accordi (per i giochi *TU* vanno aggiunti i trasferimenti ottenuti durante il gioco).

²⁷ Il concetto di unione di singoli interessi individuali in una coalizione o alleanza è espresso dalla definizione di gioco essenziale, dove il valore v di una generica coalizione G è misurato da una funzione detta funzione caratteristica. Indicato con R l'insieme degli n giocatori, possono esistere arbitrari sottoinsiemi $G \subseteq R$ che rappresentano una coalizione tali per cui G appaia agli effetti del gioco come un unico giocatore. La funzione caratteristica è proprio definita sull'insieme delle parti di R , ossia sull'insieme di tutti i sottoinsiemi $G \subseteq R$ ed associa ad ogni coalizione un numero: $V(G) = v$. Un gioco essenziale è intrinsecamente di natura cooperativa quando tutte le possibili coalizioni costituibili tra gli n giocatori "vedono" che esiste un valore del gioco $V(R)$ che domina la semplice unione dei pagamenti conseguibili dalle singole alleanze $V(R)$. In R tutti i giocatori interagiscono e dalle reciproche relazioni traggono il mutuo vantaggio $V(R)$.

Nei giochi non cooperativi, detti anche competitivi, i giocatori non possono per definizione stipulare accordi vincolanti, indipendentemente dai loro obiettivi. A questa categoria risponde la soluzione data da John Nash.

Il criterio di comportamento razionale adottato nei giochi non cooperativi è di carattere individuale ed è chiamato strategia del massimo. Una definizione siffatta caratterizza il comportamento di un individuo “intelligente ottimista”, in quanto si prefigge l’obiettivo ottimistico di prendere sempre la decisione che consegue il massimo guadagno possibile.

Qualora nel gioco esista una strategia che presenti il massimo guadagno per tutti i giocatori si parla di punto di equilibrio. Un punto di equilibrio in un gioco in cui si attua la strategia del massimo consente che tutti i giocatori conseguano il massimo guadagno individuale e collettivo a prescindere dalle scelte degli avversari. Il punto di equilibrio di Nash esprime in un certo senso un comportamento socialmente utile, dal momento che tutti i giocatori ottengono un pagamento che presenta la convergenza degli interessi.

Tuttavia, non è detto che l’equilibrio di Nash rappresenti la soluzione in assoluto più efficiente. Infatti, se è vero che in un equilibrio di Nash il singolo giocatore non può aumentare il proprio guadagno modificando solo la propria strategia, non è affatto detto che un gruppo di giocatori o, al limite, tutti, non possano aumentare il proprio guadagno allontanandosi congiuntamente dall’equilibrio. È noto infatti che l’equilibrio di Nash può non essere un ottimo paretiano e quindi possono esistere altre combinazioni di strategie che conducono a migliorare il guadagno di alcuni senza ridurre il guadagno di nessuno, o addirittura, come accade nel caso del dilemma del prigioniero, ad aumentare il guadagno di tutti.

Per comprendere l’utilità della teoria dei giochi nel diritto civile, in particolare nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, occorre considerare che i più importanti problemi di cui si occupano questi sottosistemi originano dalla violazione delle regole del gioco competitivo (nella fase di formazione del rapporto) e del gioco cooperativo competitivo (nella fase di esecuzione del rapporto). Anche nel diritto di famiglia, in particolare nei rapporti coniugali, può venire in rilievo la teoria dei giochi cooperativi.

L’ordinamento giuridico disciplina le relazioni sociali – economiche o personali – attraverso regole che esprimono modelli di comportamento razionali e tali modelli sono studiati dalla teoria dei giochi.

Un gioco viene definito simmetrico quando i due giocatori, in condizioni analoghe, hanno lo stesso guadagno.

Si tratta di una classificazione trasversale, nel senso che i giochi simmetrici possono appartenere sia alla categoria dei giochi cooperativi, sia a quella dei giochi non cooperativi (è il caso, ad esempio,

del “dilemma del prigioniero”, un gioco a informazione completa, a somma non nulla e non cooperativo).

Essi si distinguono, poi, in quantitativi e qualitativi. Nei giochi quantitativi è l’importo assoluto dei guadagni che conta, mentre nei giochi qualitativi è solo il loro valore relativo.

Di seguito saranno illustrati alcuni esempi di giochi simmetrici, che più spesso possono venire in rilievo nell’analisi giuridica²⁸.

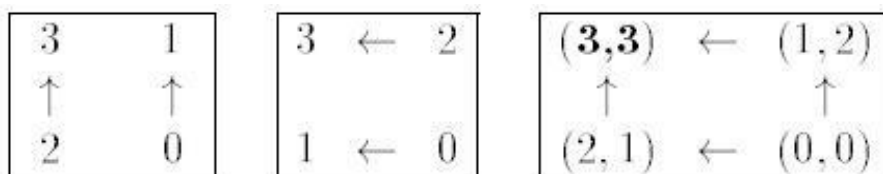
Il primo esempio di gioco simmetrico è chiamato “*il matrimonio perfetto*” ($CC > NC > CN > NN$), poiché all’aumentare della cooperazione è maggiore la soddisfazione dei due giocatori.

- La cooperazione di entrambi i coniugi (CC) è la situazione migliore.
- La seconda miglior situazione è che l’altro coniuge cooperi e io no (NC)
- La terza soluzione è di cooperare con un coniuge che non coopera (CN).
- La situazione peggiore è che entrambi non cooperino (NN)

Assegnando dei valori convenzionali agli impatti ($f_{CC} = 3$, $f_{NC} = 2$, $f_{CN} = 1$ e $f_{NN} = 0$), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	3, 3	1, 2
1 non coopera	2, 1	0, 0

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash ricaviamo che in questo gioco esiste un punto di equilibrio.



L’equilibrio di Nash corrisponde alla mutua cooperazione, unica strategia non dominata per entrambi.

²⁸ Esempi tratti da: R. CORDONE, *Teoria dei giochi: i giochi simmetrici*, tesi di Laurea Specialistica in Scienze e Tecnologia dell’Informazione all’Università degli Studi di Milano, Facoltà di Scienze Matematiche, Fisiche e Naturali, A/A 2008-2009. Nelle figure di testo:

C = coopera

NC = non coopera

1 = giocatore 1

2 = giocatore 2

In grassetto l’equilibrio di Nash.

Il secondo esempio di gioco simmetrico è la “*caccia al cervo*” ($CC > NC > NN > CN$).

Il nome deriva da un passo di J.J Rousseau tratto dal *Discorso sull'origine delle disuguaglianze tra gli uomini*. L'idea di Rousseau è che le società umane siano un'evoluzione delle temporanee alleanze rese necessarie dalla caccia a grandi animali.

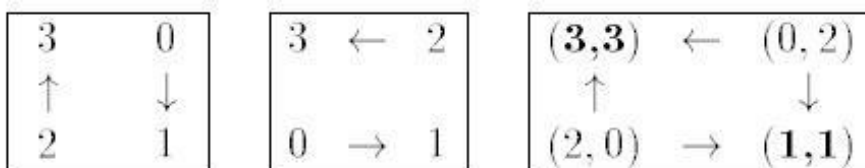
L'idea di fondo è che, per cacciare un grosso animale (il cervo), è necessario essere almeno in due ed è richiesta la cooperazione di entrambi i giocatori; tuttavia, mentre si sta cacciando un cervo può capitare di vedere una lepre, la cui cattura, essendo un animale più piccolo, può essere condotta da un solo uomo. Il cacciatore viene così tentato di lasciare la caccia al cervo (più complessa) per quella alla lepre (più semplice): infatti, un cervo è meglio di una lepre, ma una lepre è meglio di niente. La tentazione è rafforzata dal considerare che anche l'altro cacciatore potrebbe abbandonare la caccia al cervo se vedesse la lepre.

- La situazione migliore è la cooperazione (CC) di entrambi, perché consente di prendere il cervo.
- Se io non cooperassi, sarebbe meglio che l'altro continuasse a cooperare (NC), perché se non prendessi la lepre potrei tornare a cacciare il cervo
- Se il secondo cacciatore non cooperasse, sarebbe meglio che anch'io non cooperassi, perché così anche io avrei la possibilità di prendere una lepre (NN)
- Se il secondo cacciatore non cooperasse la cosa peggiore che potrei fare sarebbe di continuare a cooperare, perché certamente non prenderei né il cervo, né la lepre (CN).

Assegnando dei valori convenzionali agli impatti ($f_{CC} = 3$, $f_{NC} = 2$, $f_{CN} = 0$ e $f_{NN} = 1$), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	3, 3	0, 2
1 non coopera	2, 0	1, 1

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash ricaviamo che in questo gioco esistono due punti di equilibrio.



Ci sono dunque due possibilità simmetriche. La mutua cooperazione è un comportamento desiderabile perché corrisponde a guadagni più alti per entrambi, ma la mutua non cooperazione è

anch'essa un equilibrio ed è meno rischiosa, perché obbedisce al criterio del caso pessimo. Quindi sia la mutua cooperazione che la mutua non cooperazione sono comportamenti razionali, e si sceglierà l'una o l'altra strategia in base ad altri fattori, come il livello di fiducia verso l'altro giocatore.

Il terzo tipo di gioco simmetrico è la “*corsa del coniglio*”²⁹ ($NC > CC > CN > NN$), conosciuto anche con il nome di “falchi e colombe”.

Il gioco si basa sulla sfida tra due giovani, in cui ognuno guida un'auto a tutta velocità verso un precipizio e quello che salta fuori per primo è un “coniglio” e perde.

Un esempio di questo gioco nella vita reale si trova nelle sfide, siano esse militari, politiche o economiche. In queste sfide uno dei due contendenti gioca il tutto per tutto nella speranza che l'altro ceda, rischiando il comune disastro³⁰.

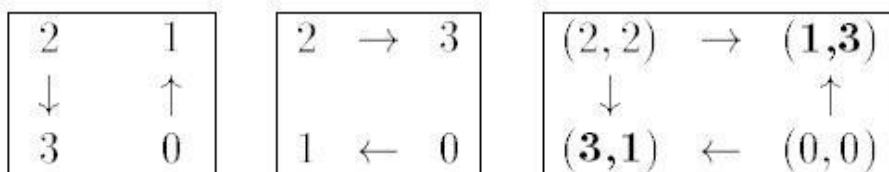
Il ragionamento di ciascun giocatore si può dunque riassumere nel seguente modo:

- La situazione migliore è che io non cooperi e l'altro giocatore sì (NC), perché così io vinco e lui è un coniglio.
- Se io coopero, sarebbe meglio che anche lui cooperasse (CC), perché così faremmo entrambi la figura del coniglio.
- Se lui non coopera, è meglio che io cooperi (CN), perché eviterei di cadere nel precipizio.
- L'ipotesi peggiore è che entrambi non cooperiamo (NN), perché sarebbe la mutua distruzione.

Assegnando dei valori convenzionali agli impatti ($f_{CC} = 2$, $f_{NC} = 3$, $f_{CN} = 1$ e $f_{NN} = 0$), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	2, 2	1, 3
1 non coopera	3, 1	0, 0

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash ricaviamo che anche in questo gioco esistono due punti di equilibrio.



²⁹ Il nome deriva dal film con James Dean “*Gioventù Bruciata*”.

³⁰ Esempi storici sono: la crisi di Cuba, la corsa agli armamenti, lo spiegamento dei missili SS-20 in Europa, la guerra del Golfo.

Nonostante esistano ben due equilibri di Nash, non esiste una strategia razionale per il gioco, nel senso che gli equilibri di Nash portano a soluzioni che sono razionali solo per un giocatore, mentre la simmetria del gioco vuole che una soluzione sia razionale per entrambi. Questo è un gioco in cui non si vince (e sembrerebbe anche logico), anche se la mutua collaborazione sembrerebbe la soluzione meno irrazionale.

Il gioco determinato da $NC > CC > NN > CN$ si chiama “*dilemma del prigioniero*” ed è, probabilmente, l’esempio più conosciuto.

Il dilemma si basa sulla seguente storia: due ladri, sospettati anche di un efferato delitto, vengono arrestati e imprigionati in due celle separate. Il giudice ha prove sufficienti per dimostrare che i due sono colpevoli del reato minore, ma per provare il reato maggiore ha bisogno della confessione.

Il giudice offre quindi ai due ladri, mantenuti rigorosamente isolati, l’immunità a chi accettasse di testimoniare contro l’altro (in tal caso la pena di quest’ultimo aumenterebbe e la propria verrebbe ridotta). Ogni giocatore vuole minimizzare il tempo da trascorrere in carcere e può scegliere tra due azioni: confessare oppure non confessare, senza sapere che cosa stia scegliendo l’altro. Viene inoltre spiegato che:

- a) se solo uno dei due confessa, chi ha confessato evita la pena; l’altro, invece, viene condannato a 7 anni di reclusione.
- b) se entrambi confessano, vengono condannati a 5 anni.
- c) se nessuno dei due confessa, entrambi vengono condannati a 1 anno.

Il ragionamento di ciascun giocatore si può riassumere nel seguente modo:

Prigioniero 1 Prigioniero 2	Non Confessa	Confessa
Non Confessa	(1,1)	(0,7)
Confessa	(7,0)	(5,5)

- La situazione migliore è che io parli e l’altro no (NC), in questo modo non subisco la condanna
- La seconda migliore ipotesi è che nessuno di noi parli (CC), perché così entrambi saremmo condannati a una pena lieve
- Se l’altro giocatore decide di parlare è meglio che anche io parli (NN), perché così verremmo entrambi condannati a una pena minore

- La peggiore delle ipotesi è che solo l'altro parli (CN), perché in questo modo solo io sarei condannato alla massima pena.

Applicando la metodologia per la ricerca della equilibri di Nash ricaviamo che in questo gioco esiste un solo punto di equilibrio che corrisponde alla mutua non cooperazione, unica strategia non dominata.

Benché la soluzione sia necessaria, ad essa si accompagna un dilemma. Infatti, da un lato la non cooperazione è la sola possibilità razionale in quanto non dominata, dall'altro però la cooperazione è più desiderabile.

A favore della cooperazione sembra andare il seguente ragionamento: essendo il gioco totalmente simmetrico, il comportamento razionale deve essere o CC o NN, ed il primo è preferibile al secondo. L'errore sta nel supporre che sia CC che NN siano possibilità razionali, mentre il problema della teoria dei giochi sta appunto nel determinare quali siano tali possibilità, e poi scegliere fra loro. Il dilemma formalizza quindi un conflitto fra razionalità e interesse, che sembra essere tipico di molte situazioni concrete.

In ambito economico, è una situazione simile a quella di due o più imprese che tentano di aumentare la propria quota di mercato attraverso una riduzione dei prezzi. In assenza di un accordo vincolante, ogni impresa riduce i prezzi di vendita per aumentare la propria quota di mercato a scapito dell'altra. Così facendo, entrambe le imprese riducono i prezzi senza aumentare la propria quota di mercato e ciò potrebbe peggiorare la situazione economica di entrambe le imprese.

Gli psicologi sostengono che spesso la crisi di una coppia si basi su meccanismi psicologici descrivibili secondo il modello del dilemma del prigioniero; l'uomo si dà delle regole di convivenza civile nella convinzione che queste migliorino le condizioni della collettività, e quindi di tutti, ma chi le viola ne ha spesso un vantaggio immediato³¹.

Un altro famoso gioco è denominato la "**battaglia dei sessi**" ($NC > CN > NN > CC$). Si caratterizza per il fatto che la cooperazione dell'altro giocatore non è necessariamente vantaggiosa. La descrizione del gioco è la seguente: due innamorati hanno deciso di trascorrere la serata insieme. Prima che la batteria del cellulare di lui si scaricasse, i due stavano discutendo, in quanto lui cercava di convincere lei ad andare a vedere la partita di calcio, lei invece cercava di portarlo a un balletto classico. Entrambi, comunque, preferiscono uscire insieme, poiché la solitudine renderebbe poco interessante anche lo spettacolo più gradito. Il ragionamento di ciascun giocatore è il seguente:

³¹ R. LUCCHETTI, *Giochi, teoria dei*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, Treccani, 2007.

- La cosa migliore è andare entrambi dove voglio io (NC);
- La seconda alternativa, in ordine di preferenza, è andare entrambi dove vuole l'altro, per stare insieme (CN);
- Se però non ci dovessimo incontrare, sarebbe meglio che ciascuno andasse dove vuole andare (NN);
- Se non ci dovessimo incontrare, la cosa peggiore sarebbe andare ciascuno dove vuole l'altro (CC).

Assegnando dei valori convenzionali ai possibili stati di cooperazione e non cooperazione (CC = 0 NC = 3 CN = 2 NN = 1), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	0, 0	2, 3
1 non coopera	3, 2	1, 1

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash, ricaviamo che in questo gioco esistono due punti di equilibrio, che si collocano nei punti CC e NN.

A differenza del dilemma del prigioniero, qui non esiste una soluzione che entrambi sceglierebbero potendosi parlare, perché i due giocatori hanno visioni diverse. Possiamo, tuttavia, osservare che sia NC che CN sono risultati ragionevoli per entrambi.

3. Le tecniche di produzione degli effetti giuridici

La produzione di un effetto giuridico presuppone la qualificazione di una situazione reale da parte di una norma giuridica. Posto che le disposizioni normative sono strutturate come inferenze, le tecniche di produzione degli effetti giuridici possono essere descritte in base ai modelli logici definiti in precedenza.

La trattazione si articola in tre punti:

- aspetti generali;
- lo schema norma-potere-effetto;
- lo schema norma-fatto-effetto.

3.1 Aspetti generali

La disposizione normativa si presenta sempre in una forma o schema fondamentale che rivela la

descrizione di un fatto o stato di cose collegato ad un altro fatto o stato di cose mediante un nesso d'implicazione («se ... allora») o connessione normativa («per modo che»), per cui ad un termine condizionante (protasi) è connesso un termine condizionato (apodosi). Ma la formula ipotetica non significa che la norma, *ut sic*, sia condizionata. Qualsiasi norma anche incondizionata (norma attributiva di poteri, norma organizzativa, norma permissiva, ecc.) può essere espressa in forma condizionata. La norma nel suo complesso è anzi sempre incondizionata, mentre condizionato è il contenuto della norma espresso dall'apodosi nei confronti della protasi (che può essersi anche effettivamente già verificata e che comunque non può non verificarsi). La norma giuridica prescrive incondizionatamente l'implicazione o connessione, ipotetica.

Il suo schema completo può essere pertanto raffigurato nel modo seguente: «È prescritto che se A allora B», dove il termine «è prescritto che» è l'operatore logico di comando. Ma, così intesa e rappresentata, la struttura della norma giuridica esprime al tempo stesso la sua funzione esclusiva, che è appunto quella di prescrivere incondizionatamente. In sintesi può dirsi che la struttura formalmente condizionale è una struttura sostanzialmente imperativa, formulata in termini ipotetici per assumere il carattere generale, astratto, ripetitivo proprio delle norme giuridiche.

Questa struttura riproduce lo schema causale, ma è preferibile sostituire i concetti di causa ed effetto con quelli di antecedente e conseguente, atteso il peculiare ruolo svolto dalla legge di copertura della relazione causale (la disposizione normativa), che è non solo esplicativa ma anche costitutiva. Ciò consente di descriverla con i modelli matematici illustrati in precedenza.

Disposizione normativa

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
antecedente	norma	conseguente

Nella proposizione normativa, dunque, l'antecedente è la premessa minore, il precetto è la premessa maggiore, il conseguente è la conclusione. Le premesse sono note, la conclusione è l'elemento ignoto che l'attivazione del meccanismo normativo consente di fissare, rappresentando la statuizione della norma..

L'inquadramento dell'argomentazione normativa dipende dal tipo di connessione tra antecedente e conseguente.

Se l'antecedente è il caso e il conseguente il risultato, la disposizione istituisce un'inferenza deduttiva³².

³² Quando l'effetto normativo corrisponde a quello che nella realtà regolata dalla disposizione è l'effetto, l'inferenza è deduttiva, perché la norma opera come una legge predittiva, che al verificarsi di certe cause, commina determinati effetti.

Deduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
antecedente	norma	conseguente

Se l'antecedente è il risultato e il conseguente il caso, la disposizione normativa istituisce un'inferenza abduttiva³³:

Abduzione

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
risultato	regola	caso
antecedente	norma	conseguente

Invece, non è logicamente possibile che una disposizione normativa istituisca un'inferenza induttiva, poiché, se così fosse, la norma non opererebbe come regola di fatti, ma estrarrebbe dal rapporto di frequenza statistica tra fatti una regola. Se il legislatore vuole porre una regola fondata su un'induzione, lo fa codificando tale regola attraverso la connessione tra fatti, ossia impiegando una presunzione, relativa o assoluta.

Come anticipato, le disposizioni normative sono costituite quasi esclusivamente da inferenze deduttive, collegando immediatamente il caso al risultato: è lo schema norma-fatto-effetto.

norma-fatto-effetto

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Fatto	Norma	Effetto

Nel diritto amministrativo, tuttavia, la deduzione è condizionata, perché il collegamento tra il caso e il risultato è mediato, onde lasciare spazio nella produzione dell'effetto giuridico al potere della pubblica amministrazione: la norma non commina l'effetto giuridico, ma demanda al concreto esercizio del potere di statuire su di esso.

Qualora le condizioni del prodursi dell'effetto siano stabilite in modo completo direttamente dalla legge (il che si verifica nelle ipotesi di attività vincolata), il potere si svuota dei contenuti propri della discrezionalità, ma è pur sempre dal suo esercizio che l'effetto deriva.

³³ Quando l'effetto normativo corrisponde a quella che nella realtà regolata dalla disposizione è la causa, l'inferenza è abduttiva, perché la norma opera come una legge storica, che al verificarsi di certi effetti, riconosce determinate cause.

norma-potere-effetto

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Potere	Norma	Effetto

Tale schema può rinvenirsi anche nel diritto privato, con la precisazione che il potere non è autoritativo, ma negoziale, il che comporta notevoli differenze nella ricostruzione del modello.

3.2 Lo schema norma-potere-effetto

La norma di legge demanda all'autorità della p.a. (funzione amministrativa) o alla volontà dei privati (autonomia negoziale) la determinazione della disciplina degli interessi in gioco. Caratteristica di questo schema è che il potere è assegnato dall'ordinamento giuridico attraverso norme strumentali e dal suo esercizio derivano gli effetti giuridici.

Quando opera lo schema in esame le patologie dell'atto di esercizio del potere (provvedimento o negozio) possono essere ricondotte a due tipi: quando è contestata l'esistenza del potere opera la categoria della nullità, quando è contestato il modo di esercizio del potere opera la categoria dell'annullabilità. In entrambi i casi il giudice non potrà sostituirsi alle parti che esercitano il potere, ma solo accertarne l'esistenza ed il legittimo esercizio, adottando le conseguenti statuizioni dichiarative o costitutive.

Nel diritto amministrativo si è consolidata da tempo la distinzione tra carenza e cattivo uso del potere, elaborata in dottrina e giurisprudenza: se manca il potere, l'atto amministrativo è nullo e non può produrre alcun tipo di effetto; se è controversa la legittimità dell'esercizio del potere, l'atto è soggetto al regime di impugnazione proprio dei provvedimenti amministrativi.

Tale concezione è stata codificata dal nuovo art. 21-*septies* legge 241/90 che, accanto alla figura del difetto di attribuzioni (comprensiva della carenza di potere in astratto), prevede la cd. nullità strutturale di matrice civilistica (difetto degli elementi essenziali), che in diritto pubblico appare pur sempre ispirata all'inidoneità assoluta dell'atto a costituire esplicazione del potere, pur astrattamente esistente.

Simmetricamente nel diritto dei privati la mancanza del potere negoziale è espressa dall'art. 1428, comma 1 del codice civile, che prevede come causa di nullità del contratto la mancanza degli elementi essenziali, individuati dal precedente art. 1325.

Nell'ipotesi di mancanza dell'accordo, dell'oggetto, o della forma il potere negoziale è assente, perché manca la fattispecie che ne identifica la struttura legale. Nel primo caso perché non sono state rispettate le forme inderogabili per la sua costituzione, nel secondo perché non è configurabile un potere privo di un referente oggettivo, nel terzo perché difetta un elemento esteriore che – in particolari ipotesi – lo qualifica come tale.

Nell'ipotesi di mancanza di causa è l'assenza dell'elemento che giustifica intrinsecamente il riconoscimento della volontà privata a privare l'atto del suo necessario nesso con il potere negoziale.

Occorre chiarire qual è la differente portata dello schema nel diritto pubblico ed in quello privato.

Nel diritto amministrativo lo schema norma-potere-effetto è quello principale: la legge attribuisce, per il perseguimento di scopi di interesse generale, un potere-dovere alla pubblica amministrazione, individuando l'interesse pubblico e l'interesse privato sottesi alla finalità cui è diretto. L'esercizio del potere avviene nel procedimento amministrativo e determina il provvedimento, da cui originano gli effetti giuridici.

L'amministrazione è, dunque, tenuta a coordinare l'interesse pubblico con quello privato, valutando discrezionalmente il peso che il soddisfacimento dell'interesse individuale ha nella realizzazione dell'interesse generale. L'interesse legittimo, che trova fonte nella stessa norma attributiva del potere o in norme che lo limitano, modella il potere, orientandolo verso il soddisfacimento dell'interesse individuale, venendosi pertanto a delineare come posizione attiva in regime eteronomo.

il rapporto giuridico amministrativo

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere (è la posizione di autorità attribuita per realizzare fini di interesse generale)	Norma (è la legge che attribuisce il potere, contemplando l'interesse pubblico e l'interesse privato)	Effetto (è l'atto amministrativo deputato a realizzare l'interesse generale)

Nel diritto privato lo schema norma-potere-effetto ha un significato assai diverso.

L'art. 1321 c.c. contempla il potere negoziale, che ha portata generale solo se consensuale: *“Il contratto è l'accordo di due o più parti per regolare, costituire o che estinguere tra loro un rapporto giuridico di natura patrimoniale”*. La norma autorizza i privati a creare un rapporto giuridico, conferendo loro un potere dispositivo. Il rapporto giuridico non nasce automaticamente al verificarsi di un fatto o di un atto giuridico, ma è il risultato della volontà delle parti. Negozi

unilaterali, pur consentiti, non possono produrre effetti se non in casi determinati, sempre che si tratti di effetti favorevoli e salva la facoltà di rifiutarli.

La ragione fondamentale della differenza tra potere pubblico, fondato sull'autorità, e potere privato, fondato sull'accordo, è che nel diritto privato i soggetti agiscono per regolare interessi individuali e non interessi generali e, quindi, non ha alcun senso prevedere il potere di incidere negativamente nella sfera giuridica altrui, caratteristico invece dei rapporti di diritto pubblico, dove la relazione non è paritaria, essendo un soggetto (la pubblica amministrazione) in posizione di supremazia.

In diritto privato la possibilità di creare volontariamente effetti giuridici che incidano sull'altra parte è subordinata alla partecipazione di questa alla formazione della fattispecie generatrice, in base al cd. principio di indifferenza del terzo, che in materia contrattuale è il corollario del principio di relatività contenuto nell'art. 1372 c.c. (*"il contratto ha forza di legge tra le parti"*).

Non derogano a tale principio le decisioni dei gruppi organizzati.

Ai sensi dell'art. 2377 c.c. *"Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti"*. Specularmente, ai sensi dell'art. 1137 c.c. *"Le deliberazioni prese dall'assemblea a norma degli articoli precedenti sono obbligatorie per tutti i condomini"*. In tali ipotesi, infatti, l'atto unilaterale produce i propri effetti nei confronti di chi non ha direttamente partecipato alla sua formazione, poiché costui aderisce all'organizzazione privata la cui volontà si esprime con tali modalità.

Il potere negoziale, sia esso contrattuale o unilaterale, è, dunque, totalmente diverso da quello pubblico. Inoltre, come vedremo nel prossimo paragrafo, la creazione del rapporto giuridico non è conseguenza diretta del suo esercizio, ma della qualificazione operata dalla legge dell'atto negoziale.

Più simile al potere pubblico sono, invece, le limitate ipotesi di autorità privata, ma esse restano distinte dall'autorità pubblica e dal relativo schema giuridico.

La prima figura è data dai diritti potestativi, sostanziali (es. patto di riscatto, diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa, recesso per giusta causa, eccezioni di prescrizione, decadenza, compensazione, annullabilità) o processuali (es. esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, costituzione di servitù coattive, annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, diffida ad adempiere). In tutti questi casi esiste una relazione tra il titolare del potere e chi lo subisce, inoltre è la norma a determinare direttamente la disciplina degli interessi in gioco, identificando gli effetti giuridici che si ricollegano a determinati fatti (siano essi costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi), mentre solo il prodursi di detti effetti è subordinato all'esercizio del potere. Lo schema in questi casi è norma-fatto-potere sull'*an*-effetto, ovvero norma-fatto-potere sull'*an*-effetto, il quale ultimo opera nel settore dei diritti potestativi a necessario esercizio

giudiziale, cioè delle azioni costitutive, ipotesi in cui come l'intermediazione del processo non è un presupposto della rilevanza giuridica di determinati fatti, ma solo la via di coazione per ottenere il risultato spettante in assenza della cooperazione della controparte.

La seconda figura è quella dei cd. uffici privati, previsti nei casi in cui un soggetto è investito della cura di interessi altrui, perché il titolare non è in grado di provvedervi autonomamente. Appartengono a tale figura gli istituti di protezione dell'incapace (tutela, curatela, potestà genitoriale e, da ultimo, l'amministrazione di sostegno). Al soggetto titolare del potere vengono riconosciute facoltà di incidere sulla sfera giuridica del destinatario ed il potere è conformato dall'esterno, eccezionalmente operando il principio di legalità nel diritto privato, in quanto si tratta di un potere assegnato non nell'interesse di chi lo esercita ma per interessi diversi, la cui protezione richiede controlli rispetto al suo esercizio.

In questo caso il potere privato si configura come quello pubblico, cioè come potere-dovere o, come si usa dire, potestà.

La differenza tra potestà pubblica e privata – riflesso della diversa natura degli interessi tutelati – è che in quella pubblica non c'è sostituzione del titolare all'interessato, venendo in rilievo un meccanismo di imputazione dell'interesse e della legittimazione che non è di tipo rappresentativo ma esponenziale.

Nella rappresentanza (legale non meno che volontaria) il rappresentante costituisce un rapporto giuridico che è imputato al rappresentato. L'elemento del potere rappresentativo si inserisce nello schema di costruzione del rapporto giuridico, autorizzando la produzione di effetti direttamente in capo a un soggetto diverso da chi ha partecipato alla negoziazione. Il meccanismo rappresentativo consente l'imputazione diretta, nel mandato senza rappresentanza il mandatario agisce nell'interesse del mandante ma, poiché il potere rappresentativo non è stato conferito, il rapporto giuridico resta imputato al mandatario.

L'amministrazione, invece, agisce non in rappresentanza e neppure su mandato della collettività ma in veste istituzionale, quale ente esponenziale di una collettività indifferenziata, sicché essa stessa è titolare formale dell'interesse pubblico. Il dato esponenziale riemerge quando si tratta di risarcire il danno causato all'ente pubblico da illeciti che colpiscono beni immateriali, il cui criterio di quantificazione è, secondo la giurisprudenza, il pregiudizio patito dalla comunità di riferimento dell'interesse.

3.3 Lo schema norma-fatto-effetto

La norma di legge o negoziale determina direttamente la disciplina degli interessi in gioco,

identificando gli effetti giuridici che si ricollegano a determinati fatti (siano essi costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi). Caratteristica di questo schema è che l'effetto si produce automaticamente al verificarsi del fatto contemplato dalla norma.

In sede giurisdizionale è sufficiente accertare il contenuto della norma e la realizzazione del fatto in essa previsto. Al sillogismo bifasico del giudice corrisponde la struttura dell'azione della parte (art 163 c.p.c.):

“La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa. L'atto di citazione deve contenere:

[...]

3) la determinazione della cosa oggetto della domanda;

4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;

5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione”.

Il n. 3 (*petitum*) individua l'effetto giuridico di cui si domanda l'accertamento e le statuizioni conseguenti (ordinatorie o costitutive). Nel sillogismo giudiziario è la conclusione.

Il n. 4 (*causa petendi*) individua i fatti e la norma che sono posti a fondamento dell'effetto giuridico domandato. Nel sillogismo giudiziario sono, rispettivamente, premessa minore e maggiore.

Il n. 5 (*deduzioni istruttorie*) individua gli elementi (e gli strumenti) di prova utilizzati perché sia accertata la verità della premessa minore.

Poiché l'effetto giuridico è automatica conseguenza del verificarsi del fatto, il giudice dovrà accertarlo d'ufficio. Esemplicando:

a) dedotto dall'attore il diritto di proprietà su un bene, il giudice accerterà d'ufficio l'esistenza di fatti costitutivi diversi da quelli allegati a fondamento del diritto, purché acquisiti al processo;

b) dedotta dall'attore l'obbligazione di pagare il prezzo di una compravendita, il giudice accerterà d'ufficio la rilevanza di fatti impeditivi o estintivi del diritto di credito (nullità del contratto, impossibilità sopravvenuta, adempimento). In tali ipotesi l'attore ha l'onere specifico di allegazione del fatto costitutivo del diritto di credito azionato (il contratto), non come presupposto della sua rilevanza giuridica, che sussiste dal momento in cui è venuto ad esistenza, ma in quanto necessario per l'identificazione del diritto, che, diversamente dal diritto di proprietà, è eterodeterminato.

Nel diritto privato lo schema norma-fatto-effetto è quello principale, poiché opera per tutti i rapporti che nascono da fatti giuridici non negoziali, che sono direttamente qualificati dalla legge. La struttura dello schema è visibile molto bene nell'art. 2043 c.c.

l'illecito civile

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
comportamento illecito	art. 2043 c.c.	obbligo di risarcimento

Il comportamento illecito, ossia il “*fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto*”, è il fatto giuridico, l’entità logico-normativa che descrive la situazione reale da cui promanano gli effetti giuridici. I suoi elementi costitutivi, oggettivi (condotta, evento di danno, rapporto causale) e soggettivi (dolo o colpa), sono assunti dall’art. 2043 c.c. come requisiti di fattispecie. L’effetto giuridico (l’obbligo di risarcire il danno in capo all’autore dell’illecito) è conseguenza automatica del fatto.

Lo schema norma-fatto-effetto opera altresì per i rapporti che derivano da fatti giuridici negoziali.

Il negozio nasce secondo lo schema norma-potere-effetto, ma, una volta nato, esso rileva come fatto costitutivo del rapporto giuridico in base alla qualificazione di una norma. Per i negozi tipici la norma è determinata, per quelli atipici la norma è determinabile.

Ad esempio, in caso di inadempimento dell’obbligazione di pagare il prezzo di una vendita, il venditore che agisce per l’adempimento deduce in giudizio il diritto di credito al pagamento del prezzo, che rappresenta l’effetto del contratto precedentemente stipulato.

Dunque il giudice dovrà in primo luogo verificare se il contratto è stato regolarmente costituito, cioè se il potere di autonomia privata c’era ed è stato correttamente utilizzato. In secondo luogo accertare quali sono gli effetti contrattuali. Una volta che il contratto è stato stipulato, questi ultimi si producono senza che occorra l’esercizio di alcun potere, per la semplice esistenza a monte di un valido contratto, qualificato dagli artt. 1470 c.c. e ss.

Nel processo ciò significa che l’attore, dedotto il contratto di vendita (e la sua mancata esecuzione) a fondamento della pretesa al pagamento del prezzo, non deve esercitare alcun potere al riguardo, essendo l’effetto giuridico relativo già realizzato.

Quando, dunque, si parla dei fatti negoziali questi operano in una doppia fase: nella prima sono il prodotto dell’esercizio del potere di autonomia privata; nella seconda sono il fatto da cui sorge il rapporto giuridico tra le parti.

il contratto

PREMESSA MINORE Potere	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Autonomia negoziale	Art. 1321 – 1325	Contratto

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Contratto	Art. 1322 (o le norme che regolano il tipo)	Rapporto contrattuale

4. La fattispecie

Il termine «fattispecie» deriva dal latino medioevale *facti species*; locuzione che, letteralmente, suona come «figura» o «apparenza» del fatto e che valeva a designare un fatto immaginato per servire da paradigma.

Nella teoria generale del diritto il concetto è stato elaborato in stretta adiacenza a quello di norma giuridica: nello schema condizionale della norma, *se A allora B*, A è la descrizione di un fatto o un insieme di fatti, ossia la fattispecie; B è la statuizione, ossia la descrizione degli effetti giuridici prodotti dalla norma allorché si verifica A. La nozione di fattispecie, dunque, si fonda sulla causalità normativa, che – ad imitazione della causalità naturale – mette in relazione i presupposti di fatto contemplati dalla norma con gli effetti giuridici disposti.

A questa concezione (cd. funzionale) occorre fare riferimento per definire la fattispecie, ragion per cui è preliminare esaminare con attenzione le critiche che le vengono formulate.

Prima obiezione è di ordine metodologico: l'impiego della causalità non è sufficiente a definire il concetto di fattispecie, il cui tratto esclusivo sarebbe l'idoneità a produrre l'effetto contemplato dalla norma.

La censura è priva di pregio, perché muove da una premessa falsa, cioè che il ricorso alla categoria della causalità normativa esaurisca la nozione di fattispecie. Essa, piuttosto, vale a fornirne una definizione valida per qualsiasi ramo dell'ordinamento, spettando poi alla scienza di ciascun settore giuridico elaborare gli elementi che connotano la fattispecie nello specifico ordinamento.

Seconda obiezione è di ordine teorico: l'accostamento tra causalità normativa (che tale dottrina denomina causalità «giuridica») e causalità naturale è incongruo. Da ciò una serie di difetti nella costruzione: istituzione di un nesso tra realtà eterogenee (l'una fisica, l'altra spirituale); assenza nella causalità normativa della cesura temporale propria della causalità naturale; inadeguatezza dello *standard* probabilistico proprio della causalità naturale per il rapporto – che deve essere certo e determinato – tra fattispecie ed effetti.

La censura è agevolmente superabile, inquadrando correttamente la natura del nesso tra la fattispecie e gli effetti, che va riferito non alla causalità «giuridica», ma alla causalità «normativa»,

il che già porta a neutralizzare l'osservazione secondo cui la causalità tra fattispecie ed effetti implicherebbe una relazione tra fattori disomogenei, atteso che tale possibilità può senz'altro ammettersi nell'ambito della causalità normativa, poiché è una categoria convenzionale a fungere da legge di copertura di detta relazione. Inoltre non è esatto affermare che il rapporto tra fattispecie ed effetti giuridici sia istituito tra mondi separati, atteso che la fattispecie non è una realtà fisica, ma è piuttosto la proiezione nell'ordinamento di questa realtà, è la qualificazione normativa del reale.

Né appare centrata la critica sulla incompatibilità tra causalità naturale e normativa, atteso che l'assimilazione non attiene alla legge di copertura – scientifica e reale nel primo caso, sociale e positiva nel secondo – ma al modello logico, che è assolutamente uniforme, perché il principio di causalità è un principio di ordine generale. La teoria della causalità di fatto è una legge della conoscenza, il cui statuto razionale si impone ogni qualvolta sia richiesto un accertamento di tipo causale, essendo l'unica teoria competente ad effettuare tale accertamento³⁴. Al contrario sul piano logico vi è piena sintonia tra la causalità di fatto, fondata sulla condizione necessaria, e causalità normativa, fondata sull'ipotesi condizionale.

Alla luce di ciò, i corollari che la tesi negatrice della concezione funzionale della fattispecie elabora non sono decisivi, né pertinenti:

- a) la distinzione tra simultaneità e distacco temporale della successione tra eventi, che caratterizzano rispettivamente la causalità normativa e la causalità naturale, è da un lato inesatta, perché anche la causalità normativa può non essere simultanea³⁵ e il distacco temporale nella causalità materiale è temperato dalla continuità della successione³⁶; dall'altro non conferente, perché la distinzione opera al di fuori dell'ambito di assimilazione concettuale, concernente lo schema logico-razionale della causalità, e non il suo concreto operare nel dominio di appartenenza;
- b) la distinzione tra probabilità e certezza della relazione, che caratterizzano rispettivamente la causalità naturale e la causalità normativa, è da un lato inesatta, perché la causalità naturale punta alla certezza allo stato attuale delle conoscenze, dall'altro irrilevante, perché la certezza della causalità normativa dipende dall'impiego di una legge convenzionale.

Terza obiezione è di ordine gnoseologico: la legge naturale ha carattere dichiarativo, in quanto si limita ad accertare l'esistenza di un nesso causale tra due fenomeni, la legge giuridica collega alla fattispecie gli effetti ed ha pertanto natura costitutiva. Se la legge giuridica, a differenza di quella naturale, determina il nesso tra fatto ed effetto, certamente concorre alla produzione dell'effetto, sicché è la stessa legge – e non la fattispecie – ad assumere efficacia causale.

³⁴ Il diritto può predisporre modelli di imputazione alternativi, che prendono il nome di causalità «giuridica», ma allorquando utilizzi modelli di imputazione causale, è vincolato al rispetto del principio di causalità.

³⁵ Se l'efficacia della norma è sospesa, oppure il prodursi dell'effetto è subordinato ad una condizione estranea alla fattispecie.

³⁶ Essendo governata dal principio *natura non facit saltus*.

La critica è apparsa persuasiva, ma solo perché i tentativi di superarla sono stati deboli, consistendo nell'assegnare alla fattispecie valore di concausa o di occasione, il che è inutile, se non contraddittorio.

La soluzione è sullo stesso piano del problema, cioè gnoseologico: è un errore di prospettiva pensare che le leggi naturali esauriscano la loro funzione nel descrivere i rapporti causali nel mondo fenomenico, o che le leggi giuridiche siano esclusivamente preordinate a creare le connessioni nel mondo normativo.

Indubbiamente la legge scientifica non è la causa dell'effetto, bensì la sua spiegazione; ma in questo senso è ciò che consente all'uomo di affermare la propria intelligenza del reale, cioè il fondamento della sua conoscenza. Ha, quindi, sul piano gnoseologico, valenza costitutiva: in sua assenza il rapporto di causalità sussisterebbe, ma l'essere umano lo ignorerebbe, cioè sarebbe come per lui inesistente.

La legge giuridica, più che generare l'effetto, lo "riconosce", perché formalizza un dato pre-positivo, che fa parte della realtà che disciplina: l'ordine giuridico ha il monopolio dell'effetto giuridico, ma non delle sue fonti. Ha, cioè, funzione di qualificazione del reale. Sotto questo profilo, dunque, ha valenza dichiarativa.

L'inquadramento nel sillogismo non contraddice la concezione causale della fattispecie, ma piuttosto ne descrive la posizione logica, avendo però cura di precisare che nel sillogismo fattispecie e norma si identificano nella premessa maggiore.

Infatti, non deve essere accreditato l'equivoco che sorge dalla ellittica definizione della fattispecie come «causa degli effetti giuridici», espressione sincopata che sta per «descrizione normativa della causa degli effetti giuridici». Il termine «fattispecie» designa la descrizione dei fatti contenuta nella norma, cioè la fattispecie astratta (o ipotesi normativa).

Prendendo alla lettera la formula che collega la produzione degli effetti alla fattispecie astratta lo schema logico di produzione dell'effetto sarebbe:

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Fattispecie	Norma	Effetto

È chiaro, però, che questo sillogismo non descrive il meccanismo di produzione dell'effetto giuridico, atteso che la fattispecie è un'ipotesi astratta e nessun effetto giuridico vive nel mondo

astratto. Esso, piuttosto, descrive la struttura formale della norma giuridica, che mette in relazione di antecedente/consequente due porzioni della disposizione legale³⁷.

L'effetto giuridico si produce solo quando nella realtà si verifica un fatto conforme alla fattispecie, sicché è il fatto che deve essere inserito nella premessa minore.

La fattispecie

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
caso	regola	risultato
Fatto	Norma	Effetto

Questa è la rappresentazione logica della interazione tra fatto e norma, in cui la fattispecie è nella norma, quale «figura del fatto».

In tale prospettiva la fattispecie tende a identificarsi con il fatto giuridico. Il fatto giuridico si distingue dal fatto fisico, perché questo è un accadimento naturalistico che appartiene al mondo reale, mentre quello è un accadimento giuridico, che appartiene al mondo del diritto. Se un fatto fisico è previsto in una disposizione di legge, esso acquista rilevanza giuridica ed è qualificabile come fatto giuridico. Ne segue che tutti i fatti giuridici sono altresì fatti naturalistici, mentre non è vero il contrario.

Tuttavia fatto giuridico e fattispecie non sempre coincidono, poiché il fatto giuridico è un elemento della fattispecie. La fattispecie è semplice se costituita da un solo fatto, complessa se è invece costituita da una pluralità di fatti. Nel secondo caso i fatti possono anche venire in essere in momenti diversi, nel quale caso si parla di fattispecie a formazione progressiva, l'esempio più tipico della quale è il procedimento; altrimenti si parla di fattispecie a formazione concomitante.

Lo scarto tra fatto giuridico e fattispecie si percepisce sia in diritto civile, dove la teoria dei fatti giuridici seleziona le entità – qualificate dall'ordinamento – che possono essere assunte a presupposto di effetti giuridici, ma che nella fattispecie si accompagnano ad altri elementi, sia in diritto penale, dove la nozione di fatto tipico è più ristretta di quella di fattispecie.

L'analisi degli elementi che compongono la fattispecie è un tema centrale nell'elaborazione dogmatica della figura, particolarmente approfondito dalla teoria del negozio giuridico, che è solita contrapporre il nucleo centrale della fattispecie (oggi, forse, rintracciabile nell'art. 1325 c.c.), imperniato sui requisiti del negozio, a tutti gli altri elementi necessari per la produzione dell'effetto giuridico. Questi da taluno vengono considerati unitariamente, da altri ripartiti a loro volta (tra

³⁷ *Ante*, § 3.1.

presupposti e fatti integrativi, oppure presupposti di qualificazione e presupposti di efficacia, o tra presupposti e circostanze, ecc.).

Anche nell'illecito civile la fattispecie si presenta più ampia del fatto giuridico: quest'ultimo è costituito dal fatto illecito in sé considerato (fatto doloso o colposo, evento di danno ingiusto, nesso di causalità materiale); la fattispecie comprende anche il danno risarcibile, legato al fatto illecito da un nesso di causalità giuridica.

Ciò che preme evidenziare è come della fattispecie possano darsi due nozioni: per la prima essa si colloca nella premessa minore del sillogismo normativo, per la seconda essa si colloca nella premessa maggiore del sillogismo normativo. Quest'ultima accezione appare preferibile, poiché descrive meglio la differenza tra la fattispecie astratta, che è l'unica tecnicamente definibile come «fatti-specie», e la fattispecie concreta.

Il fulcro del concetto di fattispecie è nella causalità normativa, che è bene approfondire dal punto di vista logico.

In logica la causalità normativa altro non è che un meccanismo di implicazione, che lega la fattispecie all'effetto giuridico. L'implicazione normativa è riconducibile all'implicazione logica, che è un operatore o connettivo logico attraverso il quale, a partire da due proposizioni A e B, si forma una nuova proposizione chiamata *A implica B* e scritta $A \Rightarrow B$, la quale è vera soltanto qualora sia verificata la seguente condizione: se è vero A, allora è vero anche B.

In particolare *A implica B* è vera nei casi in cui A è falsa qualunque sia il valore di verità di B, poiché in tali casi, essendo A falsa, l'implicazione deve riuscire vuoi che B sia vera, vuoi che B sia falsa. Cioè solo se non vi è nessun rapporto di consequenzialità tra A e B, quando A è falsa, l'implicazione è corretta. Questa definizione si può riassumere mediante la seguente tabella di verità³⁸.

<i>A</i>	<i>B</i>	$A \Rightarrow B$
F	F	V
F	V	V

³⁸ Le tabelle della verità (o tabelle logiche) sono tabelle matematiche usate nella logica per determinare se, attribuiti i valori di verità alle proposizioni che la compongono, una determinata proposizione è vera o falsa. Utilizzate come principale rappresentazione di una funzione booleana, le espressioni possono essere costruiti formati da più espressioni, in cui all'inizio compare una *premissa*, ed alla fine una *conclusione*. La tabella di verità elenca sulle caselle delle righe corrispondenti alle colonne delle variabili della funzione tutte le possibili combinazioni di valori che possono assumere le variabili booleane ed il risultato della funzione nelle caselle delle righe corrispondenti all'ultima colonna a destra, per tale combinazione di valori. Le intestazioni di colonna delle tabelle della verità mostrano le funzioni e/o le variabili proposizionali, e le espressioni di verità risultanti dalle combinazioni di quelle funzioni e variabili proposizionali. Nelle righe sono riportati tutti i possibili valori calcolati di V = vero o F = falso assegnati all'uno e all'altro elemento. In altre parole: ogni riga è una diversa interpretazione di detti elementi.

V	F	F
V	V	V

L'implicazione logica può essere vista anche come una relazione; due coppie di proposizioni sono in relazione se il risultato dell'operatore logico implicazione è vero. Questo aspetto è molto evidente nel linguaggio normativo, dove l'implicazione è espressa nella forma "se A, allora B", così ad esempio nell'art. 2043 del codice civile: "se è commesso un fatto illecito, sussiste l'obbligo di risarcire il danno".

L'unica possibilità che tale affermazione sia falsa è quella di verificare che esista un fatto illecito da cui non sorga l'obbligo di risarcimento.

Supponendo che sia vera $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$, questa può anche essere espressa nei seguenti modi:

\mathcal{A} è condizione sufficiente per \mathcal{B} ;

\mathcal{B} è condizione necessaria per \mathcal{A} .

Applicando tali modi all'esempio fatto, si può affermare che condizione sufficiente perché nasca l'obbligo di risarcire il danno è che si sia verificato un fatto illecito, così come condizione necessaria perché vi sia fatto illecito è che sorga l'obbligo di risarcire il danno.

Infatti, se questo non sorge, ad esempio perché il fatto è commesso per legittima difesa, il fatto dannoso è privo del connotato di illiceità.

Uno sguardo più approfondito alla tabella di verità suggerisce tuttavia un modo per esprimere l'implicazione come risultato di espressioni logiche basate sui connettivi logici di «congiunzione» \wedge , «disgiunzione» \vee , e «negazione» \neg :

$\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$ è equivalente a: $\neg \mathcal{A} \vee \mathcal{B}$ (1) ovvero, applicando i Teoremi di De Morgan, $\neg (\mathcal{A} \wedge \neg \mathcal{B})$ (2).

Da tali notazioni emerge immediatamente che $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{A}$ è una proposizione sempre vera indipendentemente dal valore di \mathcal{A} . La notazione \Rightarrow quindi è di per sé superflua, ma giustificata tuttavia dall'uso frequente che ne deriva dall'attività di deduzione, in questo contesto le proposizioni coinvolte vengono chiamate ipotesi: \mathcal{A} , tesi: \mathcal{B} , teorema: $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$.

Provare la veridicità di quest'ultima significa verificare la veridicità della tesi (dimostrare il teorema); la formalizzazione dei teoremi in questo modo ha il nome in logica di *modus ponens*.

Si può riscrivere la (1) così:

$\neg (\mathcal{A}) \vee \neg (\neg \mathcal{B})$ (3) ovvero $\neg (\neg \mathcal{B}) \vee \neg (\mathcal{A})$ e quindi per la (1) a $\neg \mathcal{B} \Rightarrow \neg \mathcal{A}$ (4).

Questa forma viene chiamata contronominale della $\mathcal{A} \Rightarrow \mathcal{B}$, è a questa equivalente e può essere usata nella dimostrazione dei teoremi invece di quest'ultima. Tornando all'esempio fatto, si può

scrivere la forma contronominale come: “*se non sussiste un obbligo di risarcimento del danno, allora non vi è fatto illecito*”. Infatti, un obbligo di risarcire il danno può nascere anche da fatti diversi, ma in assenza di tale obbligo è certo che un fatto illecito, dal punto di vista giuridico, non possa esservi.

Un'altra strada per la dimostrazione di $A \Rightarrow B$ consiste nel tentare di dedurre da $\neg(A \Rightarrow B)$ una contraddizione, cioè una proposizione C sempre falsa del tipo $P \wedge \neg P$, in tale caso si parla di dimostrazione per assurdo. Se infatti otteniamo la dimostrazione di $\neg(A \Rightarrow B) \Rightarrow C$ con C sempre falsa e per la (4) si ha anche $\neg C \Rightarrow (A \Rightarrow B)$ dove $\neg C$ è sempre vera perché negazione di una contraddizione, ed impone quindi la veridicità di $A \Rightarrow B$.

Riguardando la tabella di verità dell'implicazione si rileva che se C è sempre falsa allora $A \Rightarrow B$ è sempre vera e andrà, quindi, posta particolare attenzione alle ipotesi: se sono false la dimostrazione riuscirà ma le deduzioni che ne trarremo sulla tesi saranno vuote di significato (la stessa può essere vera o falsa). Fin dall'antichità infatti è noto come da premesse false si possa dedurre ciò che si vuole.

L'operazione di implicazione gode inoltre della seguente proprietà:

$$[(A \Rightarrow B) \wedge (B \Rightarrow C)] \Rightarrow (A \Rightarrow C) \text{ (5).}$$

Per dimostrarla si può usare la regola deduttiva, assumere vera la $[(A \Rightarrow B) \wedge (B \Rightarrow C)]$, dimostrare la veridicità della (5) e quindi dedurre $A \Rightarrow C$. Occorre inoltre accertare che:

$$[(A \wedge B) \vee \neg B] = (A \vee \neg B),$$

$$[(A \vee B) \wedge \neg B] = (A \wedge \neg B) \text{ (6);}$$

per la dimostrazione delle quali si possono valutare le rispettive tabelle di verità, o considerare la proprietà distributiva della congiunzione e disgiunzione logica e la dualità delle algebre booleane rispetto a tali connettivi.

Tornando alla (5) togliendo dall'espressione il segno di implicazione si ottiene:

$$[(\neg A \vee B) \wedge (\neg B \vee C)] \Rightarrow (\neg A \vee C) \text{ e quindi:}$$

$$\neg [(\neg A \vee B) \wedge (\neg B \vee C)] \vee (\neg A \vee C) \text{ ovvero:}$$

$$\neg(\neg A \vee B) \vee \neg(\neg B \vee C) \vee (\neg A \vee C) \text{ ed ancora:}$$

$$(A \wedge \neg B) \vee (B \wedge \neg C) \vee \neg A \vee C.$$

Riordinando i termini e tenendo presente la (6) si arriva quindi a scrivere:

$\neg B \vee \neg A \vee B \vee C$, dove la presenza di $\neg B \vee B$ indica che è sempre vera, cioè è una tautologia e la tesi è dimostrata.

Se accade che valgano contemporaneamente $A \Rightarrow B$ e $B \Rightarrow A$, la proposizione è retta da un nuovo operatore, che si chiama coimplicazione: $A \Leftrightarrow B$, esprimibile dicendo che:

A è condizione necessaria e sufficiente per B ;

A e B sono logicamente equivalenti.

L'ordinamento giuridico si avvale di coimplicazioni nelle meno frequenti ipotesi in cui l'effetto giuridico è conseguenza esclusivamente di un fatto, come, ad esempio, il rapporto coniugale e i relativi doveri, che possono essere conseguenza solo del matrimonio³⁹.

La co-implicazione è, dunque, una relazione di equivalenza, che, come tale, gode delle proprietà riflessiva, commutativa, transitiva.

Per cogliere la distinzione tra implicazione e coimplicazione, che è fondamentale per la ricostruzione degli istituti giuridici, è utile mettersi in un'ottica di tipo insiemistico.

L'implicazione $A \Rightarrow B$ può essere letta anche come $A \subseteq B$. Infatti, la proposizione logica scritta significa che se vale la proprietà A , allora deve necessariamente valere anche la proprietà B ; ciò equivale al fatto che l'insieme degli elementi che soddisfano la proprietà A deve essere contenuto nell'insieme degli elementi che soddisfano la proprietà B .

Si è visto che $A \Rightarrow B$ equivale a dire $\neg B \Rightarrow \neg A$; questa ultima implicazione vale a dire che, se un elemento non soddisfa la proprietà B , cioè non sta nell'insieme degli elementi soddisfacenti tale proprietà, allora non deve soddisfare neanche la proprietà A : questo ha un immediato riscontro in quanto detto prima: se un elemento non sta in B , poiché $A \subseteq B$, esso non potrà stare neppure in A .

Passando invece alla nozione di coimplicazione): $A \Leftrightarrow B$, cioè $(A \Rightarrow B) \wedge (B \Rightarrow A)$, quindi $(A \subseteq B) \wedge (B \subseteq A)$. L'ovvia conseguenza è $A = B$. Infatti, la prima implicazione significa che un elemento che soddisfa la proprietà A deve soddisfare anche la B , mentre la seconda dice che un elemento che soddisfa la proprietà B , deve necessariamente soddisfare anche la A . Ne segue che gli elementi che soddisfano la prima proprietà sono tutti e soli quelli che soddisfano anche la seconda.

Da questa lettura insiemistica dell'implicazione logica, possiamo anche ricavare le nozioni di condizioni necessarie e condizioni sufficienti: se $A \Rightarrow B$, cioè se $A \subseteq B$, allora:

- non è necessario che un elemento stia in A affinché stia in B : esistono infatti elementi di B che non stanno in A è sufficiente che un elemento stia in A , per poter concludere che sta anche in B : ogni elemento di A infatti è anche un elemento di B è necessario che un elemento stia in B ,

³⁹ Tale rilievo vale, ad esempio, ad escludere che la convivenza *more uxorio* o patti civili generino effetti personali o patrimoniali analoghi a quelli esistenti tra coniugi, a meno che non siano introdotte altre disposizioni che regolino la materia.

affinché possa stare in \mathcal{A} : se infatti tale elemento fosse fuori da \mathcal{B} , non potrebbe in nessun caso essere dentro \mathcal{A} .

- non è sufficiente che un elemento stia in \mathcal{B} per poter concludere che sta anche in \mathcal{A} : come detto prima, esistono certamente elementi appartenenti a \mathcal{B} ma non ad \mathcal{A} .

[...]