

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche  
*Curriculum di Filosofia analitica e teoria generale del diritto*

## **NATURA DELLE COSE E METODO GIURIDICO**

RELATORI

Chiar.mo Prof. Pierluigi Chiassoni

Prof. Giuseppe Lorini

Tesi di dottorato di  
LUCA PELLICCIOLI  
R08239

Anno Accademico 2010/2011



## Indice

### - Introduzione

### - Capitolo Primo

#### *La natura delle cose nella dottrina italiana*

1. Il Trattato di Cesare Vivante
2. La coscienza (sociale) di Alberto Asquini
3. Un critico simpatetico. Tullio Ascarelli
4. Altre spigolature della dottrina privatistica
5. Sviluppi recenti nel diritto amministrativo. La autorità indipendenti e lo strano caso dell'organismo di diritto pubblico europeo

### - Capitolo Secondo

#### *Usi giudiziali e tecniche dell'argomentazione giuridica*

1. Metodo della natura delle cose e interpretazione del diritto
2. Su alcuni tentativi di riduzione a tecniche interpretative note:
  - a. interpretazione teleologica
  - b. interpretazione sistematica
  - c. argomento analogico e interpretazione estensiva
  - d. interpretazione evolutiva
3. Verso una soluzione a più livelli
  - 3.1. Modelli di analisi
  - 3.2. La concezione del diritto dei giudici naturalisti

### - Capitolo Terzo

#### *Natura delle cose, diritto positivo e concetto di diritto*

1. L'alternativa tra approccio "filosofico" e approccio "giuridico" alla natura delle cose
  - 1.1. Il dibattito sulla natura delle cose come fonte del diritto
  - 1.2. L'approccio filosofico

- 1.3. L'approccio giuridico
2. Una classificazione topografica
  - 2.1. Il luogo della natura delle cose secondo le auto-interpretazioni dei giuristi
  - 2.2. L'immagine del diritto presupposta
3. L'autoritatività del diritto: un'obiezione al metodo della natura delle cose

- Capitolo Quarto

*Il metodo della natura delle cose. Una spiegazione teorica*

1. Natura delle cose e semantica
  - 1.1. Introduzione
  - 1.2. La semantica dei giuristi naturalisti
2. Obiezioni e confutazioni
  - 2.1. Prima obiezione
  - 2.2. Seconda obiezione
3. Il metodo tipologico
4. Regole naturali di una pratica

- Conclusioni

## *Introduzione*

Credo che molti giuristi e gran parte dei filosofi del diritto non siano disposti a prendere troppo sul serio il tema della natura delle cose. Le ragioni di questo scetticismo facilmente pronosticabile sono diverse; di seguito ne elenco tre che mi paiono particolarmente diffuse e non legate a specifiche scuole o correnti di pensiero giuridico.

Anzitutto c'è il peso di una lunga tradizione<sup>1</sup> che ha sempre considerato la natura delle cose come un esempio caratteristico di un modo di pensare poco rigoroso e ancorato a una concezione normativa della natura che ai critici appare superata. In secondo luogo 'natura delle cose' è un'espressione il cui significato appare vago e che pertanto è sconsigliabile annoverare nella "cassetta degli attrezzi" di un buon giurista. Infine, anche laddove assume connotati sufficientemente chiari, l'appello alla natura delle cose appare in contrasto con l'intuizione diffusa secondo cui le norme giuridiche sono sempre il prodotto della volontà umana.

Si potrebbe pensare che occuparsi delle controversie sul ruolo della natura delle cose nel diritto denoti un gusto antiquario, dal momento che tra i filosofi del diritto l'interesse per questa materia, dopo aver toccato un picco verso la metà del ventesimo secolo, ha incominciato a smorzarsi alla fine degli anni Sessanta<sup>2</sup>, quando peraltro i giuristi positivi sembravano averlo messo in soffitta da tempo<sup>3</sup>. Tuttavia ci sono diversi indizi del fatto che la cultura giuridica non si è mai completamente dimenticata della natura delle cose.

In primo luogo troviamo frequentemente l'espressione 'natura delle cose', anche se

---

1 Che risale perlomeno a Bernard Windscheid, il cui giudizio caustico sulla natura delle cose ("nozione giustamente screditata") è menzionato in G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt, 1948, p.8.

2 L'ultimo scritto giusfilosofico importante sul tema di cui sono a conoscenza è del 1970, (E. Garzón Valdez, *La naturaleza de la cosa* (1970), in Id., *Derecho, ética y política*, Madrid, 1993) e significativamente è un'aspra critica verso la pretesa di ricavare dalla natura delle cose indicazioni rilevanti per risolvere problemi giuridici. Un lavoro più recente è A. Tarantino, *La problematica odierna della natura delle cose* (2<sup>a</sup> ed.), Milano, 2008, ma si tratta soprattutto di una rassegna di posizioni su questo tema di autori illustri del passato (la prima edizione è del 1980).

3 Questo è vero perlomeno in Italia. Come si vedrà in seguito la discussione sulla natura delle cose aveva posto l'accento sulla funzione sociale degli istituti (accanto o al di sopra della configurazione legale). Ma già dai primi anni Sessanta il tema della funzione sociale degli istituti (in particolare della proprietà, la cui "funzione sociale" è menzionata nell'art. 42 cpv., Cost.) aveva preso una direzione diversa, orientata alla ricostruzione dei valori e del modello di società incorporati nella Costituzione. Vedi S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà* (1960), che si legge in Id., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.

spesso per denotare qualcosa di cui i giuristi farebbero bene a non parlare. In anni a noi prossimi la *si* è evocata per alludere all'idea, ritenuta grossolanamente errata, secondo cui ci sarebbe un ordine naturale nel mercato che con la propria intrinseca normatività spinge il legislatore a soluzioni obbligate<sup>4</sup>. Qui, per esempio, una sostanziale prossimità all'idea della natura delle cose è contestata a coloro che non riconoscono che il mercato è un'entità artificiale che presuppone l'esistenza di istituti giuridici che nulla hanno di naturale, ma sono il prodotto di una volontà politica<sup>5</sup>. Il che è come dire che una parte del pensiero giuridico è accusata di attribuire un peso determinante alla forza normativa della natura delle cose e di trascurare la politicità costitutiva del diritto, che lo faccia parlando espressamente di natura delle cose oppure no.

In secondo luogo, c'è un indizio forse più importante che emerge dalle banche dati di giurisprudenza che all'interrogazione basata sulla stringa 'natura delle cose' restituiscono numerosi risultati. Anche se questi dati vanno vagliati con cura, per sceverare i risultati significativi dalle coincidenze casuali<sup>6</sup>, il fatto che i giudici parlino di 'natura delle cose' nelle motivazioni delle loro sentenze è già *prima facie* una circostanza degna di nota.

In terzo luogo, l'indizio definitivo è costituito da alcune pubblicazioni recentissime di giuristi che hanno espressamente rimesso in onore la natura delle cose come mezzo di interpretazione giuridica e di costruzione dogmatica<sup>7</sup>.

Nel lavoro che qui presento ho cercato di prendere sul serio questo tema, mettendo provvisoriamente tra parentesi lo scetticismo che lo circonda<sup>8</sup> e sforzandomi di ricostruire in uno spirito simpatetico le idee di alcuni giuristi (soprattutto italiani) che lo hanno frequentato. Le opere rilevanti (manuali, articoli e saggi, sentenze giudiziali) sono studiate una dopo l'altra senza alcun tentativo di contestualizzazione storica (benché i materiali dottrinali analizzati nel primo capitolo siano presentati in ordine cronologico). L'approccio a quei testi è di tipo teorico, anziché storiografico;

---

4 N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

5 Ivi, p. vii

6 Vedi *infra*, cap. II.

7 Mi riferisco ad alcuni articoli di due amministrativisti, Fabio Merusi e Aldo Sandulli. Di loro, e soprattutto del primo, parlerò nel corso del primo capitolo, cui rinvio anche per le indicazioni bibliografiche.

8 Fino all'ultimo paragrafo del terzo capitolo, in cui sviluppo una versione della terza critica su accennata, basata sulla nozione di autoritatività del diritto. La prima critica scettica (relativa alla concezione normativa della natura) non è specificamente tematizzata nel mio lavoro, ma trova alcuni spunti nella discussione sviluppata nel quarto capitolo. La seconda ragione di scetticismo (la vaghezza di 'natura delle cose'), infine, addita un problema che ho dovuto affrontare a più riprese nel corso delle mie analisi e che ho cercato di risolvere tenendo conto degli elementi contestuali che consentono di precisare i sensi di 'natura delle cose' di volta in volta adottati dai giuristi.

sostanzialmente ho attinto a essi come a un serbatoio di tesi e argomenti da incardinare nell'elaborazione di un modello – per così dire ideale – di pensiero giuridico basato sulla natura delle cose.

Nondimeno, una ricostruzione per grandi linee delle coordinate storiche in cui maturano i primi riferimenti della scienza giuridica italiana alla natura delle cose è utile, e forse necessaria, per introdurre le analisi che il lettore incontrerà nelle pagine che seguono.

Nei decenni che seguirono l'emanazione del codice civile (1865) i giuristi italiani adottarono un approccio marcatamente legalistico allo studio del diritto positivo<sup>9</sup>. Naturalmente la produzione di un testo normativo così rilevante pose l'esigenza scientifica di opere che informassero sui suoi contenuti. Ma questa ovvia considerazione non basta a rendere conto dello stile esegetico che quelle opere assunsero. Piuttosto ciò fu dovuto all'influenza culturale francese, che portò con sé l'atteggiamento di esplicita reverenza verso il codice che caratterizzava la scuola dell'esegesi<sup>10</sup>.

In questo clima non sorprende che i tentativi di riconoscere un peso alla natura delle cose nella determinazione dei contenuti del diritto non godessero di buona stampa, così come erano osteggiati altri strumenti che la scienza giuridica aveva talvolta impiegato per avanzare soluzioni in contrasto con i dettati legislativi, come l'abuso del diritto e l'equità<sup>11</sup>.

Se si parlava di una conformità del diritto alla natura delle cose era solo per alludere all'esigenza che la legislazione assumesse contenuti adeguati o giusti, non certo per favorire un impiego diretto di questo strumento da parte dei giuristi<sup>12</sup>. In altre parole nel contesto di studi dominati dallo stile esegetico la natura delle cose era privata di ogni rilevanza metodologica.

Peraltro il fatto che l'assoluta preminenza della fonte legislativa fosse declinata in termini di irrilevanza per il giurista positivo di una eventuale difformità tra diritto e natura delle cose non è privo di significato perché mostra che la nozione, dopo tutto,

---

9 Sul punto vedi le sintesi di P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 4 e sgg. E N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile* (2<sup>a</sup> ed.), Milano, 2002.

10 Su cui vedi N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, pp. 55 sgg.

11 Sul primo vedi il penetrante studio di G. Cazzetta, *Responsabilità civile e abuso del diritto tra Otto e Novecento*, 2012 (in corso di pubblicazione negli atti del Convegno *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*). Un esempio molto citato del modo in cui nei primi anni dell'Italia unitaria veniva trattata l'equità giuridica è V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità* (1880), in Id., *Studi giuridici. III*, Roma, 1932, il quale afferma che l'accoglimento nei codici è l'unico modo in cui una soluzione equitativa può farsi strada, e sviluppa l'opposizione tra legge e equità in toni pamphlettistici laddove afferma che la seconda era invocata a Vienna dalle monarchie legittimiste (pp. 15-16).

12 V. Scialoja, cit.

non era affatto estranea alla cultura giuridica del tempo. Quando, nell'ultimo decennio dell'Ottocento, Cesare Vivante, il principale commercialista italiano dell'epoca, arringò i suoi colleghi sulla necessità di includere un adeguato resoconto della natura delle cose – o dei fatti – nella indagine scientifica sugli istituti del diritto commerciale, anziché limitarsi a una ricostruzione degli articoli rilevanti del codice, egli non introdusse affatto un concetto nuovo o desueto, ma si limitò a rimuovere un veto che l'opinione comune, dopo la formazione di uno stato italiano unitario e la promulgazione dei codici del 1865, riteneva scontato.

Chi fosse interessato a comprendere la genesi della nozione di 'natura delle cose' che prese a diffondersi a partire da allora nella cultura giuridica italiana, dunque, sbaglierebbe probabilmente a concentrarsi esclusivamente su fonti coeve, ma dovrebbe spingersi a ritroso, dal momento che, come si è detto, la natura delle cose che Vivante spronava a studiare era qualcosa che i giuristi che avevano scritto nei decenni precedenti conoscevano, se pure aborrivano.

Uno studio recente della storica Simona Cerutti rivela per esempio che il tema della natura delle cose era comunissimo nella prassi settecentesca dei tribunali mercantili torinesi<sup>13</sup>. È un dato interessante, e merita di essere approfondito, che in una società di *ancien régime* proprio il diritto commerciale abbia costituito un terreno fertile per il fiorire di un approccio "naturalistico" da parte dei tecnici del diritto. Istituito nel 1676, il Consolato di commercio era l'organo giudiziario che si occupava delle controversie mercantili<sup>14</sup>. Benché inizialmente il Consolato fosse emanazione della corporazione dei mercanti, in esso sedevano giudici togati, anziché laici provenienti dalla corporazione stessa (tranne alcune parentesi, tra la sua fondazione e il 1687, e poi ancora tra il 1723 e il 1734). Il Consolato giudicava seguendo una procedura speciale, detta sommaria, ispedita, o anche, significativamente, alla mercantile<sup>15</sup>. Alla procedura sommaria si accompagnava una concezione peculiare dei criteri da adottare nella decisione delle cause: Cerutti osserva che le decisioni del Consolato non motivano mai con riferimento a leggi, statuti, o consuetudini particolari, ma piuttosto si richiamano alla 'natura delle cose' e alla 'verità dei fatti'<sup>16</sup>.

Proprio il peso attribuito alla natura delle cose in questi giudizi è considerato dalla studiosa il tratto più caratteristico della giurisprudenza del Consolato. Il criterio sacrificato in nome della natura delle cose era quello della 'qualità delle persone' che avrebbe implicato il diniego del privilegio del foro mercantile per tutti coloro che non

---

13 S. Cerutti, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime (Torino XVIII secolo)*, Milano, 2003.

14 Ivi, pp. 49 sgg.

15 Ivi, pp. 33 sgg.

16 Ivi, pp. 54 sgg.; 152 sgg.



appartenevano a una corporazione di mercanti. Individuare nelle “cose” il centro della cognizione del tribunale non significava solo assicurare tutela a coloro che si fossero trovati in un commercio, a prescindere dal ceto di appartenenza, ma anche impegnarsi a elaborare soluzioni percepite come adeguate alle esigenze della pratica.

Ritroveremo in Vivante tanto il sospetto verso i privilegi del ceto dei commercianti, che nel regime non più corporativo di fine Ottocento si perpetuavano nell'applicazione di norme consuetudinarie sfavorevoli al “consumatore”, quanto l'esigenza di costruire il diritto commerciale a partire dalle cose stesse, muovendo da una conoscenza approfondita delle azioni tipiche che costituiscono le pratiche commerciali.

Il fenomeno descritto da Cerutti non riguarda solo il Piemonte, ma si trova, sia pure con caratteri diversi, in altre aree dotate di un commercio altamente sviluppato. Così, nello stesso periodo in cui a Torino prosperava la giustizia alla mercantile la “voce delle cose” che Vivante esorterà i giuristi a raccogliere, era ascoltata anche oltremarina e trovava espressione nell'opera di Lord Mansfield, che ebbe un ruolo centrale nello sviluppo del diritto commerciale inglese, dapprima in qualità di Attorney-General, quindi come Chief Justice del King's Bench. Molte sentenze relative a controversie commerciali redatte da Lord Mansfield attestano la sua propensione a uno stile di giudizio più sensibile a regole spontaneamente seguite – o perlomeno facilmente comprese – dai mercanti e alle conseguenze pratiche delle decisioni che alle sottigliezze e alle amenità del ceto dei giuristi. Nel caso *Hamilton v. Mendes* del 1761 si espresse in questi termini: “The daily negotiations and property of merchants ought not to depend upon subtleties and niceties, but upon rules easily learned and retained, because they are the dictates of common sense, drawn from *the truth of the case*. If the question is to depend *upon the fact*, every man can judge of the nature of the law before the money is paid”<sup>17</sup>.

Verità dei fatti e natura delle cose hanno dunque un posto di tutto rispetto nella storia del diritto commerciale e ciò spiega la nutrita presenza di commercialisti tra gli autori di cui mi occupo in questo lavoro. Se pure aiutano a comprendere una peculiarità di questo settore del diritto, tuttavia, questi riferimenti non costituiscono affatto un quadro esauriente. Abbiamo osservato giudici brandire l'argomento della natura delle cose per scalfire privilegi corporativi e aggirare i tecnicismi dei giuristi; conosciamo perciò alcune delle circostanze in cui l'argomento è apparso utile e appropriato, ma sappiamo ancora poco o nulla sul modo in cui esso ha trovato posto nella cultura dei giuristi.

Il libro di Simona Cerutti offre spunti interessanti anche intorno a questo aspetto. Le sue ricerche, relative ai programmi degli studi universitari e alla composizione

---

17 Cit. in C. Fifoot, *Lord Mansfield*, Oxford, 1936, p. 85. Corsivi aggiunti.

delle biblioteche private, mettono in luce una presenza cospicua sia delle opere dei più importanti giurisperiti medievali (su tutti Bartolo e Baldo) sia di un sapere meno specialistico in cui campeggia la filosofia scolastica. Entrambe queste componenti suggeriscono all'autrice di cercare nella cultura medievale e, attraverso questa, nell'opera di Aristotele, piuttosto che nel giusnaturalismo moderno, le fonti culturali dei riferimenti alla natura delle cose nella Torino del Settecento<sup>18</sup>.

A supporto di questa ipotesi sulla filogenesi della nozione di natura delle cose in uso nella cultura giuridica militano anche altre ricerche, di indole diversa. Mi riferisco ad alcuni studi di storia della filosofia del diritto che hanno raggiunto conclusioni simili a quelle di Cerutti, leggendo nella fioritura novecentesca del tema della natura delle cose i segni di una ripresa più o meno esplicita e consapevole di idee caratteristiche del giusnaturalismo antico e medievale.

Il primo di questi studi in ordine di apparizione è un articolo di Michael Villey, "Il concetto 'classico' di natura delle cose"<sup>19</sup>. Si tratta del testo di una relazione che l'illustre storico e filosofo del diritto francese tenne nel 1964 in occasione di un congresso internazionale sul nostro tema. La tesi di Villey è che l'aspetto più rilevante del rinato interesse per la natura delle cose cui si assisteva nella filosofia del diritto europea tra gli anni '50 e '60 del Novecento fosse costituito da "un ritorno confuso e larvato all'antico diritto naturale"<sup>20</sup>. Benché i nomi e le scuole filosofiche che circolavano nelle relazioni degli altri partecipanti fossero altri (il campionario di Villey comprende Hegel e Marx tra i primi, positivismo, esistenzialismo e fenomenologia tra le seconde) egli chiudeva il suo intervento chiedendosi polemicamente se questi "autori moderni" fossero riusciti a "far[e] meglio di Aristotele"<sup>21</sup>.

Villey contrappone schematicamente l'antico al moderno in relazione a due punti: la concezione del diritto e la concezione della natura. Dall'unione di una concezione antica della natura e del diritto scaturirono il diritto naturale di Aristotele e Tommaso d'Aquino e il concetto classico di natura delle cose; le relative concezioni moderne invece conducono alternativamente al giusnaturalismo moderno e al positivismo<sup>22</sup>.

Secondo la concezione moderna il diritto "è essenzialmente un prodotto non della

---

18 Ciò per quanto riguarda la natura delle cose. Ma c'è un'altra nozione, 'verità del fatto', che Cerutti ritrova nelle stesse fonti e che collega a un atteggiamento "baconiano" di favore verso la pratica e l'empiria (pp. 172 sgg.). Come si vedrà ampiamente, nei giuristi che professano il metodo della natura delle cose ritroviamo la stessa adesione entusiastica alla lezione dell'esperienza, che ha fatto propendere alcuni verso una lettura empiristica del metodo della natura delle cose.

19 M. Villey, *Il concetto "classico" di natura delle cose*, in Jus, 18, 1967, pp. 28-46.

20 Ivi, p. 46

21 *Ibid.*

22 Ivi, pp. 31-33; 38-40.

natura, ma dello spirito”; “[a]l contrario dell’animale, l’uomo afferma la pretesa di essere egli stesso l’autore delle sue società e del suo diritto”<sup>23</sup>. Questa nozione accomuna le concezioni razionaliste del diritto naturale e il positivismo giuridico e si traduce in una visione normativista del diritto che “conduce il giurista a chiudere gli occhi sulle cose, a vivere nel mondo chiuso delle norme”<sup>24</sup>. Per Aristotele e Tommaso al contrario il diritto è un prodotto della natura, il che equivale a dire che agli uomini tocca osservarlo o reperirlo “là fuori”, anziché crearlo o anche solo scoprirlo nello spazio “interno” della ragione. Al posto del normativismo correlato alla concezione moderna, troviamo poi un’opposta tendenza a rappresentare il diritto non come una classe separata di entità (le norme giuridiche), ma piuttosto come una proprietà di azioni, pratiche e istituzioni umane: per gli antichi ‘diritto’ “significava [una] nozione flessibile e aggettivale, il *giusto*, *dikaion*, l’*id quod iustum est*”<sup>25</sup>. Merita di essere sottolineata la distinzione grammaticale cui Villey allude in questo passo. Per un moderno, la parola ‘diritto’ è un nome che denota una classe di oggetti prodotti dall’attività umana, vale a dire le norme giuridiche. Qualificando il diritto secondo gli antichi come una nozione aggettivale sembra che Villey voglia dire che ‘diritto’ non nominava una classe di oggetti, ma piuttosto un attributo o una qualità, come le espressioni italiane ‘il (colore) rosso’ è ‘il giusto’<sup>26</sup>.

Da queste osservazioni comincia ad apparire chiaro perché la nozione aristotelica e tomistica di diritto appaia a Villey una sede particolarmente ospitale per i richiami alla natura delle cose. Se il diritto non è definito come un’entità creata dall’uomo, ma come una qualità che si osserva nelle cose, è piuttosto agevole descrivere il giurista come colui che ricerca il diritto nella natura delle cose. L’annotazione grammaticale che ‘diritto’ ebbe originariamente un uso aggettivale corrobora in qualche modo questa idea, suggerendo che la decisione di un caso fosse intesa essenzialmente come un resoconto osservativo sugli eventi e la azioni sottoposti al giudizio. Le norme, in cui si sostanzia la decisione, non sarebbero che un epifenomeno di tale resoconto: se ciò che il convenuto ha fatto è “diritto”, allora andrà assolto, se non lo è, lo si condannerà a rimediare<sup>27</sup>.

---

23 Ivi, p. 31

24 Abbiamo già incontrato una metafora basata sulla percezione, la metafora acustica della “voce delle cose”, ora il quadro si arricchisce con una metafora visiva (chiudere gli occhi sulle cose).

25 Ivi, p. 40. Vedi anche, per spunti analoghi, J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, pp. 206-7 e A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, pp. 95 sgg.

26 Circa la flessibilità, Villey specifica in un altro articolo che il diritto (naturale) ha le caratteristiche della mobilità (intesa come variabilità nel tempo) e della diversità (intesa come variabilità locale). V. M. Villey, *Law in Things*, in P. Amselek, N. McCormick, *Controversies About Law’s Ontology*, Edinburgh, 1991, pp. 2-12.

27 Naturalmente questo indice grammaticale è molto debole e può essere rovesciato facilmente.

Villey si occupa di questi usi del concetto di diritto nell'età classica e ritiene che un giurista moderno dovrebbe tenerli presenti se intende riconoscere un ruolo preminente alla natura delle cose. Il suo interesse tuttavia si focalizza soprattutto sulle concezioni giusfilosofiche del diritto ed è a queste che rimprovera un concetto normativistico di diritto incapace di reggere il peso di una teoria della natura delle cose. Di conseguenza egli, nel tracciare una dicotomia netta tra modi di concepire il diritto congeniali e non congeniali al tema della natura delle cose, trascura le concezioni meno sofisticate sottese alle operazioni con cui i giuristi abitualmente individuano gli ordinamenti giuridici. Sotto questo profilo, come sosterrò più ampiamente nel capitolo III, non esistono differenze drastiche tra giuristi che ammettono e giuristi che negano la legittimità del ricorso alla natura delle cose. Né gli uni né gli altri, generalmente, sono preoccupati delle ricadute che il favore per la natura delle cose può avere sulle teorie normativiste. Il loro disaccordo risiede su questioni di altro tipo: ci sono soluzioni giuridiche obiettivamente ricavabili dall'osservazione della natura delle cose?<sup>28</sup>; se ci sono, come si può sostenere che il diritto positivo le considera ammissibili?; il diritto contiene rinvii impliciti o espliciti alla natura delle cose?; e altre consimili

Oltre alla diversità delle concezioni del diritto, Villey individua un secondo elemento di contrapposizione tra antichi e moderni che per noi si rivelerà più interessante: il diverso modo di intendere 'natura'. Partiamo dalla concezione antica: la natura degli antichi "comprende tutto ciò che esiste nel nostro mondo: cioè, non soltanto gli oggetti fisici, materiali [...], ma l'integralità dell'uomo, spirito come corpo, e le istituzioni umane e le istituzioni sociali"<sup>29</sup>; inoltre è inclusa nello studio della natura anche l'indagine sulle cause finali delle cose che esistono. Per contro, la concezione moderna sarebbe più ristretta (per esempio escluderebbe cose come le istituzioni umane) e limiterebbe lo studio della causalità alle cause efficienti.

Troviamo impiegata una distinzione simile in alcune pagine di Mauro Barberis<sup>30</sup>. Barberis insiste particolarmente sul carattere teleologico della concezione della natura che caratterizza il pensiero antico e medievale e che viene soppiantata, a partire dalla rivoluzione scientifica, da una lettura meccanicistica dei fenomeni naturali. Al posto

---

Per esempio si potrebbe impiegare un argomento analogo in relazione agli aggettivi 'lecito' e 'illecito', salvo notare che le rispettive qualità delle azioni considerate dipendono da qualificazioni operate da norme giuridiche: "osservare" la liceità o la illiceità di un'azione non significa altro che metterla in rapporto a una norma giuridica.

28 Oppure occorrono criteri che richiedono l'articolazione di un "sistema di valori" che la natura delle cose non può offrire? Questo è ciò che sostiene per esempio E. Di Robilant, *Sui principi di giustizia*, Milano, 1961, p. 225

29 M. Villey, *Il concetto "classico" di natura delle cose*, cit., p. 40

30 M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 1993, pp. 39 sgg.

della classificazione a due termini di Villey, Barberis introduce però una tripartizione che comprende esplicitamente, accanto al giusnaturalismo antico e al giusnaturalismo moderno (o giusrazionalismo), un giusnaturalismo contemporaneo – nel cui alveo colloca le teorie contemporanee della natura delle cose – che si caratterizza per un sostanziale ritorno al teleologismo antico. Una tesi interessante di Barberis è che proprio il lessico giuridico – e ‘natura delle cose’ ne è un esempio – ha contribuito alla conservazione di “modi di pensare [...] correnti nel discorso antico e medievale”<sup>31</sup>

Sia Villey che Barberis pensano che al tema della natura delle cose sia particolarmente congeniale una concezione della natura ricca e venata di elementi teleologici. Il primo peraltro manifesta al riguardo una posizione piuttosto articolata: anche la concezione moderna e ristretta, può suscitare soluzioni giuridiche ispirate alla natura delle cose, ancorché frammentarie e in ultima analisi insoddisfacenti<sup>32</sup>. Per esempio, anche chi esclude dallo studio della natura la causalità finale può nondimeno riconoscere che la natura delle cose impone dei limiti ai mezzi che un legislatore può impiegare per realizzare uno scopo qualsivoglia. Villey attribuisce questa posizione (che denomina concezione minima della funzione della natura delle cose) ad autori come Bentham e Bobbio e introduce un tema sul quale avrò modo di ritornare nel capitolo II di questo lavoro, laddove mi occuperò della relazione tra appelli alla natura delle cose e argomentazioni teleologiche nel diritto<sup>33</sup>.

In questo lavoro non mi occupo direttamente della nozione aristotelica o tomistica di natura delle cose. Tuttavia parlerò frequentemente della pretesa dei sostenitori del metodo della natura delle cose di ritrovare nelle azioni e nelle pratiche sociali, e nelle funzioni a esse immanenti, elementi rilevanti per determinare il contenuto del diritto. E le osservazioni di Villey e Barberis<sup>34</sup>, al pari del libro di Simona Cerutti, rappresentano un contributo importante per mettere in luce la presenza nella cultura giuridica di una nozione di natura abbastanza ricca da includere le strutture tipiche

---

31 Ivi, p. 41.

32 Inoltre introduce un elemento di instabilità nel suo stesso schema affermando che la nozione moderna di natura è in realtà quasi altrettanto vecchia della nozione antica, e comunque precede di molti secoli l’abbandono generalizzato della concezione antica. Egli allude qui ad alcuni tratti del pensiero stoico penetrati tra i giuristi romani. Sul naturalismo dei giureconsulti romani vedi C.A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti romani*, Milano, 1937 e alcuni cenni in M. Bretonne, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998.

33 Ma la scelta in favore della nozione moderna di natura può condurre, all’estremo opposto, anche a una concezione massima della funzione della natura delle cose (che per Villey è esemplificata da Montesquieu), allorché si accolga una posizione deterministica. Mi pare che Villey abbia qui in mente una posizione che considera un approccio causale (ovviamente nel senso della causalità efficiente) come l’unico adeguato alla spiegazione delle istituzioni umane.

34 Alle quali si può aggiungere H. Welzel, *diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, pp. 44 e sgg.

d'azione dei membri di un gruppo sociale e le istituzioni a cui esse danno origine, in una parola l'insieme di fenomeni cui spesso ci si riferisce con l'espressione 'realtà sociale'.

Si può allora formulare la seguente ipotesi: è la nozione comprensiva di 'natura' quella che circola, con diversi gradi di consapevolezza, tra i giuristi contemporanei che impiegano l'argomento della natura delle cose. Essi l'hanno reperita in una tradizione giuridica che risale alla giurisprudenza romana<sup>35</sup>, continua tra gli scrittori medievali<sup>36</sup> e, come abbiamo visto, si trova ancora vitale tra i giuristi di *ancien régime*. Non si tratta però di una tradizione interamente plasmata dal sapere specialistico dei giuristi; essa si collega a sua volta a fonti culturali più generiche – la filosofia di Aristotele e la filosofia scolastica – che almeno fino al Settecento, come cerca di mostrare Cerutti, compaiono nel canone su cui si forma il ceto dei giuristi.

Nel corso di questo lavoro userò la formula 'giuristi naturalisti' (e talvolta 'giudici naturalisti') per indicare tutti gli operatori del diritto che fanno appello alla natura delle cose. Questa formula ovviamente non ha nulla a che vedere con l'accezione di 'naturalismo' che ha preso piede nel lessico filosofico e filosofico-giuridico in seguito al successo del progetto di Quine di "naturalizzazione" della filosofia<sup>37</sup>, ma trae ispirazione dall'insieme di considerazioni sopra riportate e allude alla tendenza di questo gruppo di giuristi a considerare naturali alcune caratteristiche delle azioni che assumono rilevanza per il diritto.

Non è detto che tutti i giuristi che nell'ultimo secolo hanno fatto appello alla natura delle cose condividano la stessa concezione di 'natura': al limite si possono trovare casi di giudici o giuristi che accolgono il concetto più circoscritto e attribuiscono – per impiegare la formula di Villey – una funzione minima all'argomento della natura delle cose. Anche costoro sono giuristi "naturalisti" perché attribuiscono un ruolo alla conoscenza e alla descrizione di fatti naturali nella scienza giuridica. Tuttavia, come sarà più chiaro in seguito, è proprio l'accezione ampia quella che aiuta maggiormente a orientarsi nello studio della giurisprudenza della natura delle cose e che va pertanto considerata l'accezione centrale. È alla luce di essa che si spiegano i continui riferimenti ai fatti sociali, alla prassi degli agenti e alle funzioni sociali ed economiche degli istituti che troveremo ovunque associate all'impiego del metodo della natura delle cose.

Per comprendere la genesi del linguaggio in cui si articola il metodo della natura

---

35 Vedi *supra*, nota 29.

36 Sul naturalismo del pensiero giuridico medievale vedi i celebri studi di P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di filosofia del diritto*, Padova, 1968; Id., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006.

<sup>37</sup> Vedi W.V.O. Quine, *Epistemology Naturalized*, in Id. *Ontological Relativity and Other Essays*, New York, 1969 e il suo epigono gius-filosofico B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, 2007.

delle cose dei giuristi contemporanei, tuttavia, questi cenni non sono sufficienti e rischiano di risultare persino fuorvianti, se non integrati da ulteriori considerazioni. L'ipotesi di una concezione della natura di ascendenza aristotelica aiuta a mettere a fuoco l'inclusione dell'agire sociale tra le questioni di cui il metodo della natura delle cose si deve occupare. Ma tra gli strumenti che i giuristi italiani cominciano a impiegare negli ultimi scorcio dell'Ottocento per rendere conto di tali questioni troviamo un gruppo di concetti che hanno una storia del tutto differente: la realtà sociale di cui parla Vivante si compone di rapporti e istituti ed è riflessa nello specchio della consuetudine giuridica; Asquini e Ascarelli vi aggiungono la coscienza sociale come banco di prova della effettività di un istituto<sup>38</sup>; il diritto di una società spesso è inteso come funzione della sua storia. Lo scopo di una scienza giuridica sensibile alla natura delle cose è descritto come la costruzione di un sistema che integri tutti gli elementi summenzionati.

A differenza della nozione di natura delle cose questi elementi non raggiungono la scienza giuridica italiana di fine Ottocento come un fiume carsico<sup>39</sup>, ma sono una testimonianza manifesta dell'influsso esercitato dalla scuola storica e dalla pandettistica tedesche. I concetti di rapporto e istituto furono posti al centro del metodo giuridico da Savigny<sup>40</sup> e rappresentarono per i pandettisti l'oggetto principale della costruzione giuridica. L'idea che l'omogeneità del diritto alla realtà sociale (che, abbiamo visto, viene inclusa nell'estensione di 'natura') vada perseguita attraverso la costruzione di una intelaiatura adeguata di istituti giuridici paga dunque un evidente tributo alle concezioni della scienza giuridica che incominciarono a diffondersi in Germania all'inizio del diciannovesimo secolo<sup>41</sup>.

Benché i sostenitori della natura delle cose rappresentino talvolta i rapporti e gli istituti giuridici come parti della realtà sociale, l'utilizzo di questa terminologia è fonte di ambiguità e deve essere vagliato con cura. In particolare non è affatto scontato che 'istituto' possa essere trattato come sinonimo di 'istituzione' o di 'pratica sociale'<sup>42</sup>. Uno degli esempi più ricorrenti in questo lavoro è quello dell'istituto 'società in nome collettivo' che Vivante introduce nelle prime pagine del suo *Trattato*

---

38 Vedi *infra*, cap. I, §§ 2 e 3.

39 L'espressione è di Simona Cerutti, *Giustizia sommaria*, cit., p. 215.

40 Si veda per esempio la sua Prefazione al *Sistema del diritto romano attuale* in F.K. von Savigny, *Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1980, pp. 91 sgg.

41 La citazione preferita dai giuristi che si appellano alla natura delle cose, almeno da Geny in poi, è proprio di un pandettista, Dernburg, e reca quanto segue: "I rapporti di vita recano in sé, se pure più o meno sviluppati, la loro misura, e il loro ordine. Questo ordinamento inerente alle cose si chiama natura delle cose"

42 Sul punto vedi G. Lorini, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Padova. CEDAM, 2000, che distingue opportunamente tra concezioni istituzionaliste e concezioni istitutiste del diritto.

*di diritto commerciale*<sup>43</sup>. Come è noto nelle società in nome collettivo i soci rispondono solidalmente e con tutto il patrimonio per le obbligazioni sociali, ed è escluso ogni effetto del patto contrario verso i terzi. La pratica di considerare solidalmente responsabili i soci in affari di un commerciante che avesse contratto un'obbligazione in un'operazione afferente a tali affari costituisce secondo gli storici un passaggio importante nelle vicende delle economie commerciali<sup>44</sup> e perciò è agevole trovare un correlato di queste norme nella realtà sociale.

Tuttavia è chiaro che per Vivante 'società in nome collettivo' denota anzitutto e immediatamente un insieme di norme di diritto positivo (segnatamente, un istituto del diritto commerciale) e solo in secondo luogo, e mediamente, la pratica sociale di cui quelle norme possono considerarsi il precipitato. Il punto di partenza dei giuristi naturalisti è sempre costituito dall'esigenza di chiarire un aspetto del diritto positivo; a questo scopo, in contrasto con altri orientamenti metodologici, essi avanzano la pretesa di trovare soluzioni adeguate spostando lo sguardo sul diritto socialmente praticato, il diritto vivente, la "*law in action*". Tale pretesa metodologica, come cercherò di chiarire, si basa sull'assunto secondo cui la legislazione costituisce talvolta una tecnica per rendere cogente una pratica seguita da un gruppo sociale; una tecnica che tanto più può perfezionarsi quanto più la pratica da incorporare nel diritto positivo è individuata e descritta accuratamente. Sicché, la conoscenza empirica della prassi seguita dai membri del gruppo finisce in questi casi per coincidere con la conoscenza del diritto positivo.

Queste considerazioni inducono a maneggiare con una certa cautela alcune formule che talvolta si sono impiegate per qualificare il metodo della natura delle cose, per esempio l'idea che esso postuli un "diritto nelle cose" o miri a individuare "*ipsa res iusta*"<sup>45</sup>.

In realtà i giuristi naturalisti non cercano affatto, alla cieca, il diritto nelle cose; più in generale non lo cercano in posti diversi da qualsiasi altro giurista. Il metodo della natura delle cose dichiara di occuparsi del diritto positivo e identifica il proprio oggetto attraverso operazioni che non hanno nulla di peculiare o idiosincratico. Non desta stupore che un commercialista italiano di fine Ottocento dedichi pagine dei suoi scritti alla società in nome collettivo, o un amministrativista dei nostri giorni compili articoli sull'organismo di diritto pubblico europeo; entrambi i concetti compaiono nei testi normativi a loro coevi e sono unanimemente considerati oggetti degni dell'attenzione di un giurista. Allo stesso tempo, tuttavia, non si può rendere conto del senso di ovvietà suscitato dalla scelta di simili oggetti di studio se non richiamandosi

---

43 Vedi *infra*, cap. I per i riferimenti.

44 F. Galgano, *Lex Mercatoria*, (5<sup>a</sup> ed.), Bologna, pp. 47-54.

45 Per l'uso di queste espressioni, si vedano i lavori già citati di Villey e Kaufmann.



al fatto che Cesare Vivante – il commercialista – e Fabio Merusi – l’amministrativista – sono giuristi positivi che sanno di quali rubriche e capitoli si compone il diritto italiano.

Il punto sarà trattato nel capitolo terzo, e una speciale enfasi sarà posta sul fatto, apparentemente banale, che per molti tratti il metodo dei giuristi naturalisti ricalca le operazioni che ordinariamente si crede che un giurista debba compiere. Ciò basterà, ritengo, a scansare la suggestione secondo cui al tema della natura delle cose si accompagna un concetto di diritto *sui generis*, largamente incompatibile con quello adottato dai più.

Piuttosto, le peculiarità del metodo della natura delle cose emergono nella fase, logicamente successiva, in cui non si tratta più di impiegare un concetto di diritto adatto a individuare l’area delle questioni rilevanti, ma di determinare che cosa il diritto dice. È in questa fase che i giuristi naturalisti ritengono che le conoscenze ricavate dall’osservazione della prassi dei consociati possano essere utilizzate per risolvere questioni oscure o controverse, purché qualche indizio nei testi giuridici mostri la presenza di un addentellato tra diritto e realtà sociale<sup>46</sup>.

Un buon esempio è rappresentato dalla società in nome collettivo. Qui l’addentellato è costituito dal fatto che la regola positiva della responsabilità solidale ha un precedente storico in una pratica mercantile sviluppatasi per rafforzare la fiducia della clientela. Seguire il metodo della natura delle cose significa in questo caso adottare ogni conoscenza che si abbia di tale pratica per chiarire eventuali casi controversi nell’applicazione della norma.

Il metodo della natura delle cose insomma allarga le considerazioni che si possono addurre per determinare il contenuto del diritto positivo ai fenomeni sociali cui il diritto si correla o fa riferimento. In questa caratterizzazione si incontrano due idee che svolgeranno un ruolo importante nel seguito di questo lavoro.

In primo luogo vi è l’idea che il diritto faccia *riferimento* alla realtà sociale. Cercherò di mostrare che il modo migliore per spiegare molte operazioni dei giuristi naturalisti sia di intendere la parola ‘riferimento’ in un senso pregnante, concependo cioè le pratiche sociali come il referente semantico che essi attribuiscono ad alcuni concetti giuridici<sup>47</sup>. Il metodo della natura delle cose in effetti non adduce spesso altra

---

46 Queste distinzioni sono tratte da M. Jori, *Del diritto inesistente*, Pisa, 2011. Un resoconto delle tesi di Jori che ho utilizzato nel mio scritto e i riferimenti ai passi rilevanti saranno esplicitati più avanti.

47 *Infra*, cap IV. Sulla questione del riferimento semantico nello studio dei concetti giuridici vedi U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milano, 1985; A. Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990. Per una chiara introduzione recente ai problemi del riferimento semantico in generale vedi W. Lycan, *Filosofia del linguaggio. Un’introduzione contemporanea*, Milano, 2002 (in particolare i primi quattro capitoli).

ragione per trattare di una pratica sociale che il fatto che il nome con cui la si designa compare in un documento giuridico. Non sono riuscito a reperire alcun criterio ulteriore adottato per stabilire la rilevanza di un fenomeno sociale se non appunto la presenza del relativo concetto in un testo giuridico. Ciò è coerente con la caratterizzazione del metodo della natura delle cose come metodo per determinare il contenuto del diritto positivo (anziché come metodo per identificare il diritto *tout court*), ed è anzi una prova in suo favore: l'osservazione diretta dei fenomeni sociali non è il passo iniziale, ma presuppone una serie di passaggi preliminari in cui il giurista acquisisce una serie di conoscenze intorno al diritto positivo, incluso il fatto che il diritto include alcuni concetti che fanno riferimento a fenomeni sociali.

In secondo luogo si trova l'idea che dall'osservazione dei fenomeni sociali cui i concetti giuridici si riferiscono il giurista sia in grado di ricavare informazioni rilevanti per il proprio lavoro. Secondo la formulazione in cui ci imatteremo più spesso ciò che l'osservazione della pratica correlata a un concetto giuridico è capace di rivelare è la funzione sociale ed economica della pratica stessa, vale a dire il risultato che attraverso l'adozione di un modello di azione gli agenti sociali sono in grado di realizzare. I giuristi naturalisti assumono la nozione di 'funzione sociale' o 'economica' senza offrirne mai una discussione sofisticata: per loro è scontato che una pratica socialmente consolidata abbia una funzione propria, a prescindere dai fini e dagli interessi degli agenti particolari che si trovano ad adottarla.

Emerge in questo tratto del loro pensiero la concezione ricca della natura, ereditata dalla cultura aristotelica dei giuristi medievali, cui si è fatto accenno nelle pagine precedenti. Se i giuristi naturalisti credono che la mera osservazione di fatti sociali possa indicare soluzioni normativamente pregnanti è perché essi aderiscono all'idea che anche le pratiche sociali sono parte della natura umana, ancorché rappresentino una natura acquisita, o *secunda*<sup>48</sup>, e che tutto ciò che è naturale è permeato da un ordine teleologico.

Ho accennato all'inizio ai motivi di scetticismo che circondano il tema della natura delle cose. Nulla di ciò che dirò in questo lavoro mira a dimostrare che questo scetticismo è ingiustificato e andrebbe abbandonato. Al contrario, credo che anche una presentazione articolata e su più livelli delle operazioni che contraddistinguono il metodo dei giuristi naturalisti come quella che ho cercato di offrire presti il fianco alle consuete obiezioni che contro di loro si sono sollevate: l'erosione della dimensione autoritativa del diritto e dei vincoli formalistici che limitano il ragionamento giuridico<sup>49</sup>; la fallacia naturalistica; l'anacronismo della nozione di una natura teleologicamente orientata e la conseguente implausibilità del modello di scienza

---

48 Sulla nozione di seconda natura si vedano i riferimenti contenuti nel cap. IV, § 2.

49 Questo punto è trattato nel par del cap. III con riferimento ad alcune tesi di Raz e Schauer.

adottato.

Se questa analisi può aspirare a far progredire la discussione sul tema della natura delle cose o a suscitare un nuovo interesse in quella direzione, non è perché essa fornisca argomenti per superare le suddette obiezioni, ma perché cerca di sceverare con una certa accuratezza gli aspetti effettivamente originali ed eccentrici del metodo della natura delle cose da quelli più conformisti e abituali. Ciò non dovrebbe servire solo ad avere un'immagine più credibile del modo di operare dei giuristi che si appellano alla natura delle cose, ma anche a indirizzare con maggiore precisione gli strali che un critico volesse scagliare contro di loro.

*La natura delle cose nella dottrina italiana*

**I. Il Trattato di Cesare Vivante**

1. Il paragrafo 9 (“Natura dei fatti”) del Trattato di diritto commerciale di Cesare Vivante, collocato nel capitolo sulle fonti<sup>1</sup>, rappresenta quanto di più prossimo a una teoria del ruolo della natura delle cose nel diritto sia stato proposto da un giurista positivo italiano. Per questo dedicherò all’analisi delle posizioni di Vivante uno spazio ampio. Come primo passo presenterò le tesi nella formulazione che l’autore ha dato loro.

Una prima serie di considerazioni riguarda la natura delle cose come fonte del diritto sussidiaria cui il giudice deve ricorrere in assenza di una norma che regoli il caso in esame desumibile da un’altra fonte del diritto commerciale: la legge commerciale, gli usi richiamati dal codice di commercio, la legge civile e i principi generali dell’ordinamento:

Quando il giudice è convinto, per una fitta serie di osservazioni desunte dai fatti e dalla loro funzione sociale ed economica, che una regola è conforme alla natura dell’istituto non ancora disciplinato dal diritto positivo, esso dovrà applicarla perché gli elementi essenziali e connaturali di un istituto non abbisognano di un’esplicita dichiarazione convenzionale o legale per essere riconosciuti. (p. 92).

Ciò che colpisce immediatamente in questo passo è il riferimento all’importanza dell’osservazione dei fatti per l’individuazione di una decisione giuridica corretta. Sembra di poter affermare che in questi passi Vivante abbozza i tratti di un metodo per assumere decisioni giuridiche il cui elemento fondamentale è l’osservazione empirica di una serie la più estesa possibile di fatti (“fitta serie di osservazioni”), considerati sotto il profilo della loro funzione sociale ed economica, volta alla identificazione degli elementi essenziali e connaturali degli istituti, sul presupposto che tali elementi siano lì, in attesa di essere constatati (“riconosciuti”) dal giudice. Che l’autore intenda l’osservazione come osservazione empirica è impressione confermata e rafforzata poche righe più in basso: “la norma di diritto consacrata per la forza stessa delle cose [...] può modificarsi in seguito a indagini più ampie e più esatte”.

---

1 C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 4<sup>a</sup> ed., vol. I, Milano, 1911, pp. 91-94.

Vivante produce dunque un'immagine ben delineata del lavoro del giudice nel caso in cui nessuna norma legislativa o consuetudinaria regoli la situazione da giudicare: il giudice si volge ai fatti e trae da questi la regola adeguata al caso, se necessario egli (o un altro giudice) li osserva di nuovo e modifica la prima decisione, e così via. L'immagine però contiene anche evidenti difficoltà: come è possibile che l'osservazione dei fatti, per quanto dettagliata, riveli "che una regola è conforme alla natura dell'istituto non ancora disciplinato dal diritto positivo"? Sembra che Vivante ci stia dicendo che l'osservazione di qualcosa (i fatti) ci riveli la natura di qualcos'altro (l'istituto). Quale legame tra i due elementi fa sì che sia possibile questa inferenza? Inoltre, se non desta problemi l'idea che successive osservazioni possano condurci a rivedere i risultati delle precedenti, è invece meno pacifico che dati empirici più ampi e accurati possano influire sull'identificazione degli "elementi essenziali e connaturali di un istituto", come Vivante presuppone<sup>2</sup>. Infine, come è possibile che dall'osservazione del *fatto* il giudice ricavi la *regola* da applicare al caso?

Queste difficoltà saranno prese in considerazione in seguito, e il loro esame permetterà di tracciare le linee fondamentali della concezione vivantiana della natura delle cose. Prima però occorre soffermarsi su una seconda serie di considerazioni, riguardanti questa volta, nelle parole di Vivante, la natura delle cose come fonte di riforme legislative. Quale fonte di riforme, la natura delle cose è oggetto di studio da parte della scienza giuridica. È il caso di citare ancora una volta per esteso le parole dell'autore, per farne un breve commento.

Mercé lo studio delle cose e del diritto che le governa naturalmente la scienza prepara anche la legge dell'avvenire, perché la prima regola di ogni costruzione giuridica è l'osservazione genuina dei fatti. Quando il giurista ha studiato il nuovo fenomeno per tutti gli aspetti, nella pratica mercantile, nella giurisprudenza, negli usi, esso anticipa l'opera del legislatore [...]. Così non vi ha interruzione nella scienza del diritto, che, seguendo l'attività economica nel suo svolgimento, continua il suo corso non ostante le riforme legislative, mutando i testi di legge cui si richiama, non il suo contenuto. (pp. 93-94).

Anzitutto occorre dire qualcosa su una distinzione tra scienza giuridica e usi giudiziari cui il passo allude. A prima vista lo schema di Vivante assegna all'uso della natura delle cose nella scienza giuridica una funzione diversa da quella che essa appariva rivestire nell'opera del giudice. Mentre il giudice, infatti, si appella alla

---

2 L'argomento di Vivante implica ciò dal momento che egli afferma, nel secondo passo, che le indagini "più ampie e più esatte" possono condurre a rivedere le nostre conclusioni circa la regola conforme alla natura delle cose, la quale, come si ricava dal primo passo, dipende dall'essenza dell'istituto.

natura delle cose per decidere cosa dice il diritto circa un caso da giudicare non regolato dalle altre fonti, la scienza giuridica prepara, mediante l'osservazione della natura delle cose, riforme legislative. In realtà l'accento alla riforma del diritto è parzialmente fuorviante. Essa è una conseguenza dell'uso del metodo della natura delle cose in "ogni costruzione giuridica"; si tratta cioè di un epifenomeno che non cattura l'essenza del ruolo della natura delle cose nella scienza giuridica, che invece ha a che fare con la costruzione giuridica.

La seconda parte della citazione è la più interessante, anche se solleva alcuni problemi interpretativi. Vivante allude al contenuto della scienza del diritto come a qualcosa che non muta "non ostante le riforme legislative" e che segue "l'attività economica nel suo svolgimento". Si direbbe quindi che il contenuto della scienza giuridica non dipende dalla legge perché la legge non è il suo oggetto. Se questa interpretazione è corretta, non c'è dubbio che l'affermazione di Vivante sia decisamente unilaterale e, quale anticipazione programmatica del proprio lavoro, da prendere con le molle. Si deve infatti osservare che molte pagine del Trattato, sul cui carattere scientifico non è pensabile che Vivante nutrisse dubbi, si occupano di leggi e in particolare del codice di commercio del 1882; la legge è dunque incontrovertibilmente oggetto di studio da parte della scienza giuridica. Il Trattato di Vivante riconosce la rilevanza del diritto positivo per la scienza del diritto, ma vi aggiunge, come suoi ingredienti fondamentali, l'osservazione dei fatti (in questo caso dei fatti attinenti al commercio) e l'impiego/l'elaborazione di "costruzioni" che possono anche prescindere dal materiale legislativo esistente.

Questa è solo una lista di elementi che Vivante considerava importanti per la scienza giuridica. È necessario mettere un po' di ordine tra di essi per restituire un'immagine più perspicua dell'impresa intellettuale che l'autore aveva in mente. A ciò si rivolgono i prossimi paragrafi: per prima cosa (par. 2 e 3) mi occuperò di alcune difficoltà suscitate dagli accenni di Vivante alla natura delle cose e tenterò una ricostruzione che ne conservi gli aspetti più peculiari; quindi (par. 4) sosterrò che la teoria di Vivante implica l'attribuzione di un ruolo eminentemente classificatorio – anziché prescrittivo ad alcune norme emanate dal legislatore; infine (par. 5) dirò qualcosa sui limiti che Vivante pone all'utilizzo della natura delle cose nella scienza del diritto<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Per una parziale ricostruzione del pensiero giuridico di Vivante si vedano le belle pagine di P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 51-57. Cenni si trovano anche in M. Meroni, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 94-100 e in P. Ungari, *In memoria del socialismo giuridico. I. Le scuole del diritto privato sociale*, in *Politica del diritto*, 2, 1970, pp. 263-267.

2. Vivante afferma che “talora la regola di diritto emerge *immediatamente* dalla natura dei fatti” (p. 91, corsivo aggiunto). Anzitutto una considerazione terminologica. Si parla qui di natura dei fatti anziché, come è forse più abituale, di natura della cosa o natura delle cose<sup>4</sup>; ma quest’ultima espressione compare in altri punti del libro<sup>5</sup> e più spesso ancora si parla delle “cose” da cui il diritto scaturisce<sup>6</sup>. Mi pare che non ci si debba arrovellare a lungo su questo punto e si possa concludere che “natura delle cose” e “natura dei fatti” siano per Vivante largamente coincidenti. L’uso della seconda espressione nella sezione di maggiore elaborazione teorica può tuttavia far pensare che l’autore la intendesse come più aderente al suo vero pensiero: le cose la cui natura è rilevante per il diritto sono meglio identificate come “fatti”. Ma cosa sono i fatti per Vivante? Benché egli non fornisca una definizione, qualche indicazione al riguardo può venire dalle numerose qualificazioni dei fatti che giudica dotati di una natura rilevante per il diritto. Ne elenco alcune. I fatti sono gli affari commerciali, e sono dotati di una funzione sociale ed economica; ancora, essi sono qualificati come rapporti giuridici e fenomeni osservabili nella pratica mercantile, e il loro insieme è talvolta compendiato nell’espressione “vita economica”. Non c’è dubbio che alcune di queste formule siano tratte e che Vivante le impieghi senza farsi particolari scrupoli di precisione. È chiaro tuttavia che non tutto ciò che può sensatamente chiamarsi “fatto” conta come fatto nel senso che qui rileva. In primo luogo Vivante non ha in mente stati di cose (il fatto che all’istante  $t$  nello spazio  $s$  ci siano due corpi contenenti  $n$  atomi di carbonio o il fatto A e B siano soggetti alla norma N o al contratto C), ma eventi, cose che accadono (la conclusione di un contratto o di un affare)<sup>7</sup>. In secondo luogo gli eventi che costituiscono fatti sono tutti azioni umane, cose che le persone fanno, come rendono chiaro le espressioni “affari” e “pratica mercantile”. Si può quindi dire che la natura dei fatti è la natura di ciò che qualcuno fa, la natura di azioni, prassi, attività umane<sup>8</sup>.

---

4 *Trattato*, cit., p. 96. Generando peraltro una schiera significativa di epigoni. Per un lungo tratto l’espressione “natura dei fatti” ha così contrastato nella cultura giuridica italiana il primato delle affini “natura della cosa” e “natura delle cose”.

5 *Ivi.*, pp. 2, 93, 172.

6 Così, a p. VIII, parla con linguaggio immaginifico di “voce del diritto che viene su dalle cose” e in seguito, a p. x e 93, rispettivamente di “forza delle cose” e di “forza stessa delle cose”.

7 Parzialmente in contrasto con questa ricostruzione è la menzione di Vivante dei rapporti giuridici, che non sono eventi, ma appunto rapporti, relazioni che sussistono tra persone.

8 L’uso di ‘fatto’ di Vivante non ha dunque nulla a che vedere con il concetto di fatto prevalente nella filosofia contemporanea, inteso come ciò che corrisponde a un enunciato e lo rende vero (ad esempio il fatto che la neve è bianca rende vero ‘la neve è bianca’ o il fatto che uccidere sia un male renderebbe vero ‘uccidere è un male’).

Un secondo punto da considerare è in che modo la natura dei fatti diviene rilevante per il diritto. C'è un senso banale in cui tale rilevanza si realizza senz'altro: l'applicabilità di una norma giuridica dipende dalla natura della situazione particolare in giudizio, dal momento che una norma di diritto commerciale si applica a situazioni di natura commerciale, una di diritto di famiglia a questioni di natura familiare, una norma sulla compravendita a contratti che hanno natura di compravendita e così via. In questi casi affermare che la norma applicabile dipende dalla natura della situazione significa solo dire, in modo assai poco informativo, che quella situazione è del tipo adeguato.

Certamente Vivante intende anche questo quando afferma che la regola emerge immediatamente dalla natura dei fatti. Tuttavia egli intende anche qualcos'altro: la natura del fatto non serve solo a stabilire, nei casi semplici, che il fatto è del tipo adeguato perché sia applicabile una norma giuridica, ma che quando una norma prestabilita manca essa *emerge*, ed emerge *immediatamente*, dal fatto. L'emergere della norma dal fatto deve essere intesa, credo, nel modo seguente: non si tratta di una norma precostituita e il cui ambito di applicazione comprende il fatto in giudizio, ma di una norma il cui contenuto dipende da qualche caratteristica del fatto.

La derivazione della norma dal fatto è, inoltre, immediata. Anche questa affermazione non pone particolari problemi interpretativi. Il giurista, una volta descritto il fatto, non ha bisogno di premesse ulteriori per individuare la decisione giuridica corretta. Si è detto poco fa che Vivante considera come fatti azioni umane; si può dunque riformulare quanto appena affermato in questo modo: in tutti i casi in cui il metodo della natura delle cose è applicabile si deve essere in grado di individuare la conclusione giuridica corretta sulla base di una descrizione che catturi la natura delle azioni umane coinvolte nelle situazioni prese in considerazione. Ma come dobbiamo immaginare una descrizione che catturi la natura di un'azione? E come deve essere tale natura perché la sua descrizione sia formulata in termini normativi o implichi conseguenze normative? Si potrebbe cercare di dare una risposta concentrandosi sugli elementi intenzionali dell'azione. Da questa prospettiva la spiegazione cercata potrebbe essere formulata in questo modo. Quando un giudice o un giurista si trova a caratterizzare una situazione di fatto per stabilire la regola appropriata, il suo compito è di concentrarsi sulle azioni coinvolte e di fornirne descrizioni sotto le quali l'azione è intenzionale<sup>9</sup>. Messe al centro della scena, le intenzioni dei soggetti possono dirsi costituire la natura delle azioni e, più in generale, della situazione di fatto presa in

---

<sup>9</sup> Vedi G.E.M. Anscombe, *Intention*, Oxford, 1957; Ead., "Under a Description" (1979), rist. in *Collected Philosophical Papers*, vol. 2, Oxford, 1981, pp. 208 sgg; G. Lorini, Praxeografia. *Descrivere un'azione vs. descrivere un atto costituito-da-regole*, in AA.VV., *Le culture di Babele. Saggi di antropologia filosofico-giuridica*, Milano, 2008, pp. 115-134.



esame. La regola adeguata deriva senza ulteriori premesse dalle intenzioni degli agenti perché è quella da essi voluta.

Tuttavia sorgono qui le prime difficoltà della nostra analisi. Anzitutto è chiaro che non tutte le intenzioni degli agenti possono contare ai fini della decisione giuridica di un caso. Così in una compravendita può essere descritto come intenzionale il movimento di una mano che prende dalla tasca qualche pezzo di carta e lo trasferisce nella mano di un altro, o il movimento della mano che traccia certi segni su un foglietto di carta. In alternativa gli stessi movimenti corporei possono essere descritti come pagamenti intenzionali per mezzo di banconote o di un assegno. Oppure lo stesso affare può essere tanto un volontario trasferimento della proprietà di una cosa verso il corrispettivo di un prezzo<sup>10</sup>, quanto un favore che intenzionalmente il compratore fa al venditore. Come distinguere le intenzioni rilevanti da quelle irrilevanti? La difficoltà può apparire insormontabile se si considera che non è affatto detto che nella situazione in esame le intenzioni dei vari agenti collimino. Per esempio può accadere che una parte intenda promuovere con l'acquisto di un bene il proprio benessere mentre l'altra mira deliberatamente ad arricchirsi ed eventualmente a danneggiare quell'interesse cedendo un bene che sa essere difettoso. È il caso di osservare che anche in questo caso è decisiva quale descrizione intenzionale si sceglie tra le tante disponibili. Mentre le intenzioni degli agenti nell'esempio sono in accordo circa la realizzazione di un contratto di compravendita, esse sono lontanissime nei fini ulteriori. Come si deve regolare il giurista quando le intenzioni divergono in questo modo? Naturalmente nessun problema sorge – almeno in un caso come quello dell'esempio – quando il giurista si trova ad applicare una norma preconstituita al fatto: le descrizioni rilevanti sono quelle che affermano o negano la presenza delle condizioni di applicazione della norma. Così nel caso in cui le intenzioni di un soggetto sono condizionate dall'essere caduto in errore, la decisione dipende dalla circostanza che si tratti di errore scusabile (nel qual caso le intenzioni basate su credenze erronee sono rilevanti) o inescusabile (nel qual caso le intenzioni non rilevano) alla luce delle norme prestabilite. Ma la situazione di cui ci stiamo occupando è diversa: il giurista si deve pronunciare sulla regola che emerge dalla natura dei fatti, ma i “fatti” (le azioni) si prestano a descrizioni diverse. Il giurista deve fare una scelta. Ci si deve quindi occupare della questione se esistano in linea di principio criteri per risolvere dubbi di questo genere sulla base della caratterizzazione del metodo della natura delle cose come metodo che attribuisce rilievo alle intenzioni degli agenti coinvolti.

Poiché Vivante qualifica i fatti in termini di “affari commerciali” e “pratiche

---

<sup>10</sup> È (parte del)la definizione del contratto di compravendita contenuta nell'art. 1470 del codice civile.

mercantili” un criterio plausibile può essere quello che esclude dal novero delle descrizioni potenzialmente utili tutte quelle che si identificano meri movimenti corporei. ‘azione’ designa solo il *genus* che ci interessa; ci sono molte azioni che non sono o non si integrano in “affari” o in “pratiche” e tra queste si possono senz’altro annoverare i movimenti corporei<sup>11</sup>. Ha perciò senso cercare una specie di azioni più circoscritta, e tale specie può essere, piuttosto grossolanamente, fissata in azioni che hanno una dimensione sociale. Oltre ai movimenti corporei (come stendere un braccio) ci sono altri tipi di azioni (come schiacciare un moscerino o schiacciare un pisolino) che sono sprovvisti di una dimensione sociale. Perché i fatti devono avere una dimensione sociale? Perché Vivante propone come sinonimo di “natura” di un fatto la sua “funzione sociale ed economica” ed è chiaro che stendere un braccio o schiacciare un pisolino in quanto tali non hanno una funzione sociale ed economica, mentre possono averla i pagamenti, i contratti o i favori, i regali.

È quindi plausibile delimitare il quadro rilevante attraverso il criterio della “dimensione sociale” di un’azione. Attraverso questa mossa siamo in grado di apprendere qualcosa di più sulle operazioni che Vivante raggruppa sotto la rubrica della natura delle cose. Occorre rimandare ancora di un po’ la caratterizzazione di tali operazioni e chiedersi se la mossa appena compiuta non abbia per caso un prezzo da pagare. Un punto interessante della citazione riportata all’inizio di questo paragrafo è quello in cui Vivante sottolinea la *immediatezza* dell’emersione della regola dal fatto; e ciò che rende particolarmente suggestiva l’idea che in certi casi il diritto si impone “per forza di cose” o sia una voce che si leva dalle cose presentandosi essenzialmente come un dato osservativo. Nel prossimo paragrafo cercherò di tracciare uno schema più analitico che renda conto di tale immediatezza. Ma prima di allora sarà già divenuto chiaro che una ricostruzione del metodo della natura delle cose in termini di derivazione immediata (puramente osservativa) della norma dal fatto non è in grado di salvaguardare gli aspetti più peculiari delle idee di Vivante. Una volta che si sia caratterizzata l’attività del giurista che si volge alla natura delle cose come quella di chi ricerca la funzione di un’azione dotata di una dimensione sociale, infatti, la suggestione di una derivazione immediata della regola dal fatto risulta alquanto snervata. In primo luogo il decisore deve isolare nel continuo delle proprie osservazioni le persone coinvolte in una situazione e le loro azioni intenzionali; già

---

11 Si può obiettare che anche un “affare” o una “pratica” comprendono azioni che sono, in ultima analisi, movimenti corporei. Non ho ragioni per affrontare questa obiezione. Anche se un pagamento di denaro e uno spostamento della mano sono da considerare come *la stessa* azione (e in definitiva come un movimento corporeo) rimane vero che ci sono descrizioni diverse disponibili. Tra queste descrizioni alcune sono sicuramente inadatte a svolgere la funzione metodologica che Vivante ha in mente, altre sono candidati più promettenti. Lo scopo di questa parte del paragrafo è di tracciare una linea tra i due gruppi.

questo sembra indicare la necessità di passaggi che mediano tra la mera osservazione dei fatti e la decisione circa la regola adeguata al fatto. Si potrebbe tuttavia ancora accomodare questa situazione con il requisito della immediatezza. Le categorie “persona” e “azione” sono abbastanza fondamentali da poter dire che persone e azioni sono termini base di ogni descrizione di una situazione di fatto. Cioè, quando parliamo di persone e azioni non stiamo eleggendo una prospettiva particolare e rielaborando le nostre osservazioni alla luce di essa, ma ci stiamo esprimendo in un modo sufficientemente usuale e aproblematico da potersi dire immediato. Inoltre si può argomentare in una linea simile affermando che, finché non discrimina tra diversi tipi di (descrizioni di) azione, il giurista non introduce valutazioni e apprezzamenti che influiscono in modo determinante sulla decisione, la quale può quindi senza inconvenienti dirsi derivata immediatamente dal fatto. Comunque sia non mi pare che questi argomenti possano continuare ad applicarsi se si considera, d'accordo con Vivante, la natura delle cose come la funzione svolta da azioni sociali. Se si considera rilevante non un'azione qualsivoglia, ma solo un'azione dotata di una dimensione sociale e di una funzione corrispondente, la regola adeguata al caso viene fatta dipendere dai parametri in base ai quali formiamo la descrizione più adeguata a lumeggiare la funzione sociale delle azioni che hanno avuto luogo. Come abbiamo visto, diverse descrizioni dell'azione sono potenzialmente disponibili e più d'una restituisce l'azione come intenzionale; la base su cui si costituisce la decisione non è dunque fatta di meri dati osservativi, ma di osservazioni *più* altre considerazioni che consentono di dare alle osservazioni l'ordine e il peso richiesto. Anche se nulla è stato ancora detto sul carattere di queste considerazioni ulteriori, credo che sia chiaro che è piuttosto pretenzioso additarle come strumenti che consentono di desumere la regola immediatamente dal fatto.

Ricapitoliamo brevemente prima di proseguire. Abbiamo preso le mosse dalla caratterizzazione di Vivante del metodo della natura delle cose come un metodo che permette di trarre la (norma per la) decisione immediatamente dall'osservazione del fatto, inteso come azione dotata di una funzione sociale. Ma a quel punto si è notato l'insorgere di una difficoltà, vale a dire che non sembra che un metodo possa essere contraddistinto dalla immediatezza richiesta se contempla tutti gli elementi di cui, del pari, Vivante lo correda. Lascio quindi da parte il requisito della immediatezza in favore di questi elementi ulteriori, che ho considerato più salienti nel quadro complessivo delle tesi di Vivante e quindi da preferire in una interpretazione simpatetica.

3. Una ricostruzione del metodo di Vivante deve prendere in considerazione e assegnare un ordine ai seguenti punti: a) talora la decisione giuridica deve fondarsi sulla natura della situazione oggetto di giudizio; b) l'identificazione di tale natura

passa attraverso l'attribuzione di una funzione sociale alle condotte degli agenti; c) la conclusione cui il giudice giunge si discosta da quella desumibile dalle altre fonti del diritto positivo (leggi, consuetudini, principi generali<sup>12</sup>).

Occorre anzitutto fare qualche considerazione sul rapporto tra natura delle cose e diritto positivo. Vivante caratterizza tale rapporto in modo ambivalente: da un lato, poiché la natura delle cose è una fonte del diritto, le norme a essa conformi fanno parte del diritto positivo; d'altra parte, esse non sono poste da nessuno<sup>13</sup>, ma valgono in forza della loro necessità (p. 66) e regolano questioni "non previste dal diritto positivo" (p. 91). Tale ambivalenza dipende dal fatto che nel discorso di Vivante coesistono due diversi concetti di diritto positivo, uno meno inclusivo e uno più inclusivo. Secondo il concetto meno inclusivo, e più aderente al senso comune, le norme tratte dalla natura delle cose non fanno parte del diritto positivo, almeno non prima che un giudice le riconosca come base per una decisione, o non impieghi a tale scopo una costruzione dottrinale ispirata alla natura delle cose. Comunemente, infatti, non si considera positivo un diritto che non sia posto da qualcuno; quindi le norme desunte dalla natura delle cose non sono positive. Secondo il concetto più inclusivo (e idiosincratico), viceversa, queste norme costituiscono *ab origine* lo strato più profondo del diritto positivo, talché le decisioni e le costruzioni naturalistiche hanno uno statuto puramente ricognitivo. Nel seguito della discussione userò 'diritto positivo' sempre nel senso meno inclusivo, non solo perché si tratta dell'accezione più aderente al senso comune, ma anche perché credo che per comprendere le tesi di Vivante sia necessario assumere che anch'egli concepisca per lo più il metodo della natura delle cose sullo sfondo di norme che soddisfano l'accezione meno inclusiva di 'diritto positivo'.

Ovviamente il diritto positivo non è sufficiente a determinare il contenuto di una decisione basata sulla natura delle cose (come risulta dal punto c) dell'elenco); tuttavia cercherò di mostrare che esso ne costituisce un presupposto necessario. Che in certi casi il diritto positivo offra una base necessaria, ancorché non sufficiente, per raggiungere una conclusione può mostrarsi agevolmente tracciando un parallelo con l'argomento analogico. L'analogia giuridica consiste, come noto, nell'estensione a un

---

12 Si tratta dell'elenco che Vivante stila nei paragrafi precedenti a quello in esame. La lista completa è la seguente: 1) il diritto commerciale (inteso come l'insieme delle *leggi* commerciali); 2) usi (commerciali); 3) diritto civile (comprensivo del codice civile, delle leggi speciali e degli usi); 4) la natura dei fatti; 5) le leggi straniere. L'inclusione nell'elenco delle leggi straniere (che "hanno fra noi un'autorità di ragione, non già di diritto vigente", p. 94) mostra che Vivante usa la nozione di fonte in modo poco rigoroso. È un tratto che lo accomuna a molti altri autori che annoverano la natura delle cose tra le fonti del diritto. Su ciò vedi *infra*, cap. 3.

13 E in ciò si differenziano non solo dalle norme autoritative, ma anche dalle norme consuetudinarie che "sono costituite mediante la osservanza dei mercanti" (p. 66).

caso non regolato di una disciplina giuridica prevista per un altro caso; poiché il caso da decidere non è regolato, il diritto positivo non costituisce una base sufficiente per la decisione, ma fornisce tuttavia una base necessaria, perché il giudice non può che dichiarare applicabile una disciplina già prevista dal diritto, benché per un caso diverso<sup>14</sup>. Intendo sostenere che anche il metodo della natura delle cose, come pensato da Vivante, attribuisce un ruolo al diritto positivo o, comunque, può essere interpretato come un metodo coerente solo ammettendo che lo attribuisca. Ciò non significa che gli argomenti basati sulla natura delle cose siano argomenti analogici<sup>15</sup>. La mia tesi è che Vivante caratterizzi i primi in un modo che presuppone uno sfondo costituito dal diritto positivo, individuato in una maniera usuale tra i giuristi suoi e nostri contemporanei, e che può essere chiarito solo allargando lo sguardo oltre l'orizzonte costituito da decisioni singole.

Accosterò tuttavia la questione in modo indiretto, partendo proprio dalla decisione singola basata sulla natura delle cose, cercando di delineare in modo dettagliato i passaggi del ragionamento del giudice. Chiamiamo *s* la situazione di fatto non regolata dal diritto positivo che il giudice deve decidere. Diciamo *s* una situazione non regolata per soddisfare il requisito fissato da Vivante secondo cui il metodo della natura delle cose si applica in caso di lacuna del diritto. Il giudice deve quindi anzitutto assicurarsi che nessuna norma esistente regoli il caso, cioè che nessuna descrizione di *s* soddisfi i criteri stabiliti da una norma legislativa o giurisprudenziale quali condizioni di applicazione della conseguenza giuridica *C*. A questo punto il giudice sceglie di colmare la lacuna ricorrendo al metodo della natura delle cose. Supponiamo che egli voglia seguire alla lettera le indicazioni di Vivante e intraprenda la ricerca della conseguenza che emerge immediatamente dalla natura del fatto e la identifichi nella conseguenza *C*. Per esempio decide che Caio non ha diritto alla restituzione di un bene da parte di Tizio che gli ha pagato periodicamente, per un certo tempo, somme di denaro e afferma di essere divenuto proprietario del bene. Il giudice

---

14 Questo punto è stato osservato con estrema chiarezza da Gianformaggio con riguardo all'analogia giuridica, in quanto contrapposta a usi non giuridici dell'analogia (L. Gianformaggio, *L'analogia giuridica* (1985), rist. in L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, in part. p. 141). In campi di decisione meno "vincolati" rispetto al diritto l'analogia non impone di scegliere la regola del caso tra quelle che qualcun altro ha stabilito in precedenza; essa impone invece una decisione che stabilisca una disciplina proporzionata rispetto a quella prevista per altri casi; la nuova disciplina deve cioè stare al caso attuale come una disciplina sta al caso già regolato. Anche in tale caso tuttavia la rilevanza delle decisioni passate è assicurata, perché chi decide deve trovare in esse il parametro del suo giudizio.

15 Qualche autore ha ritenuto che lo siano e altri hanno notato una affinità tra i due tipi di argomento. Questo problema sarà considerato in seguito, nel capitolo 2 e, in una diversa prospettiva, nel capitolo 4.

ritiene che la decisione derivi dai comportamenti tenuti rispettivamente da Tizio e Caio. Per giustificare la sua decisione è probabile che egli abbia bisogno di caratterizzare  $s$  attraverso qualche concetto, per esempio dicendo che Tizio è proprietario del bene<sup>16</sup>. Poiché il giudice ritiene che la decisione discenda immediatamente dalla natura dei fatti, questo passaggio non è necessario, ma affermando che il concetto  $P$  caratterizza  $s$  (Tizio è proprietario del bene) è in grado di riformulare la sua decisione in termini che la rendono pacificamente ammissibile nel contesto in cui opera. Così, benché la decisione sia

(1)  $C(s)$

la riformulazione più estesa

(2)  $P(x) \rightarrow C(x)$

$P(s)$

$C(s)$ <sup>17</sup>

permette di presentare la decisione in un modo ritenuto perfettamente adeguato dalla comunità giuridica cui appartiene. In ogni caso (1) rende il senso di immediatezza che Vivante associa al metodo della natura delle cose. In questo quadro l'introduzione di concetti "intermedi" come  $P$ , benché possa servire al fine di una presentazione più accettabile della decisione, non è in senso stretto parte della stessa. Anche se è probabile che la decisione assuma la forma (2), dunque, essa deve potersi ridurre alla forma (1) se si tratta di una applicazione del metodo della natura delle cose.

Ora, proprio questa idea, che soddisfa il requisito della derivazione immediata della soluzione dal fatto, contrasta fundamentalmente con un'altra serie di affermazioni di Vivante su cui ora occorre soffermarsi più da vicino. Per Vivante un momento centrale nel ragionamento dei giuristi che si appellano alla natura delle cose è costituito dalla caratterizzazione della situazione di fatto in termini di funzione sociale ed economica svolta. È questo, peraltro, che rende plausibile la considerazione dell'autore per cui la natura delle cose si trova alla base di costruzioni dogmatiche. Le situazioni che si impongono all'attenzione di giudici e giuristi che si occupano di

---

<sup>16</sup> Naturalmente nell'esempio si assume che le azioni di  $X$  e  $Y$  non integrino un modo di acquisto della proprietà nell'ordinamento in cui opera il giudice, altrimenti il caso sarebbe regolato e non ci sarebbe spazio per il metodo della natura delle cose.

<sup>17</sup> Che si legge: se in una data situazione si applica il concetto  $P$  allora vale la conseguenza  $C$ ; nella situazione  $s$  si applica il concetto  $P$ ; dunque, in  $s$  vale la conseguenza  $C$ .

diritto commerciale sono quelle che è possibile collegare a una funzione; esse sono raccolte insieme e generano le medesime conseguenze giuridiche se la funzione svolta è la stessa, oppure sono distinte se la funzione è diversa. Le classificazioni delle situazioni secondo le funzioni che svolgono costituiscono dunque l'inizio di costruzioni dogmatiche e indirizzi giurisprudenziali e possono condurre all'elaborazione di istituti e concetti giuridici nuovi. In un tale modo di procedere, i giudizi attraverso cui la situazione è classificata come istanza di un istituto o di un concetto non costituiscono un'aggiunta inessenziale all'individuazione immediata della norma adeguata al caso, ma sono parte fondamentale del metodo. Si può essere tentati di dire che, mentre nella prima ricostruzione del metodo di decisione basato sulla natura delle cose il giudice afferma (al solo scopo di rendere la decisione pianamente accettabile) che  $s$  è  $P$ , perché  $s$  è  $C$ , in questa ricostruzione il giudice imputa  $C$  solo dopo essersi reso conto che  $s$  è, effettivamente,  $P$ , dove  $P$  è il simbolo di un predicato adeguato a rendere conto della funzione sociale di  $s$ .

Ma dove trovano i giuristi i concetti adeguati a descrivere la funzione di certi schemi di azione? Vivante offre una soluzione generale e una esemplificazione concreta che appaiono, tra di loro, piuttosto incoerenti. La soluzione generale chiede al giurista di trasformarsi in economista, storico e sociologo, importando nel diritto le categorie che spiegano la nascita e l'affermazione delle pratiche commerciali diffuse in una comunità. Il giurista deve compiere indagini empiriche che gli permettano di mettere in luce quella che potrebbe dirsi la controparte fattuale del diritto commerciale. Molti manuali di diritto commerciale, compreso il Trattato di Vivante, sono costellati di esempi di indagini di questo tipo<sup>18</sup>. Si trovano così resoconti storici di come la prassi dei commercianti, dapprima racchiusa in convenzioni private, abbia assunto via via rilievo generale attraverso l'attività delle corporazioni e delle corti mercantili e di come nel corso di questo processo, in correlazione con esigenze economiche determinate, si siano affermati gli istituti più caratteristici del diritto commerciale. Se è di spiegazioni siffatte che ha bisogno un giurista che pratichi il metodo della natura delle cose, allora questi passaggi contenuti nei manuali devono essere considerati genuine espressioni di un metodo giuridico anziché come *obiter dicta* con una funzione, per così dire, estetica od ornamentale. Da questo punto di vista, anzi, gli stessi materiali normativi vigenti possono essere interpretati come il

---

18 Diversi studiosi di diritto commerciale che hanno ricoperto un ruolo di primo piano nel loro campo di studi sono anche stati storici del diritto commerciale. Naturalmente non sempre i cenni storici che troviamo sono l'esito di ricerche storiche approfondite. Ciò si giustifica facilmente se si considerano quei passi, di solito contenuti nelle introduzioni e nel primo capitolo, come clausole di stile per introdurre la materia, e non parte di essa. L'interpretazione del metodo della natura delle cose che stiamo prendendo in esame qui, per contro, prescrive ai giuristi di attribuire un peso notevole a quel tipo di ricerche.

precipitato di processi sociali *in fieri*; il giurista li incorpora nelle proprie descrizioni del diritto solo in questa veste precaria, ma è alla ricostruzione dei processi sottostanti che la scienza giuridica aspira in ultima analisi. Le fonti ufficiali non sono quindi che un epifenomeno dei veri istituti e delle vere regole che il giurista osserva nella prassi.

Questa è la spiegazione generale; ma Vivante offre anche un'esemplificazione che, significativamente, punta in una direzione diversa. Come esempio di applicazione del metodo della natura delle cose egli cita un tipo di indagine empirica radicalmente diverso da quello appena esaminato: “[P]rima di scrivere delle società in nome collettivo [...] consultai nelle cancellerie dei tribunali, a Bologna, a Firenze, a Roma, a Venezia, centinaia di quei contratti, e nella uniformità di parecchi patti trovai i segni sicuri di un ordinamento giuridico ed economico più vigoroso, più cauto e completo di quello dato dal codice a garanzia dei soci e dei creditori”<sup>19</sup>. Che cosa ha fatto Vivante? In primo luogo ha individuato il proprio oggetto di indagine con un'etichetta che trova nel diritto positivo: la società in nome collettivo. Ha focalizzato quindi l'attenzione su documenti custoditi da tribunali (italiani), cioè da particolari istituzioni giuridiche. È solo a questo punto che egli ha squadernato il proprio metodo basato su indagini empiriche, in ragione del quale la corretta ricostruzione dei caratteri della società in nome collettivo non dipende solo dal contenuto di norme di legge, ma anche da una serie di considerazioni fattuali inferite dalla prassi contrattuale. Ma prima di applicare il metodo della natura delle cose, lo studioso si è già incamminato per un buon tratto in un sentiero che è quello comunemente battuto nella nostra pratica giuridica: ha individuato testi giuridici e organi rilevanti e ha, per lo meno in modo embrionale, identificato l'ordinamento giuridico di cui quei testi e quegli organi sono espressione.

Quanto segue è un tentativo di chiarire l'esemplificazione concreta piuttosto che la spiegazione generale di Vivante. La scelta di concentrarsi sulla prima può sembrare unilaterale, ma credo che sia l'esempio e non la regola a catturare meglio ciò che l'autore crede di fare (e crede che altri facciano) quando applica il metodo della natura delle cose: dopo tutto Vivante è un giurista e non un teorico del diritto ed è ragionevole assumere che egli illumini il suo metodo applicandolo più che descrivendolo. Inoltre un'analisi a partire dall'esempio metterà capo a un resoconto che richiede di correggere, piuttosto che rigettare *in toto*, la spiegazione generale di Vivante, mentre un resoconto a partire dalla spiegazione generale avrebbe lasciato del

---

19 *Trattato*, cit., p. XII (Prefazione alla prima edizione). Nella Prefazione alla 4<sup>a</sup> edizione, da cui cito, egli aggiunge una lista che comprende altri quarantotto problemi che andrebbero indagati secondo il metodo della natura delle cose. Ma si possono individuare numerosi altri esempi all'interno del libro (p. e. a p. 235 nega che la necessità dell'autorizzazione del marito al commercio della moglie si estenda al caso del marito inabilitato sulla base del fatto che il curatore dell'inabilitato non partecipa al *ménage* familiare, dove “gli affari della moglie si discutono e si preparano naturalmente”).



tutto inspiegato l'esempio concreto.

4. Se l'esempio della società in nome collettivo merita di essere generalizzato, dunque, il metodo della natura delle cose presuppone una duplice rilevanza del diritto positivo: il giurista naturalista (chiamiamo così il giurista che applica il metodo della natura delle cose) tratta questioni che (a) considera relative a un ordinamento giuridico particolare e (b) individua a partire da norme positive. Mettiamo per il momento da parte il punto (a) per concentrarci sul modo in cui il giurista individua i concetti di cui servirsi per caratterizzare la natura di una situazione. Si tratta, come è appena emerso, di concetti che egli reperisce nella legge e non forgia *ex novo*; essi sono dunque legati in qualche modo al diritto positivo. Precisare questo legame è piuttosto difficile; ciononostante è opportuno addentrarsi in questa impresa perché da essa possiamo aspettarci alcune indicazioni preziose sulla questione che stiamo studiando.

Un primo punto, benché piuttosto ovvio, deve essere sottolineato. Il legame tra il diritto positivo e il concetto non può essere di completa determinazione del secondo da parte del primo. Se il concetto di società in nome collettivo di cui il giurista è alla ricerca fosse interamente determinato dalle norme giuridiche positive non ci sarebbe alcuno spazio per un metodo basato sulla natura delle cose: il giurista conoscerebbe in anticipo (analizzando le norme) i criteri di applicazione del concetto e le ricerche empiriche additate da Vivante non potrebbero avere altra funzione che quella di stabilire se nel caso di specie i criteri sono soddisfatti.

Al contrario queste ricerche – se debbono caratterizzare un metodo basato sulla natura delle cose – servono proprio a fissare il concetto. Naturalmente esisterà un concetto di diritto positivo di società in nome collettivo (chiamiamolo SNC1). Ipotizziamo che questo concetto permetta di identificare almeno un caso chiaro di società in nome collettivo. Poiché il giurista naturalista ha bisogno di oggetti su cui svolgere le proprie ricerche empiriche, si rivolgerà molto probabilmente a tale caso. Esso possiederà, accanto alle caratteristiche che soddisfano i criteri per SNC1, altre caratteristiche. Il giurista naturalista nota che alcune di esse sono particolarmente adatte a spiegarne la funzione sociale anche se non sono tra quelle che il diritto positivo ritiene, cioè non sono tra i criteri per SNC1. Allo stesso tempo egli nota che alcuni di tali criteri non sono significativi, perché la situazione avrebbe la medesima funzione anche se quei criteri non fossero soddisfatti. Egli decide così di accomunare a questo caso altri che presentano le stesse caratteristiche rilevanti, ma non soddisfano tutti i criteri per SNC1, sotto un nuovo concetto SNC2, che risponde ai requisiti del metodo della natura delle cose perché è (a) un concetto funzionale (b) dotato di qualche “parentela” con il concetto di diritto positivo.

Il legame tra metodo della natura delle cose e diritto positivo può apparire

comunque piuttosto accidentale ed estemporaneo. Non potrebbe un giurista naturalista più fantasioso del primo elaborare concetti del tutto indipendentemente dal diritto positivo? Inoltre questo esempio illumina solo una faccia della medaglia, ossia il caso in cui un giurista estende le regole stabilite dal legislatore per la società in nome collettivo a situazioni in cui è ravvisabile la medesima funzione sociale che caratterizza taluna situazione regolata. Ma supponiamo che egli, una volta fissato il concetto SNC2, si trovi di fronte a casi che soddisfano i vecchi criteri ma non svolgano la funzione individuata da SNC2, benché tale funzione sia stata scoperta per la prima volta proprio in un caso di sicura applicazione di SNC1. Il metodo della natura delle cose può spingersi fino ad escludere casi che certamente soddisfano i criteri legali della società in nome collettivo? C'è effettivamente qualcosa di sospetto in un metodo che esibisca una base tanto labile nel diritto positivo: non potrebbe in un breve volgere di tempo pressoché sciogliere il giurista naturalista da qualsiasi vincolo con il diritto positivo? La sola differenza tra un metodo siffatto e uno che ammettesse una discrezionalità assoluta sarebbe nella necessità di individuare la vera funzione dell'istituto attraverso indagini che muovono da casi che soddisfano il concetto legislativo. Da questo punto di vista, il giurista naturalista incontra l'unico limite di non poter costruire SNC2 in un modo che non includa alcun caso di SNC1, poiché egli osserva per la prima volta la funzione caratterizzante di SNC2 in qualche caso che soddisfa i criteri di SNC1. Tale limite peraltro appare difficilmente giustificabile: dato che il tratto comune di tutti gli esempi di società in nome collettivo è costituito dalla funzione sociale ed economica che realizzano, non potrebbe spingersi il giurista naturalista fino ad affermare che il legislatore è stato così poco accurato da non essere riuscito a includere alcun caso genuino di società in nome collettivo nel concetto legislativo? Se così fosse, la necessità di trovare casi comuni tra il concetto legislativo e quello funzionale starebbe solo a indicare che Vivante adotta una versione "depotenziata" del metodo della natura delle cose, cioè una versione moderata da qualche forma di deferenza verso il diritto positivo<sup>20</sup>.

Credo però che l'argomento sviluppato qui sopra rischi di condurci in un vicolo cieco, perché esso passa troppo velocemente su una questione che, invece, deve essere attentamente vagliata. Si è detto che il giurista naturalista prende le mosse da un caso che integra i criteri legislativi della società in nome collettivo e quindi passa a

---

20 Si può obiettare che questa ipotesi sarebbe comunque in contrasto con il pensiero di Vivante, perché nel paragrafo 9 del Trattato, da cui siamo partiti, egli attribuisce alla natura delle cose una funzione solo integrativa, e mai correttiva, del diritto positivo. Tuttavia ciò che intendo sostenere è che prendendo sul serio l'esempio della società in nome collettivo si deve ammettere che Vivante presuppone una latitudine del metodo della natura delle cose più ampia di quanto dica in quel paragrafo. E mi sto chiedendo se essa sia tanto ampia da recidere pressoché ogni vincolo del giurista al diritto positivo.

considerare i tratti che ne illuminano la funzione. In ciò consiste infatti la ricerca della sua vera natura. Ma nell'escludere che una definizione legislativa possa fornire i veri criteri di applicazione di un'espressione (cioè il vero concetto corrispondente all'espressione) non è detto che egli escluda altresì qualunque altra funzione della definizione. Egli ha di fronte a sé un'altra strada: può negare che la definizione fornisca criteri indefettibili, ma assumere nondimeno che essa costituisca un tentativo, superabile con indagini empiriche più accurate, di classificare i fatti regolati secondo la funzione sociale ed economica che essi svolgono. Il nesso tra metodo della natura delle cose e diritto positivo può dunque essere riformulato in una maniera che tenga conto di questo assunto. Il metodo della natura delle cose si pone in continuità con il diritto positivo perché integra il tentativo delle istituzioni di classificare i fatti giuridicamente rilevanti secondo la loro funzione sociale ed economica. Il fatto che le conclusioni del giurista naturalista possano discostarsi in maniera considerevole da quelle di un giurista che applica in modo rigoroso le disposizioni legislative non attenua questo vincolo. Il vincolo al diritto positivo impone infatti di classificare i fatti secondo la loro natura funzionale ed è rispettato anche quando la classificazione si allontana da quella fornita dal diritto positivo stesso.

Il giurista naturalista attribuisce quindi ad alcune norme dell'ordinamento una funzione genuinamente classificatoria<sup>21</sup>. Questo punto offre la possibilità di riconsiderare il metodo della natura delle cose in una luce piuttosto inusuale. Mentre infatti esso è stato spesso considerato come un metodo le cui peculiarità possono essere pienamente apprezzate nelle indicazioni che dà al giudice per la decisione del caso singolo, in questa nuova luce esso si rivela includere un prospettiva più generale circa i caratteri di un ordinamento giuridico. La questione sarà trattata con maggior dettaglio nel capitolo 3 del lavoro, ma fin d'ora occorre dirne qualcosa. Anche se molto andrebbe aggiunto al quadro per comprendere cosa significa identificare nella classificazione una funzione specifica del diritto e sui diversi modi di elaborare tale funzione, già il fatto di postulare una tale funzione merita una attenta considerazione. Se classificare è tra le cose che il diritto fa, almeno alcune norme come quelle che fissano i criteri di applicazione di un concetto devono essere intese come norme complete. Così sono norme complete le norme che indicano quali fatti si devono verificare perché ci sia una società in nome collettivo. Altre norme stabiliscono poi le conseguenze giuridiche dell'esistenza di società in nome collettivo, fissando diritti e doveri dei soci fra di loro e verso i terzi. Le norme classificatorie non stabiliscono diritti e doveri<sup>22</sup> e non disciplinano le condotte umane: non posso sapere cosa il

---

21 Vedi T. Honorè, *Real Laws*, in P.M.S. Hacker e J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, 1977, pp. 99 sgg.

22 Le norme classificatorie di cui il metodo della natura delle cose assume l'esistenza possono

diritto mi chiede di fare interrogando una norma classificatoria (anche se posso avere bisogno di sapere come va classificata la mia posizione per sapere cosa il diritto mi chiede di fare). Il metodo della natura delle cose, postulando norme classificatorie, è dunque incompatibile con le concezioni del diritto che ritengono che tutto il diritto deve poter essere formulato in termini di norme di condotta. A questo punto è chiaro perché l'articolazione del metodo della natura delle cose come derivazione immediata della regola dalla situazione di fatto non può andare bene e perché il passaggio in cui il giurista riconosce la situazione come istanza di un certo concetto è fondamentale: solo tale riconoscimento esprime le operazioni attraverso cui il giurista apprezza la "vera" natura del caso.

Ma su quali basi il giurista naturalista assume che alcune norme giuridiche classificano secondo la reale natura (cioè: la funzione sociale) dei fatti? Il fatto di reperire disposizioni giuridiche che stabiliscono criteri che un caso deve soddisfare per essere considerato un'istanza di un concetto giuridico non può essere una ragione sufficiente. Anzitutto tali disposizioni potrebbero esprimere solo frammenti di più vaste norme di condotta. Ma anche scontando questa obiezione se ne presenta una più generale: perché le classificazioni giuridiche dovrebbero essere intese come classificazioni secondo la reale natura dei fatti (suscettibili di essere vere o false e di essere corrette dal giurista che abbia afferrato meglio tale natura) anziché *decisioni* sul modo di collezionare i fatti giuridicamente rilevanti? Questa obiezione non sostiene che classificazioni sulla base della reale natura dei fatti siano impossibili, ma che, anche se non lo sono, non c'è ragione di intendere in questo modo le norme giuridiche classificatorie. Anzitutto il legislatore può aver voluto deliberatamente non tenere conto della natura dei fatti per ragioni politiche, perché il suo scopo nel fissare un concetto era quello di riformare anziché cristallizzare qualche tratto della realtà sociale ed economica. Egli ha riconosciuto che certi fatti sociali realizzavano qualche funzione, ma ha considerato quella funzione come irrilevante o negativa. Può darsi però che il legislatore abbia voluto incorporare nel diritto la funzione di certi tipi di attività e abbia consacrato alcune delle proprie classificazioni a questo scopo. Vedremo nel prossimo paragrafo che la teoria di Vivante riconosce questa alternativa e circoscrive di conseguenza i casi in cui il metodo della natura delle cose è

---

tuttavia essere collegate a diritti e doveri in questo senso: esse collezionano fatti secondo la loro funzione sociale, ma tra le caratteristiche che un fatto deve avere per realizzare quella funzione ci può essere proprio una certa distribuzione di diritti e doveri. Così è possibile che l'unità funzionale della società in nome collettivo sia realizzata dalla responsabilità solidale e illimitata dei soci (è proprio questa la *nozione* di società in nome collettivo secondo l'art. 2291 del cod. civ.). Nessun caso in cui non si dia tale relazione dei soci tra loro e verso i terzi può realizzare la funzione sociale essenziale alla società in nome collettivo. Questo punto, su cui tornerò nel capitolo 4, solleva importanti problemi: la natura delle cose incide solo sul modo di delimitare le fattispecie o anche sulle conseguenze giuridiche?

utilizzabile. Ma perché tale ricostruzione delle intenzioni del legislatore dovrebbe consentire al giurista di modificare i criteri legislativi tutte le volte in cui ritiene che ciò sia necessario a cogliere la vera natura dei fatti? Dopo tutto non riteniamo pacifico che il fatto che un legislatore libertario abbia cercato di tradurre in norme giuridiche la propria ideologia libertaria autorizzi i giudici a modificare quelle norme se ritiene che non siano le più autenticamente libertarie che si sarebbero potute emanare. I testi giuridici, sostiene cioè l'obiezione, sono autoritativi e il fatto che siano prodotti con una certa intenzione non autorizza chiunque a ignorarli se non costituiscono la migliore realizzazione possibile di quella intenzione.

Per superare l'obiezione, un sostenitore del metodo della natura delle cose dovrebbe mostrare che quando una classificazione giuridica è in linea di massima aderente alla reale natura delle cose ognuno la può sostituire con un'altra più aderente ancora senza violare alcuno vincolo al diritto positivo. Nel paragrafo precedente abbiamo distinto una spiegazione generale, da un lato, e un'esemplificazione concreta, dall'altro, del metodo della natura delle cose e abbiamo deciso di soffermarci sulla seconda. Torniamo ora ad occuparci della spiegazione generale: essa attribuisce al giurista naturalista la posizione di uno storico e sociologo che cerca di ricostruire la genesi e i caratteri delle pratiche di una certa comunità. Tra i materiali che egli usa ci sono i testi giuridici ufficiali, ma essi non hanno alcuno statuto speciale ai suoi occhi: al pari di altri documenti essi sono il frutto del cristallizzarsi di talune pratiche e possono servire a illuminarne alcuni aspetti. Questa spiegazione generale considera in definitiva il diritto positivo un epifenomeno della storia sociale ed economica di una comunità. Come si ricorderà, il problema della spiegazione generale è che non riesce a catturare i casi che Vivante presenta come applicazioni del metodo della natura delle cose (vedi l'esempio della società in nome collettivo). Tuttavia è possibile trarre da essa un'indicazione per superare l'obiezione di cui ci stiamo occupando. La spiegazione generale individua una continuità tra il processo storico in cui si generano le prassi sociali di una comunità e il diritto. Anche se è implausibile sostenere che il compito del giurista "positivo" sia di rendere conto in termini causali di questa continuità, il fatto che tale continuità ci sia può nondimeno avere un ruolo nel dirigere la sua attività di determinazione del diritto esistente. Il fatto che alcune disposizioni giuridiche siano da leggere come il frutto di una recezione, o incorporazione, di pratiche sociali ("fatti") esistenti, cioè, può stare a indicare che è alla pratica stessa, e non ai fatti individuati dalla descrizione che le disposizioni ne offrono, che il diritto attribuisce rilevanza. È proprio perché riconosce il suo compito come quello di delimitare l'oggetto della regolamentazione giuridica che il giurista naturalista cerca di ricostruire l'esatta estensione della pratica, anche se ciò può portarlo ad allontanarsi dai criteri legislativi. Le norme classificatorie consentono al giurista questi spazi di manovra perché esse pretendono di classificare i propri oggetti

in base alla loro vera natura; le correzioni che il giurista appone alle classificazioni del diritto positivo sono fedeli a queste ultime come il lavoro di un cartografo che aggiusta vecchie mappe sulla base di nuove rilevazioni lo è verso i suoi predecessori. Si potrebbe dire che il metodo della natura delle cose assume che anche i legislatori, non solo i giuristi, siano naturalisti<sup>23</sup>.

5. Vivante sostiene che giurisprudenza e dottrina dovrebbero *talora* servirsi del metodo della natura delle cose. Ma perché talora e non sempre? Uno zoologo non deve correggere le classificazioni sbagliate dei suoi colleghi a intermittenza, ma deve farlo sempre. Se non lo fa è perché considera quelle classificazioni corrette o comunque non ha alcuna teoria migliore per scardinarle. Si può ipotizzare che i giuristi limitino i propri interventi correttivi nella stessa maniera: essi applicano il metodo della natura delle cose solo quando sono dell'idea che le norme di legge adottino classificazioni sbagliate escludendo casi che hanno la stessa natura o includendo casi di natura diversa. In realtà questo sarebbe un modo poco felice di esprimersi perché il giudizio di correttezza o scorrettezza di una classificazione è esso stesso la conclusione di un'applicazione del metodo della natura delle cose; giudici e altri giuristi dovrebbero perciò usare sempre il metodo prima di poter dire se le classificazioni giuridiche sono da correggere o vanno bene così.

Il punto è che il metodo della natura delle cose assume che il legislatore abbia voluto raccogliere i fatti secondo la loro vera natura, ma non in tutti i casi questa presunzione è ugualmente plausibile. In alcuni casi al giurista appare chiaro che il codice non ha modellato le proprie classificazioni sulla funzione economica degli istituti ma “tenendo conto di ben altre influenze” e allora egli se “vuole informarsi al diritto positivo”<sup>24</sup> non ha altra scelta che prenderne atto. Il codice può, in altre parole, porsi in contrasto irrimediabile con la natura delle cose escludendo ogni possibilità dell'interprete di ricostruire l'estensione e la disciplina di un istituto alla luce della sua

---

23 Significativo è questo passo sul carattere non tassativo della lista degli atti di commercio del codice del 1882: “[L]’intenzione dichiarata del nostro legislatore fu di darle un carattere dimostrativo [...] e quindi si deve riconoscere al giudice la facoltà di applicarla ogniqualvolta si presentino nuovi affari che compiano una funzione economica o sociale analoga od equivalente a quella degli atti annoverati nel Codice. Non già alla natura giuridica dell’atto [...] ma alla sua funzione sociale ed economica deve badarsi, perché la enumerazione accolta all’art. 3 fu determinata da queste ragioni, e perché gli atti obbiettivi di commercio sono stati di fatto (operazioni, affari), ora semplici ora complessi, ma sempre stati di fatto, fenomeni economici e sociali, e come tali furono presi in considerazione dal legislatore.” (*Trattato*, cit., p. 114-115, corsivi aggiunti).

24 *Trattato*, cit., p. 112. Vedi anche pp. 143-44, dove Vivante afferma, con riguardo alle Casse di risparmio che “il legislatore, violentando la loro natura, andando a ritroso del loro svolgimento storico in Italia, volle considerarle come istituti di carattere civile” e che “l’interprete, pur deplorando [tale scelta], deve applicarla”.

funzione economica e sociale. L'impatto e la portata del metodo della natura delle cose dipendono in definitiva da caratteristiche contingenti del diritto positivo, che Vivante riconduce per lo più al suo processo storico di formazione. Così, mentre "il maggior numero delle regole consacrate nel Codice è di origine consuetudinaria"<sup>25</sup>, in altri casi il nesso di continuità è interrotto da scelte politiche del legislatore che introducono fratture nella "unità essenziale della vita economica"<sup>26</sup>. Poiché Vivante tiene in gran pregio questa unità e la continuità tra prassi commerciale e legislazione, tali arbitrarie fratture costituiscono altrettante occasioni di critica del diritto positivo e le critiche potranno appellarsi alle ragioni della natura delle cose<sup>27</sup>, ma – ed è ciò che più importa in questa sede – in tutti gli altri casi le "regole imposte dalla natura delle cose [...] valgono come diritto positivo vigente"<sup>28</sup>.

Il metodo della natura delle cose si collega così alla circostanza che le norme codicistiche si inseriscono nel solco di un processo graduale, che vede le regole sorte spontaneamente nella prassi cristallizzarsi in una formula legislativa. Da questo punto di vista la natura delle cose sembra essere significativamente collegata con la consuetudine, con la quale condivide la collocazione nel lato "spontaneo" del processo. E in effetti Vivante sovrappone spesso le proprie considerazioni sulle regole consuetudinarie a quelle sulle regole radicate nella natura delle cose. Tanto le prime quanto le seconde devono la loro esistenza alla prassi commerciale: entrambe non ci sarebbero se non ci fosse una "materia" commerciale prima che la legge ne appronti una disciplina. Ma mentre gli usi commerciali sono "norme di diritto costituite mediante l'osservanza dei mercanti", la natura delle cose viene in considerazione quando una "regola di diritto si applica in forza dell'opinione comune della sua necessità" con la conseguenza che regole siffatte "valgono come diritto positivo vigente sino dal primo giorno in cui sono necessarie"<sup>29</sup>.

---

25 *Trattato*, cit., p. 66.

26 *Ivi*, p.1.

27 Nel *Trattato* abbondano i passaggi in cui l'autore assume una prospettiva apertamente riformatrice. Su questi aspetti del pensiero di Vivante vedi gli accenni in P. Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, cit.

28 Si potrebbe sostenere che per Vivante esiste una presunzione a favore del metodo della natura delle cose; presunzione che può essere vinta dall'evidenza che qualche decisione del legislatore si pone deliberatamente in contrasto con essa. Ma ciò porterebbe a trascurare che l'autore individua la giustificazione dell'impiego del metodo della natura delle cose non nella mera assenza di una decisione in senso contrario del legislatore, ma nel dato positivo della continuità tra diritto legislativo e pratiche commerciali. Più che a una presunzione perciò Vivante si basa sulla convinzione che la continuità è un fatto storico generale.

29 *Trattato*, p. 66.

## II. La coscienza (sociale) di Alberto Asquini

1. Il Trattato di diritto commerciale ebbe una larga influenza nella cultura giuridica italiana del primo Novecento e uno dei punti intorno a cui la discussione si polarizzò fu proprio l'opportunità di includere la natura delle cose tra le fonti del diritto italiano. Come si è appena visto, Vivante individuava una sorta di continuità tra consuetudine commerciale e natura delle cose; in particolare, tracciava un'analogia tra la "necessità" in quanto parte del requisito psicologico per la rilevanza di una consuetudine (la cosiddetta *opinio iuris ac necessitatis*), da un lato, e come requisito da solo sufficiente per la rilevanza di una regola conforme alla natura delle cose dall'altro. Teneva che l'appello alla natura delle cose servisse per integrare il diritto con contenuti necessari per il corretto funzionamento di istituti socialmente effettivi. La sua esposizione di questo punto tuttavia contiene una doppia ambiguità.

In primo luogo, usato nel contesto della teoria della consuetudine giuridica, 'necessità' è un sinonimo di 'obbligatorietà', ma – ecco la prima ambiguità – Vivante sembra avere in mente anche un'altra accezione di 'necessità' quando allude a regole che sono necessarie per "forza di cose": si tratta di regole che dispongono un certo effetto giuridico in quanto condizione necessaria perché un istituto possa adempiere alla sua funzione economica<sup>30</sup>. A complicare ulteriormente le cose, è latente nel pensiero di Vivante un terzo senso di 'necessità' che si collega con l'idea che una pratica sociale ha necessariamente la funzione che ha (benché, evidentemente, siano contingenti tanto la sua esistenza quanto la sua "recezione" nel diritto positivo).

In secondo luogo Vivante afferma, nell'arco di poche righe, sia che è l'opinione comune della necessità di una regola a determinarne la rilevanza giuridica, sia che è la sua necessità stessa a farlo (indipendentemente cioè, dal fatto che qualcuno ne sia consapevole).

Le due ambiguità sono tra loro intrecciate, perché è verosimile che l'autore sia stato portato a parlare dell'opinione comune della necessità (seconda ambiguità) per via dell'accostamento tra requisito soggettivo del diritto consuetudinario e natura delle cose (prima ambiguità). Probabilmente l'interpretazione migliore è quella secondo cui Vivante, nel notare il collegamento esistente tra la sua nozione di natura delle cose e il diritto consuetudinario, abbia per un momento fatto confusione circa

---

<sup>30</sup> In questo senso Vivante ritiene che sia necessaria alla vendita commerciale la regola che dispone che il compratore di sostanze liquide acquista la proprietà dei recipienti in cui il liquido si trova. L'acquisto della proprietà dei recipienti è infatti necessario affinché il compratore possa rivendere la merce, realizzando così la funzione economica della vendita commerciale. *Ibid.*



l'elemento che istituisce il collegamento, individuandolo nella *opinio iuris ac necessitatis*, anziché nel fatto più generale che entrambe, la consuetudine e la natura delle cose, hanno a che vedere con l'integrazione della realtà sociale nel diritto.

È del resto questa l'interpretazione assunta implicitamente dai suoi commentatori: Vivante fu infatti letto, per lo più in ottica critica, come un sostenitore di una concezione essenzialista della natura delle cose, in quanto assume che sia possibile scoprire attraverso l'osservazione della realtà le vere funzioni degli istituti. In questa prospettiva si mosse Alberto Asquini, commercialista come Vivante, allorché si propose di delineare una concezione del metodo della natura delle cose più "moderata" rispetto a quella del primo. E nel 1921, l'anno in cui vide la luce l'articolo di Asquini "La natura dei fatti come fonte del diritto" la virtù della moderazione richiedeva che un giurista riconoscesse un peso adeguato a due principi: la legge è di gran lunga la fonte del diritto più importante e tutto il diritto dipende dalla volontà umana<sup>31</sup>.

Vediamo in che modo Asquini cerca di soddisfare questi *desiderata*. Preliminarmente egli individua tre condizioni che devono sussistere affinché la natura delle cose trovi spazio nella dottrina delle fonti del diritto italiano: (a) ci sono lacune nel sistema delle norme legali e la consuetudine non basta a colmarle; (b) la natura delle cose è astrattamente idonea a servire da fonte del diritto; (c) il ricorso alla natura delle cose è giustificato secondo il nostro ordinamento giuridico positivo.

Circa il punto (a) Asquini condivide le tesi di Vivante che la natura delle cose serva a riempire le lacune della legge e che la legge sia effettivamente lacunosa. La natura delle cose è una fonte sussidiaria, cui non avremmo ragione di ricorrere se il diritto contenuto nella legge fosse completo. Tuttavia il sistema della legge contiene lacune e il giurista ha bisogno di un metodo per colmarle. Asquini affronta *ex professo* il problema, assai dibattuto all'epoca, dell'esistenza di una norma generale esclusiva

---

31 A. Asquini, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico*, Quarta serie, Vol. I, 1921, pp. 129 sgg. Malgrado la loro apparente affinità i due principi hanno in realtà origini storiche piuttosto distinte: il primo nasce nella cultura giuridica che in Italia era orientata – e lo sarà sino ad anni a noi prossimi – a un positivismo legalistico piuttosto rigoroso; il secondo invece va ricondotto a un atteggiamento più generale della cultura umanistica italiana di allora, dominata dal neoidealismo. Sull'influenza di questo orientamento culturale anche in opere giuridiche che utilizzano il vocabolario del giusnaturalismo si veda M. Ricciardi, *Ritorno del diritto naturale?*, in A. Campodonico (a cura di), *Tra legge e virtù*, Genova, 2004, pp. 159-180.

L'anticonformismo di Vivante e la maggiore ortodossia di Asquini sotto questi aspetti sono osservati da Grossi (*Scienza giuridica italiana*, cit., p. 136); quanto sostenuto nel testo è conforme alle posizioni esposte da Bobbio in un articolo del 1958, in cui l'illustre autore vide nella duplice opposizione al formalismo e al volontarismo due tratti caratterizzanti della dottrina della natura delle cose. Vedi N. Bobbio, *La natura delle cose*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 4<sup>a</sup>ed., Milano, 1984, pp. 196 sgg.

(“Tutto ciò che non è vietato è permesso”) e giunge a una conclusione negativa che apre la strada alla ricerca di una diversa norma di chiusura.

Ma è in relazione al punto (b) che egli sente l'esigenza di abbozzare una spiegazione che prenda le distanze dalla posizione essenzialista di Vivante. Il problema è quello di stabilire se la natura delle cose possa teoricamente essere una fonte del diritto, se cioè è possibile che un ordinamento la annoveri tra le fonti del diritto. Correttamente Asquini ritiene che una risposta affermativa a questa domanda sia una condizione necessaria per poter sostenere che un ordinamento particolare comprende la natura delle cose tra le proprie fonti del diritto. La sua risposta è articolata. La prima parte della risposta è negativa: la natura delle cose non potrebbe costituire in linea di principio un candidato idoneo a far parte di un catalogo di fonti del diritto perché essa “è per se stessa muta, inerte, indifferente, senza uno scopo determinato” e quindi non può rivelare “la norma nel suo contenuto completo”. Ma non possiamo fermarci a questo punto; quando se ne parla in relazione alle fonti del diritto ‘natura delle cose’ deve piuttosto essere intesa come “un'espressione ellittica per indicare la rappresentazione che della funzione dei rapporti sociali e delle loro esigenze economiche fa la coscienza umana”<sup>32</sup>. Tale coscienza deve essere intesa come “la coscienza collettiva dell'ambiente e del momento storico in cui i rapporti sociali si formano”<sup>33</sup>. In quanto mediata da una *rappresentazione* la natura delle cose può dunque costituire una fonte del diritto (sussidiaria).

Proviamo a capire in che modo Asquini ritenga che la mediazione della coscienza collettiva possa adempiere al difficile compito di rendere la inerte natura di qualcosa una fonte di diritto. Anzitutto si può riformulare l'affermazione di Asquini in termini forse più chiari: la natura delle cose è un fatto e come tale non può essere, da sola, fonte di norme: ciò che conta è quello che pensa la gente, quello che la gente ritiene dotato di valore. Ma quali sono le “rappresentazioni” che contano e di cosa esse sono rappresentazioni?

Mi pare che si presenti *in limine* questa alternativa: o sono le rappresentazioni della natura della cosa a contare come fonte del diritto oppure è la natura della cosa intesa come rappresentazione di qualcosa.

Se riteniamo che la prima opzione sia quella corretta, il discorso di Asquini appare orientato a stabilire chi abbia l'autorità di decidere che cosa conta come natura delle cose, piuttosto che a offrire un'analisi della nozione di natura delle cose. E l'autore sembra muovere in questa direzione quando afferma espressamente che non dovremmo accordare questa autorità al giudice (pp. 139-140), ma attribuirla alla collettività. Si potrebbe essere tentati di scegliere questa interpretazione perché essa

---

32 A. Asquini, *La natura dei fatti*, cit., p. 138.

33 Ivi, p. 139.

sembra soddisfare, benché banalmente, il requisito volontaristico: se è vero che è la volontà collettiva che stabilisce la natura delle cose allora è vero che tutto il diritto, compreso quello ricavato dalla natura delle cose, dipende dalla volontà di qualcuno. La debolezza di questa interpretazione sta però evidentemente nel fatto che essa non fornisce affatto una ragione per credere che la natura delle cose è in grado di ricoprire il ruolo di fonte del diritto. Possiamo immaginare, da un lato, una serie di casi in cui una regola è conforme alla natura delle cose e tuttavia non è sostenuta dalla coscienza collettiva e, dall'altro, un'altra serie in cui la regola è conforme e sostenuta dalla coscienza collettiva. Poiché, stando a questa interpretazione di Asquini, solo la seconda serie di casi rileva per il diritto, questo argomento non potrebbe essere usato per sostenere che la natura delle cose è una possibile fonte del diritto, ma solo che lo è una coscienza collettiva legislatrice<sup>34</sup>. È quindi preferibile ritenere che Asquini intenda il riferimento alle rappresentazioni della collettività come parte di un'analisi della nozione di natura delle cose.

Siamo quindi sospinti verso il secondo corno dell'alternativa: quando si parla di natura delle cose come fonte del diritto contano le rappresentazioni di qualcuno, perché la natura delle cose è in realtà una rappresentazione, operata dalla coscienza umana, delle esigenze economiche soddisfatte da un istituto. La coscienza collettiva individua le esigenze economiche che stanno alla base di istituti socialmente effettivi, e gli elementi degli istituti che sono funzionali al soddisfacimento di dette esigenze sono indicati dal diritto – che includa la natura delle cose tra le proprie fonti - come standard da seguire ancorché non previsti da alcuna norma legale o non cristallizzati in una consuetudine. Fino a un certo punto, se questa interpretazione è corretta, Asquini segue Vivante nel ritenere che la natura delle cose sia da mettere in relazione con la funzione degli istituti e con le esigenze da questi soddisfatte. Ma prende le distanze dal predecessore laddove afferma che non c'è alcuna natura funzionale degli istituti al di fuori della volontà, delle rappresentazioni e dei giudizi della collettività. A dire il vero volontà, giudizi e rappresentazioni appaiono cose piuttosto diverse tra loro, ma non sembra difficile offrire una lettura plausibile della concezione di Asquini che includa tutti questi elementi in una ricetta che complessivamente soddisfi il *desideratum* volontaristico. Se tutto il diritto deriva da una volontà, anche le norme conformi alla natura delle cose devono essere volute da qualcuno: la volontà che qui

---

34 Tanto il topos della coscienza sociale come fondamento del diritto, quanto quello che riconduce il diritto "spontaneo" a una sorta di legislazione tacita della collettività, che baluginano dalle pagine di Asquini, non avevano nulla di originale nel momento in cui l'autore scriveva. Il primo è caratteristico della scuola storica tedesca, largamente conosciuta anche in Italia; il secondo ha origini più antiche ed è menzionato da Bobbio come un elemento immancabile nei resoconti classici (romani e medioevali) della consuetudine. V. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, *passim*.

rileva è quella della collettività a cui il giudice ha accesso attraverso i giudizi espressi o le implicite rappresentazioni, che la collettività fa propri.

Occorre soffermarsi su un punto che può generare fraintendimenti. Tanto Asquini quanto Vivante intendono la natura delle cose come alquanto di artificiale: non ci sono istituti giuridici fuori dalla storia, perché tutti o sono introdotti da un'autorità politica o sorgono dalla prassi, sono cioè frutto di un'attività umana. Ciò potrebbe far pensare che la differenza tra i due autori sia piuttosto marginale e che insistendo sul ruolo della volontà Asquini si sia limitato a rendere più esplicito un punto che nell'opera del suo predecessore era già presente *in nuce*. Credo che questo sia un errore: è vero che entrambi parlano di rapporti e prassi sociali che costituiscono l'oggetto di giudizi che possono acquisire a certe condizioni rilevanza giuridica. Ma il fatto che Vivante riconosca il carattere storico e contingente<sup>35</sup> di ciò su cui verte l'opera del giurista "naturalista" non gli impedisce di pensare che la natura di quelle cose sia indipendente dalla volontà di chicchessia. Senza un'attività intenzionale delle persone non ci sarebbe una pratica sociale, ma dacché la pratica esiste non importa sapere cosa ne pensa la gente per stabilire qual è la sua funzione essenziale. Il punto assume talora per Vivante una valenza politica: le esigenze consapevoli al cui servizio sono posti molti affari commerciali sono spesso le esigenze dei ceti economicamente più forti; se la natura di quegli affari fosse identica alla rappresentazione più comune di essi molto probabilmente dovremmo includervi siffatte esigenze egoistiche; ma poiché la natura della pratica è indipendente dalla volontà delle persone e può discostarsi in grande misura da essa, tale pericolo è scongiurato e la costruzione scientifica e giudiziale degli istituti sulla base della loro natura può diventare uno strumento di progresso<sup>36</sup>. È facile capire perché questa posizione sia diventata oggetto di vaste critiche, persino da parte degli allievi di Vivante. La mancanza di criteri chiari per distinguere tra elementi essenziali ed elementi solo ritenuti tali e il conseguente sospetto che tale distinzione non facesse che proiettare gli ideali dell'autore possono avere spinto alcuni e rigettare *in toto* la teoria di Vivante e altri, tra cui Asquini, a rivederla a fondo.

Nella prospettiva di Asquini dunque anche il ricorso alla natura delle cose deve soddisfare il requisito volontaristico. Esiste dunque un parallelismo tra i casi in cui il giudice applica una legge e quelli in cui riempie una lacuna della legge mediante la natura delle cose: in entrambi i casi si tratta di riconoscere che un vincolo giuridico sorge dalla volontà di qualcuno. Nel primo caso la volontà che conta è ovviamente

---

35 Fin dalla dedica a Goldschmidt "che mi educò coll'alto esempio a trarre dall'intimità della storia il sistema del diritto vigente".

36 Si veda C. Vivante, *I Difetti sociali del Codice di Commercio. Prolusione* (1899), rist. anast. La Vergne, 2011.

quella del legislatore, nel secondo è la volontà della collettività, che si oggettiva in giudizi socialmente diffusi sul tipo di rapporto da regolare. Il caso paradigmatico di applicazione del metodo della natura delle cose è rappresentato da rapporti contrattuali non regolati o regolati insufficientemente dai codici o da leggi speciali; Asquini menziona tra i primi il contratto di edizione e il contratto di apertura di credito bancario, tra i secondi il contratto di lavoro. È importante osservare che qui l'autore parla di lacune della legge non per alludere all'assenza di una norma legislativa sotto cui il caso di specie sia sussumibile, ma al fatto che il caso è un'istanza di un *tipo* di contratto non contemplato dalla legge, cioè di un rapporto che incarna a giudizio della collettività una funzione sociale tipica che il legislatore non ha ancora preso in considerazione<sup>37</sup>.

Ci sono tre osservazioni da fare. In primo luogo Asquini, come già Vivante, assegna alla natura delle cose una funzione classificatoria. Ma mentre per Vivante l'appello alla natura delle cose consiste in un richiamo a un principio di classificazione dei rapporti sociali basato sulle proprietà essenziali o connaturali di essi, per Asquini si tratta di raggruppare insieme tutti i casi che la coscienza collettiva riconduce a una medesima esigenza economica.

In secondo luogo Asquini ritiene che la collettività formuli effettivamente (o almeno accolga implicitamente) giudizi del tipo adeguato. In realtà l'unico requisito posto da Asquini è che la collettività abbia individuato l'esigenza economica che sta alla base del rapporto (p. 141); il giudice deve dunque essere in grado di mostrare che le regole che egli applica a quel rapporto sono adatte a soddisfare tale esigenza e non che sono regole direttamente volute della collettività. Sotto questo aspetto il metodo della natura delle cose è analogo al metodo interpretativo teleologico, con la differenza che ricerca non già i fini del legislatore, ma quelli della collettività<sup>38</sup>.

In terzo luogo Asquini segue le orme di Vivante nel ritenere che il metodo della natura delle cose abbia la funzione di adeguare il diritto a qualche mutamento avvenuto nella società correggendo gli anacronismi contenuti nella legge, ma le differenze più volte rilevate tra i due autori si riflettono anche nel modo di concepire il mutamento che il diritto deve assecondare che per Asquini, ma non per Vivante, è

---

37 La categoria teorica in cui collocare le lacune di cui parla Asquini è dunque quella delle lacune ideologiche: non manca una norma legislativa qualsivoglia, ma una norma adeguata, o giusta. La specificità della posizione di Asquini sta in ciò: l'inadeguatezza delle norme deve essere apprezzata alla luce di un parametro di valutazione socialmente condiviso. Sulle lacune ideologiche si veda C. Alchurron, E. Bulygin, *Sistemi normativi* (1971), Torino, 2005, pp. 135 sgg.

38 Non voglio comunque sostenere che ciò che chiamo 'metodo della natura delle cose' sia un metodo interpretativo. Molto dipende dal concetto di interpretazione adottato; in ogni caso ritengo che il metodo della natura delle cose abbia, tra le altre cose, la funzione di giustificare il ricorso a determinati argomenti interpretativi. Su ciò vedi *infra*, cap. 2.

riducibile a un cambiamento del sentire comune sui beni sociali degni di essere perseguiti.

2. Asquini traccia le grandi linee della sua concezione del metodo della natura delle cose nel rispondere affermativamente alla questione se la natura delle cose possa teoricamente costituire una fonte del diritto; nell'ultima parte del suo scritto egli cerca invece di dimostrare che la natura delle cose è inclusa nel sistema delle fonti del diritto italiano (del tempo in cui scrive). L'esistenza di lacune nella legge da un lato, e la teorica idoneità della natura delle cose a fungere da fonte dall'altro sono le due condizioni necessarie perché la natura delle cose possa essere fonte del diritto in un ordinamento particolare. La loro congiunzione non è comunque ancora sufficiente: occorre trovare qualche giustificazione aggiuntiva nel diritto positivo. L'argomentazione dell'autore mira fondamentalmente a stabilire che il richiamo alla natura delle cose costituisce una norma di chiusura più plausibile rispetto alla norma generale esclusiva<sup>39</sup>. È dubbio che quella qui presentata sia un'autentica alternativa. Si è detto che per Asquini la legge presenta lacune tutte le volte in cui le classificazioni delle pratiche sociali su cui fa affidamento non sono corrispondenti alle valutazioni della comunità. Ciò significa che nell'accezione dell'autore ci sono lacune anche ove una norma legislativa astrattamente idonea a regolare il caso esista: di conseguenza il richiamo alla natura delle cose entra in scena prima che si possa parlare di una norma generale esclusiva.

Più che soffermarci sui dettagli di un argomento non del tutto convincente, è interessante dire qualcosa sull'idea che fa da sfondo a tale argomento: l'idea che la giustificazione del metodo della natura delle cose si trovi in qualche caratteristica dell'ordinamento positivo. Il tentativo dei sostenitori del metodo della natura delle cose, già osservato per Vivante, di trovare un appiglio nel diritto positivo è un indizio prezioso per chi voglia ricostruire il loro approccio generale al metodo giuridico. Se non altro infatti ci dice che essi ritengono possibile fare discorsi sul diritto che non implicano un riferimento alla natura delle cose. Poiché infatti la questione è se il diritto positivo giustifichi o no il ricorso alla natura delle cose da parte dei giuristi, è

---

<sup>39</sup> Con un argomento, peraltro, che mi sembra palesemente fallace. Egli infatti sostiene che se si può mostrare l'esistenza di una norma di chiusura diversa dalla norma generale esclusiva, allora quest'ultima norma non fa parte dell'ordinamento. Quindi afferma che questa diversa norma (che egli individua appunto nel rinvio alla natura dei fatti) si ricava dalla necessità che l'ordinamento “[abbia] in sé i mezzi per chiudere ogni possibile lacuna” (p. 145). Probabilmente il ragionamento formulato da Asquini contiene più di un errore, ma è soprattutto evidente che la (pretesa) necessità che un ordinamento abbia una norma di chiusura non giustifica la conclusione che questa norma è costituita dal rinvio alla natura delle cose più di quanto giustifichi la conclusione che essa è la norma generale esclusiva.

necessario che il diritto positivo sia un oggetto identificabile, almeno nelle grandi linee, prima di sapere in che misura esso si adegua alla natura delle cose. In altre parole la conformità alla natura delle cose non è per questi autori un criterio di giuridicità. Può darsi che le loro risposte appaiano inadeguate o persino incoerenti<sup>40</sup>; esse sono nondimeno una testimonianza del fatto che per loro la questione della rilevanza della natura delle cose per il diritto non è collocata sullo stesso piano della questione della rilevanza di un documento che reca il titolo “Codice di commercio del Regno d’Italia” o dell’attività dei tribunali situati sul territorio italiano. Queste ultime cose sono senz’altro rilevanti per il diritto italiano: per sapere se anche la natura delle cose lo è occorre spingersi in un’analisi più approfondita i cui risultati dipendono in parte da ciò che quel documento contiene e da ciò che quei tribunali dicono.

Beninteso, che il diritto positivo sia da loro identificato – almeno *prima facie* – senza alcun richiamo alla natura delle cose non vuol dire che i giuristi naturalisti siano giuspositivisti. Il giuspositivismo è una teoria filosofica del diritto (o meglio una famiglia di teorie) e non si limita a dire qual è l’oggetto di cui i giuristi si occupano ma mira ad attingere a una comprensione globale di quell’oggetto. Il punto prova invece un’altra cosa: prova che Vivante e Asquini sono giuristi “positivi”, cioè studiosi che condividono con studiosi che di contro avversano il metodo della natura delle cose l’oggetto di studio, il diritto positivo italiano<sup>41</sup>.

La questione può essere meglio chiarita attraverso un confronto con un autore che negli stessi anni e nello stesso foro di Asquini scriveva sulla natura delle cose, ma da un punto di vista affatto diverso. Mi riferisco a Giorgio Del Vecchio, il cui articolo sui

---

40 Come è indubbiamente nel caso di Asquini, che peraltro fa uno sforzo per articolare una risposta completa ed esplicita sul punto, mentre Vivante si limita a mostrare di presupporre un concetto di diritto indipendente dalla natura delle cose, lasciando ampio spazio a congetture su come questa presupposizione debba essere esattamente declinata.

L’incoerenza della posizione di Asquini può essere mostrata in questo modo. La natura delle cose rileva solo nel caso di lacune della legge. Ciò presuppone che la legge sia diritto a prescindere dalla sua conformità alla natura delle cose. Tuttavia la legge presenta una lacuna in tutti i casi in cui essa si discosta dal giudizio sociale sulla funzione di un istituto, cioè in tutti i casi in cui la legge contravviene alla natura delle cose. Perciò la legge non è diritto se non è conforme alla natura delle cose. C’è insomma una chiara distanza tra il desiderio di Asquini di mostrare che la legge rimane la fonte più importante del diritto e i risultati verso cui l’analisi lo sospinge.

41 Le considerazioni nel testo si rifanno a due lavori di Mario Jori (M. Jori, *I concetti di diritto nel pensiero giuridico*, in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1988 e Id., *Del diritto inesistente*, Pisa, 2011) in particolare per quanto riguarda la nozione di giurista positivo e la distinzione del livello a cui si situano, rispettivamente, il concetto di diritto presupposto dai giuristi positivi e le definizioni giuspositivistiche del diritto. Le analisi di Jori mostrano peraltro che si tratta di una distinzione complessa e articolata. Il punto sarà approfondito nel capitolo 3, *infra*.

principi nel diritto italiano incrocia in più punti il problema della natura delle cose <sup>42</sup>. Del Vecchio menziona la tesi di Vivante sulla natura delle cose quale fonte di diritto per integrarla in una concezione giusfilosofica più generale secondo cui

“[V]i sono rapporti di vita che [...] hanno indole giuridica, sebbene difettino di alcuno degli elementi positivamente richiesti per la loro validità. [...] Si avverte qui il perpetuo lavoro e la perpetua crisi del diritto positivo, che mentre abbisogna per sostenersi di una dogmatica impalcatura, è tratto poi dalla natura medesima delle cose a trascendere in certo modo i suoi stessi dogmi, per ricongiungersi in una più ampia sfera di verità a quei principi donde è sortito”.

Qui ci interessa questa citazione per una sola ragione: essa mostra che esiste un approccio alla natura delle cose, lontano tanto da Vivante quanto da Asquini, che esclude *in limine* questioni quali quelle della base giuridica della rilevanza della natura delle cose entro un dato ordinamento, o della possibilità che una conclusione basata sulla natura delle cose possa servire a rimpiazzare una norma legale. Secondo Del Vecchio la natura delle cose è il criterio ultimo di rilevanza giuridica: per ogni oggetto, la sua natura ci dice se esso sia giuridicamente rilevante e quale sia la sua corretta disciplina giuridica. Credo sia chiaro che il problema che Del Vecchio ha in mente e le ragioni per cui egli chiama in causa la natura delle cose siano radicalmente eterogenee rispetto a quelle di Vivante e Asquini. Mentre i secondi si stanno chiedendo se la natura delle cose sia tra le considerazioni di cui dovrebbero tenere conto giudici e giuristi che vogliono decidere una questione che sorge *all'interno* di un ordinamento giuridico (cioè una questione che ha senso porsi alla luce di qualche norma di quell'ordinamento), il primo fa appello alla natura delle cose per rispondere a una domanda sulla natura del diritto e quindi sulle caratteristiche che ogni ordinamento giuridico deve necessariamente avere. L'interesse di Del Vecchio è giusfilosofico e riguarda la natura del diritto o del concetto di diritto ed è significativo che non sia lo stesso interesse a muovere Vivante e Asquini. Non è detto che un giurista non possa richiamarsi alla natura delle cose negli stessi termini di Del Vecchio<sup>43</sup>, ma proprio perciò è interessante che Vivante e Asquini non lo facciano;

---

<sup>42</sup> G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, Quarta serie, vol. I, 1921, pp. 33 sgg.

<sup>43</sup> Un esempio può forse essere trovato in uno studioso di diritto commerciale tedesco, Levin Goldschmidt, con cui Cesare Vivante fu in stretto contatto. Goldschmidt chiama “legge dell'immanenza” la dipendenza del diritto positivo dalle “norme giuridiche naturali immanenti ai rapporti della vita” ovvero, come precisa poco oltre dalla natura della cosa. (L. Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. di V. Pouchain e A. Scialoja, Torino, 1913). L'autore crede che i rapporti sociali abbiano una natura propria data obiettivamente; non è però chiaro se egli intenda la



credo che si tratti di un fatto che contribuisce a spiegare perché le loro tesi, ancorché fatte oggetto di critica da parte di molti e per svariate ragioni, siano state nondimeno intese come opzioni per lo meno concepibili per la scienza giuridica anziché come affermazioni eccentriche o incomprensibili<sup>44</sup>.

### **III. Un critico simpatetico. Tullio Ascarelli**

3. Ho accennato in chiusura del paragrafo precedente alle frequenti critiche di cui la dottrina giuridica ha investito l'idea dell'importanza della natura delle cose per il diritto. Anche i critici andrebbero, in un certo senso, annoverati tra coloro che hanno detto qualcosa sul metodo della natura delle cose. In questo lavoro mi occupo però di uno solo tra loro, anch'egli studioso di diritto commerciale, anche se animato da più estesi interessi teorici e filosofici. Tullio Ascarelli riveste un posto d'eccezione tra i molti giuristi che hanno respinto l'idea di natura delle cose perché egli dichiara al contempo di essersi mantenuto fedele al metodo di Cesare Vivante<sup>45</sup>. Nelle pagine precedenti si è cercato di mettere in luce che attraverso l'idea di natura delle cose Vivante intende rendere conto di alcuni tratti caratteristici della propria metodologia giuridica; il richiamo alla natura delle cose giustifica una serie di operazioni che giudici e giuristi devono compiere per stabilire in modo corretto il diritto vigente. Confrontata con questa ricostruzione l'affermazione di Ascarelli, che si possa seguire il metodo di Vivante e mettere nello stesso tempo da parte la sua idea di natura delle cose ha dunque il sapore di un paradosso.

Nel seguito di questo paragrafo cercherò di dissipare questa apparente stranezza procedendo lungo due direzioni: in primo luogo mi occuperò delle critiche di Ascarelli alla natura delle cose e proverò a esplicitare la portata di tali critiche e quale accezione di 'natura delle cose' ne costituisca il bersaglio; in secondo luogo mi concentrerò su una distinzione tra differenti categorie di concetti giuridici cui Ascarelli assegna una speciale dignità metodica e che contribuisce a identificare il suo

---

legge dell'immanenza come una legge empirica circa il divenire storico del diritto o come una verità concettuale (il concetto di diritto si applica solo a norme conformi alla natura immanente delle cose) o come una caratteristica essenziale del diritto.

44 Nel capitolo 3 tornerò a occuparmi più ampiamente della questione se, e in che modo, il metodo della natura delle cose influisca sul concetto di diritto degli autori che lo adottano.

45 T. Ascarelli, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 467 sgg. Si veda anche P. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, pp. 469 sgg.

modello di dottrina giuridica e il rapporto tra questo modello e quello che abbiamo apprezzato in Vivante.

La critica all'idea di natura delle cose compare in numerosi scritti di Ascarelli. Mi riferirò in particolare a due scritti paralleli raccolti nei suoi *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*<sup>46</sup> in cui l'autore svolge una critica di un indirizzo dottrinale che trae dalla diversa natura tecnica dei fatti regolati il principio di divisione tra diritto commerciale e civile nel primo scritto, e tra diritto commerciale e della navigazione nel secondo. L'errore di questa impostazione starebbe nell'assumere quali categorie della scienza giuridica "categorie di quella che si potrebbe dire l'economia descrittiva". Tale dottrina è responsabile di una confusione metodologica:

Metodologicamente, sebbene forse incoscientemente, le spiegazioni più diffuse [...] riposano sulla premessa che la natura tecnica di una determinata attività importa necessariamente una determinata disciplina giuridica. Questa premessa è forse più diffusa che argomentata, ma, mi sembra, contrasta con la natura normativa del diritto, come sistema di valutazioni che può bensì porsi in relazione con la natura dei fatti valutati e perciò con l'attività economica, ma non scaturisce automaticamente e direttamente da questa<sup>47</sup>.

La natura dei fatti può contare oppure no; in ogni caso non è una verità necessaria che fatti di natura diversa comportino discipline diverse. Se la natura dei fatti conti oppure no ce lo possono dire solo le norme giuridiche; l'impostazione che Ascarelli ritiene prevalente assume dunque un criterio che è in realtà inservibile per la scienza giuridica perché trascura il carattere normativo del diritto. I sostenitori di questo criterio confondono il diritto con i fatti sociali che esso regola e la scienza giuridica con la sociologia. Poiché il diritto è composto da norme, sono le norme che dobbiamo interrogare per sapere dove tracciare la linea di demarcazione tra diversi comparti del diritto. Che la distinzione tra un settore del diritto e un altro dipenda dalla natura tecnica – cioè dalla specifica funzione economica - del rapporto regolato anziché da criteri di tipo diverso è un fatto contingente che riposa in ultima analisi su scelte e valutazioni incorporate nelle norme giuridiche esistenti. Il criterio di distinzione adeguato va dunque cercato nelle valutazioni operate da chi ha posto le norme: attribuire rilevanza alla natura "tecnica" del rapporto regolato è solo una possibilità che alcuni ordinamenti giuridici hanno percorso; in altri casi la distinzione tra diritto civile e commerciale si è basata sul criterio cosiddetto soggettivo, che fa dipendere la qualificazione di un atto dallo status delle persone coinvolte; in altri casi ancora il

---

46 T. Ascarelli, *Saggi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, rispettivamente a p. 247 e 281.

47 Ivi, pp. 247-8.

diritto non conosce alcuna distinzione tra i due settori<sup>48</sup>.

Da queste considerazioni si desume che Ascarelli individua, e si propone di contrastare, un'influenza di ciò che ho denominato metodo della natura delle cose (e a cui lui si appella come al criterio della natura tecnica dei fatti) riguardo a problemi generali come quello della delimitazione dell'oggetto di branche particolari della scienza giuridica. Si potrebbe essere indotti a credere che quella presentata da Ascarelli sia un'alternativa tra due modi contrastanti di individuare l'oggetto che la scienza giuridica deve *descrivere*. Si tratterebbe cioè dell'alternativa di origine kelseniana tra scienza (pura) del diritto e sociologia del diritto. E, come Kelsen, Ascarelli sceglierebbe senz'altro la tesi che individua nelle norme giuridiche e non nei fatti sociali a vario titolo rilevanti per il diritto l'oggetto della scienza giuridica. Benché un influsso dell'opera di Kelsen su Ascarelli sia ampiamente testimoniato dalle numerose citazioni presenti nei suoi scritti, tuttavia, la concezione della scienza giuridica dei due autori è profondamente diversa.

Il modo in cui Ascarelli intende il compito della giurisprudenza è strettamente legato alla sua concezione dell'interpretazione come attività che necessariamente innova il diritto ponendo norme nuove<sup>49</sup>. Il compito dei giuristi è di interpretare il diritto, e poiché l'interpretazione contribuisce alla creazione del diritto, non è corretto affermare che il giurista descrive il diritto esistente. Sulla teoria dell'interpretazione di Ascarelli si è scritto molto<sup>50</sup> e non è mia intenzione occuparmene in questa sede. Qui interessa solo osservare che il duplice collegamento tra scienza del diritto e interpretazione da un lato, e tra interpretazione e innovazione dall'altro, conduce a riconsiderare i termini della questione da cui abbiamo preso le mosse. Il problema era quello della individuazione dei criteri per distinguere "natura e posizione" di diverse branche del diritto: il criterio della natura dei fatti era giudicato inadatto perché oscura la natura normativa e valutativa del diritto. Se di primo acchito era apparso chiaro che le norme e le valutazioni trascurate dai fautori di questo criterio sono quelle che contraddistinguono il diritto positivo, alla luce della prospettiva più ampia dischiusa da queste ultime osservazioni, la questione appare perplessa. Poiché non solo il diritto positivo, ma anche la giurisprudenza (intesa in senso lato, come comprensiva di dottrina e giurisprudenza giudiziale) valuta e pone norme, valutatività e normatività sono predicabili anche di quest'ultima; pertanto è possibile che Ascarelli individui

---

48 Senza che ciò implichi che la società in cui quel diritto opera non conosca la distinzione tra atti commerciali e atti non commerciali o tra commercianti e non commercianti.

49 Vedi p.e. T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*(1955), in *Problemi giuridici*. Vol. I, Milano, 1959, p. 72.

50 N. Bobbio, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano, 1969 e M. Meroni, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit.

proprio nell'incapacità di tenere conto di questi aspetti della giurisprudenza il difetto del metodo della natura delle cose. Egli parla di normatività *del diritto*, ma può darsi che con questa espressione additi anche la normatività della giurisprudenza<sup>51</sup>.

Di conseguenza ci sono due diverse posizioni ascrivibili ad Ascarelli:

- la natura dei fatti non può essere la chiave della metodologia giuridica perché presenta il diritto come un fenomeno puramente fattuale, anziché normativo;
- la natura dei fatti non può essere la chiave della metodologia giuridica perché assume che il compito della giurisprudenza sia di descrivere, mentre è di valutare.

Credo che le due interpretazioni non siano incompatibili; tuttavia non sono coincidenti, perché nella seconda è contenuto qualcosa che è escluso dalla prima: la tesi, cioè, che il giurista compie sempre valutazioni proprie quando afferma che una norma fa parte di un ordinamento giuridico. E la tesi che la natura dei fatti non può costituire un criterio metodologico autonomo è diversa a seconda che si accolga la seconda lettura o ci si limiti alla prima.

Supponiamo che Ascarelli nel criticare il metodo della natura delle cose non abbia in mente il carattere valutativo della giurisprudenza e che dunque la sua critica si applichi anche qualora ipotizziamo l'esistenza di una scienza che descrive il diritto. Abbiamo già visto come andrebbe allora articolata la critica: la scienza del diritto descrive, ma non (la natura di) fatti, bensì norme che si applicano a quei fatti. Perciò la natura tecnica dei fatti non può mai costituire una guida decisiva per il giurista: è un fatto contingente che il diritto adotti una distinzione basata sulla natura dei fatti, una distinzione di altro genere o nessuna distinzione. Alla radice di questa critica si può individuare la convinzione che il metodo della natura delle cose abbia la pretesa di stabilire la verità di alcune affermazioni per ogni possibile ordinamento. In particolare Ascarelli si occupa dell'affermazione secondo cui ogni ordinamento presenta partizioni che ricalcano fedelmente le articolazioni della realtà sociale. È però agevole dimostrare che né Vivante né Asquini hanno sostenuto una tesi del genere: come si è visto Vivante riconosce che ci sono casi in cui il giurista deve rassegnarsi al fatto che il diritto ignora una distinzione che c'è, o ne traccia una che non c'è, nella natura delle cose, mentre Asquini pone il requisito che si sia in grado di indicare una norma del diritto positivo (ancorché implicita) che autorizzi il ricorso alla natura delle cose e

---

51 Alcuni autori sostengono che la parola 'diritto' è ambigua e lo è, tra l'altro, proprio perché è usata per riferirsi tanto alle norme di un ordinamento quanto allo studio di tali norme. Così R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, pp. 3-5. Non è detto che Ascarelli si lasci semplicemente fuorviare da tale ambiguità; può darsi che un suo intento sia quello di corrodere la distinzione tra giurisprudenza e diritto (vedi T. Ascarelli, *Prefazione*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXV: "La storia del diritto finisce per coincidere con la storia delle teorie giuridiche, in un'esperienza giuridica nella quale norme e teorie confluiscono").

ammette che la natura delle cose può essere fonte in taluni ordinamenti e non in altri. Per quanto marginali possano sembrare questi *caveat*, essi sono significativi per il problema di cui ci stiamo occupando: dimostrano infatti che il metodo della natura delle cose è stato sostenuto da giuristi che riconoscono il carattere normativo del diritto quanto basta per concedere che una norma contraria alla natura delle cose possa vincolare l'interprete<sup>52</sup>. Da questo punto di vista, mi pare che Ascarelli critichi una tesi più forte di quella accolta da Vivante o Asquini.

Si potrebbe comunque sostenere che l'argomento di Ascarelli ha una portata più ampia. In un passaggio del brano citato egli afferma che una norma non può scaturire "automaticamente e direttamente" dalla natura dei fatti: ciò significa che la natura dei fatti non è mai sufficiente a determinare il contenuto di una norma; *a fortiori* non basta a stabilire che ci sono distinzioni e confini "naturali" che il diritto deve necessariamente seguire. Se infatti non si può mai dire di una norma che essa è *la* norma conforme alla natura dei fatti, non si vede come si potrebbe utilizzare tale dato come mappa delle partizioni del diritto. Inteso in questo modo, l'argomento di Ascarelli appare come una applicazione della legge di Hume: un'affermazione sulla natura dei fatti riguarda come le cose *sono*, il diritto stabilisce come *devono essere*: ma poiché 'deve' non può mai essere dedotto da 'è', il metodo della natura delle cose pretende di fare qualcosa di impossibile<sup>53</sup>. Dato che Vivante ha effettivamente sostenuto che il diritto può discendere "immediatamente" dalla natura dei fatti questa versione allargata dell'argomento di Ascarelli si applica anche alla teoria vivantiana.

Per chi ritiene che la legge di Hume sia una legge valida, ignorare i vincoli imposti da essa inficia sia una giurisprudenza che miri a essere descrittiva, sia una giurisprudenza, più affine alle preferenze di Ascarelli, che apertamente valuta e si propone di innovare il diritto. Nella prima direzione l'errore consiste nel non tenere conto delle valutazioni operate dall'autorità che ha posto il diritto, nella seconda l'errore è di celare le valutazioni del giurista stesso. Ciò sembra confermare che la critica di Ascarelli alle dottrine della natura delle cose si applica anche nell'ipotesi – come abbiamo visto scartata dall'autore – che i giuristi svolgano un'attività di

---

52 Ciò però non vuol dire, come si è già notato, che le loro teorie siano abbastanza accurate da rendere conto coerentemente di queste ipotesi.

53 L'accusa di violare la legge di Hume è senza dubbio la più frequente tra quelle rivolte alla dottrina della natura delle cose. Vedi N. Bobbio, *La natura delle cose*, cit.; A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Milano, 1967, pp. 177-79; N. Morra, voce *Natura delle cose*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1965; E. Garzón Valdez, *La naturaleza de la cosa*, cit. Specularmente alcuni autori hanno attribuito alla dottrina della natura delle cose la virtù di "edificare un ponte" tra essere e dover essere: per esempio G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in RIFD, 19, 1941; A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale*, Milano, 1968; P. Di Lucia, *Normatività. Diritto, linguaggio, azione*, Torino, 2003, pp. 217 sgg.

carattere scientifico e conoscitivo. Credo che però ci siano ragioni per considerare la critica di Ascarelli intrinsecamente legata alla sua concezione della giurisprudenza come impresa essenzialmente valutativa. Chi ricorre al criterio della natura tecnica dei fatti, alle partizioni della “economia descrittiva”, per tracciare distinzioni e classificare le norme giuridiche in diversi settori si impegna in un’attività di riformulazione del diritto per mezzo di strumenti che sono esterni ad esso. Nel linguaggio di Ascarelli, egli sta interpretando le norme giuridiche alla luce dei fenomeni sociali che esse mirano a disciplinare. Il giurista si spinge oltre le suddivisioni che costituiscono, per così dire, la facciata del diritto. Il materiale giuridico si presenta distribuito in codici, libri, titoli, articoli; ma per l’interprete che stabilisce una correlazione univoca tra norme giuridiche e natura dei fatti regolati le suddivisioni che contano sono altre e giacciono al di sotto della facciata. Ora, per Ascarelli non si danno processi di riformulazione che non comportino una modificazione del diritto alla luce delle valutazioni dell’interprete<sup>54</sup>. Se ci appelliamo alla natura dei fatti senza ulteriori qualificazioni, trascuriamo di dire che raggruppiamo insieme certi fatti anziché altri perché riteniamo opportuno che essi abbiano una disciplina giuridica uguale o comunque omogenea. Quella che Ascarelli considera un riformulazione classica del diritto commerciale basata sulla natura dei fatti: è commerciale il diritto che regola l’attività di produzione industriale e lo scambio di beni, costituisce in realtà un criterio per l’azione, esprime l’auspicio che quell’attività sia interamente e coerentemente regolata da quel *corpus* di norme.

Come dovremmo intendere la critica di Ascarelli al metodo della natura delle cose se teniamo conto di queste sue idee generali sulla natura dell’attività del giurista? Probabilmente dovremmo concludere che per Ascarelli il metodo della natura delle cose non può mai avanzare la pretesa di fornire al giurista la migliore esposizione possibile del diritto vigente: o perché le scelte del legislatore appaiono trascurare le differenze nella natura tecnica dei fatti e allora il metodo prescrive al giurista di prendere le distanze da tali scelte; o perché le scelte del legislatore appaiono tenere in considerazione quelle differenze e allora il metodo prescrive al giurista di reiterarle. Il metodo della natura delle cose non è intrinsecamente peggiore di altri per guidare il giurista-interprete a scelte sagge (Ascarelli non dice che sia poco saggio avere

---

<sup>54</sup> T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 73. L’impiego da parte del giurista di concetti estranei al diritto per sistemare il materiale giuridico non è considerata da tutti una prova adeguata del carattere non scientifico o non obiettivo della giurisprudenza. Vedi M. Jori, voce *Giurisprudenza*, in M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, pp. 145-146. Ascarelli sembra ritenere che qualsiasi tipo di valutazione fatta dal giurista abbia natura lato sensu politica, sia cioè orientata a rendere il diritto più giusto, buono, conforme agli ideali del giurista; egli non contempla l’ipotesi di valori scientifici, che mirano invece a rendere migliore la conoscenza o la comprensione dell’oggetto studiato.

discipline giuridiche differenziate per attività di natura economica diversa), ma ha il difetto di presentare se stesso come un metodo obiettivo e puramente descrittivo; due caratteristiche a cui il metodo giuridico non dovrebbe ambire<sup>55</sup>.

Sotto questo aspetto, la critica di Ascarelli al metodo della natura delle cose non appare tutto sommato particolarmente corrosiva. È vero che può sembrare molto gravosa l'accusa ad esso rivolta di essere un metodo incapace di escludere le scelte soggettive del giurista; essa è tuttavia sdrammatizzata dal fatto che per Ascarelli qualsiasi metodo presenta tale caratteristica. In altri termini Ascarelli non ha un argomento *ad hoc* contro il metodo della natura delle cose; semplicemente lo riassume e riconsidera entro la sua concezione generale della giurisprudenza come attività che contribuisce, e non può non contribuire, alla creazione e allo sviluppo del diritto positivo<sup>56</sup>.

2. È dunque possibile chiedersi se ci sia un modo, e quale sia, in cui Ascarelli reinterpreta la vera portata e il significato degli appelli dei giuristi alla natura delle cose nell'ambito della sua concezione del metodo giuridico. E di fatto indicazioni importanti in questo senso si possono trarre dalla tematizzazione di una categoria di concetti giuridici che esprimono un "ordinamento tipologico della realtà" e distinzione tra questi concetti e i concetti giuridici che riassumono una disciplina<sup>57</sup>. Tale distinzione è spesso ricordata dai commentatori, ma non mi pare che sia mai stata fatta oggetto di analisi approfondite<sup>58</sup>. Senza dubbio una categoria di concetti, quelli riassuntivi di una disciplina, è tratta di peso da Kelsen, come mostra il fatto che Ascarelli menziona 'persona giuridica' come esempio principale<sup>59</sup>; ciò non dovrebbe comunque indurre a credere che sia kelseniana anche la distinzione. In realtà si tratta

---

55 Ciò contribuisce forse a spiegare perché Ascarelli ha potuto dichiararsi al contempo seguace di Vivante in punto di metodo giuridico e tuttavia suo critico circa la dottrina della natura delle cose. Il difetto di quella dottrina era che, per mezzo di essa, Vivante nascondeva il carattere valutativo della propria opera, un carattere che invece Ascarelli apprezza completamente. Ascarelli dice chiaramente di considerare (nascostamente) valutative e innovatrici alcune tesi di Vivante.

56 Secondo Bobbio la critica di Ascarelli al concetto di natura delle cose si basava soprattutto sul fatto che esso gli appariva un concetto "oscuro ed equivoco"; nondimeno osserva che "ciò non gli impedì di vedere dietro l'esigenza che si esprimeva nel ricorso alla natura delle cose un bisogno reale, che era quello di comprendere e giustificare l'evoluzione di un diritto [i.e. il diritto commerciale], nato per disciplinare rapporti economici che si svolgono in gran parte al di fuori della sfera di dominio diretto del potere statale [...]. Proprio per questo rapporto diretto con la sua matrice economica, il diritto commerciale era un campo estremamente fertile di osservazioni per lo studio dei rapporti tra diritto e società". BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, cit., p. CXVIII.

57 Vedi per esempio T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit.

58 C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, cit., pp. 91-94.

59 Vedi. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934) Torino, 1952, pp. 87 sgg.

di una distinzione che, come vedremo subito, mette in discussione un caposaldo del normativismo.

Procediamo con ordine. Le due categorie di concetti sono messe in relazione con la concezione della norma giuridica come collegamento di una fattispecie con una conseguenza normativa<sup>60</sup>. Mentre i concetti come ‘persona giuridica’ sono impiegati per affermare che a una certa situazione si applica un insieme di conseguenze normative, quelli del secondo tipo possono comparire nella fattispecie di una norma giuridica. Ascarelli menziona ‘dolo’, ‘errore’, ‘colpa’, ‘cosa’, e, in separata sede, ‘titolo di credito’ come esempi. Se chiamiamo C una qualsiasi conseguenza normativa, concetti di questo tipo possono comparire in norme giuridiche di questa forma: se ‘dolo’, allora C; se ‘titolo di credito’ allora C, ecc<sup>61</sup>. È frequente che i legislatori e i giuristi impieghino concetti giuridici che sembrano appartenere a entrambe le categorie, che cioè si prestino sia a riassumere discipline giuridiche sia a occupare il posto di fattispecie. Tuttavia ciò per Ascarelli è indizio di una confusione o di un atteggiamento schizofrenico: un concetto può appartenere all’una o all’altra categoria e transitare dall’una all’altra in momenti e ordinamenti diversi, ma non può appartenere a entrambe contemporaneamente. Pertanto un concetto riassuntivo di una disciplina non può mai essere impiegato per indicare le fattispecie a cui quella disciplina si applica e viceversa, a meno di mutare di contenuto. Se dunque in un medesimo contesto una espressione (per esempio ‘titolo di credito’) è usata tanto per indicare una disciplina quanto una fattispecie, si tratta in realtà di un’espressione che incorpora due concetti distinti: quando un testo normativo o un’opera di dottrina spingono la confusione oltre il limite in cui è ancora possibile identificare il concetto usato caso per caso, allora essi saranno irrimediabilmente difettosi<sup>62</sup>.

È interessante osservare le somiglianze e le differenze tra le tesi di Ascarelli e quelle sostenute da Alf Ross in alcuni lavori pubblicati più o meno nello stesso periodo e che si può supporre Ascarelli ignorasse<sup>63</sup>. Anche Ross individua una correlazione tra concetti giuridici da un lato e fattispecie e conseguenze quali componenti di norme dall’altro e sostiene che i concetti hanno una funzione

---

60 T. Ascarelli, *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, in *Problemi giuridici*, cit., p. 169.

61 Si può notare che gli esempi non sono tutti omogenei. “Se titolo di credito, allora C” può sembrare una norma giuridica completa, mentre “se cosa, allora C” no. Ciò può essere spiegato introducendo questo aggiustamento: i concetti tipologici sono concetti che possono fungere da fattispecie da soli, oppure solo in congiunzione con qualche altro elemento.

62 T. Ascarelli, *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, cit., in part. pp. 169-170.

63 A. Ross, *Tû-Tû* (1951), in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 165 sgg.; ID., *Diritto e giustizia*(1958), Torino, 2001, pp. 160 sgg.



“riassuntiva”. E anche Ross afferma che sovente un medesimo concetto (fa l’esempio di ‘proprietà’ e ‘diritto soggettivo’) è impiegato tanto per indicare (una disgiunzione di) fattispecie quanto (una congiunzione di) conseguenze; ma mentre per Ascarelli si tratta di un difetto (solo talvolta correggibile), per Ross si tratta di un fatto che addita la funzione di quei concetti: risparmiare tempo o spazio. Certo se quei concetti si riferissero a qualcosa di reale essi non potrebbero riferirsi al contempo a fattispecie e conseguenze, ma poiché si tratta di concetti che fungono da mero “segna-posto” non c’è nessun grave inconveniente nel permettere che essi funzionino in quel modo. Dopo tutto il diritto non è composto da norme e concetti giuridici, ma solo da norme, e quando norme diverse hanno in comune fattispecie o conseguenze i concetti giuridici possono fungere da strumento per una esposizione economica del diritto.

Non sarebbe possibile utilizzare le spiegazioni di Ross per sostenere che Ascarelli mostra una preoccupazione eccessiva rispetto a certe caratteristiche dei discorsi giuridici? Credo di no. Senza dubbio Ascarelli ammette che i concetti che riassumono una disciplina siano interamente eliminabili, semplicemente esplicitando il cumulo di conseguenze giuridiche che essi riassumono. Ma i concetti tipologici non hanno meramente una funzione riassuntiva e non è possibile eliminarli esplicitando una serie disgiunta di circostanze a cui il diritto collega medesime conseguenze. I concetti tipologici non stanno ai concetti riassuntivi di discipline come le fattispecie stanno alle conseguenze giuridiche: Ascarelli sottolinea infatti che “fattispecie” e “tipologia della realtà” non sono nozioni equivalenti<sup>64</sup>. Anche se un concetto tipologico può occupare il posto di una o più fattispecie esso non è meramente un nome della fattispecie o di una disgiunzione di fattispecie; ha una funzione eccedente che è quella di giustificare la disciplina giuridica a cui sono assoggettate quelle fattispecie. È ciò che intende Ascarelli affermando che tali concetti ordinano tipologicamente la realtà *in funzione normativa*. Imputare le medesime conseguenze a tutte le istanze del concetto è giustificato perché si tratta di fatti sociali dello stesso tipo. C’è un’altra considerazione che rende più evidenti le ragioni che Ascarelli ha di rifiutare l’eliminabilità dei concetti tipologici nell’esposizione del diritto: i concetti tipologici sono strettamente collegati con la natura innovatrice dell’attività del giurista. Prima di affrontare questo punto (par. 10) tuttavia è il caso di indugiare ancora un poco su quanto si è appena detto. Un concetto tipologico non si limita ad additare l’insieme dei casi a cui si applica una conseguenza giuridica, ma indica anche qualcosa che tutti quei casi hanno in comune. Non si può trattare ovviamente del fatto che essi hanno in comune una disciplina giuridica: per fare ciò abbiamo già i concetti riassuntivi di una disciplina e i concetti tipologici costituiscono per Ascarelli una categoria distinta. Non è nemmeno plausibile che in presenza di una disgiunzione di fattispecie che hanno in

---

64 T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, vol. I, cit., p. VI

comune qualche conseguenza giuridica ci siano tanti concetti tipologici quanti sono i termini disgiunti. Infatti per Ascarelli i concetti tipologici classificano la realtà a fini normativi: ma se abbiamo tanti concetti tipologici quante fattispecie e più concetti tipologici per una stessa serie di conseguenze normative, essi mancano di realizzare la loro funzione ordinatrice. In altre parole non è possibile appiattare il concetto di concetto tipologico su quello di fattispecie. I concetti tipologici quindi hanno qualcosa delle fattispecie e qualcosa dei concetti riassuntivi di una disciplina:

- con le fattispecie hanno in comune il fatto di non contemplare come parte del proprio contenuto le conseguenze normative;
- con i concetti riassuntivi di una disciplina hanno in comune il numero. Ci sono tanti concetti tipologici quanti concetti riassuntivi di una disciplina<sup>65</sup>.

Dal momento che Ascarelli concepisce le norme giuridiche come unione di fattispecie e conseguenza, il fatto che per lui ci sia un posto nel diritto per i concetti tipologici (che non sono riducibile né a fattispecie, né a conseguenze) dimostra che egli non ritiene che tutto il diritto sia riducibile a norme. Non è difficile comprendere cosa rimane oltre le norme: si tratta delle ragioni che giustificano l'ambito di applicazione di una disciplina giuridica. Tali ragioni Ascarelli individua nei concetti tipologici (*rectius*, nelle caratteristiche che tali concetti additano). La presenza nel diritto di concetti tipologici indica che le norme regolano nello stesso modo un insieme di casi in quanto essi appartengono allo stesso tipo sociale. Sotto questo aspetto, ed è ciò che qui importa sottolineare, la proposta di Ascarelli finisce per assomigliare molto al metodo della natura delle cose; essa anzi ci permette di fare un passo avanti nella comprensione di quel metodo. Già nell'analisi dell'opera di Vivante era apparso chiaro che il metodo della natura delle cose presuppone l'attribuzione al diritto di una autonoma funzione classificatoria della realtà sociale e di una pretesa che tali classificazioni siano adeguate alle caratteristiche intrinseche della realtà regolata<sup>66</sup>. Ascarelli ribadisce il punto, e sta probabilmente in ciò la sua rivendicata

---

<sup>65</sup> Per questo Ascarelli afferma che spesso il legislatore e i giuristi utilizzano una stessa espressione (p. e. 'titolo di credito') a volte per riassumere una disciplina (come avviene, secondo Ascarelli, quando 'titolo di credito' è definito come "documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è menzionato), a volte per ordinare tipologicamente la realtà (in tal caso 'titolo di credito' sarà definito in altro modo, specificando che si tratta di "un documento scritto [...] socialmente considerato come destinato alla circolazione. Vedi T. Ascarelli, *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, cit. (pp. 167, 172).

<sup>66</sup> 'caratteristiche intrinseche' può sembrare un'espressione troppo forte se applicata al pensiero di Ascarelli. Il punto che occorre ribadire è che le classificazioni di cui stiamo trattando pretendono di offrire una ragione per sottomettere alla stessa disciplina ciò che è classificato insieme. Perciò si deve trattare di qualcosa che i membri di una stessa classe hanno in comune già prima che intervenga il diritto a regolarli: per Vivante si tratta della funzione, per Ascarelli del tipo.

continuità metodologica con Vivante. Egli aggiunge però qualcosa sulla natura di queste classificazioni: in senso lato il diritto classifica sempre la realtà quando individua fattispecie; ma alcune classificazioni, quelle operate dai concetti tipologici, hanno la funzione peculiare di giustificare gli ambiti di disciplina giuridica<sup>67</sup>.

3. Chi usa concetti tipologici? Anche se non sono riducibili alle norme giuridiche i concetti tipologici sono concetti giuridici. Come abbiamo visto sopra Ascarelli include nell'estensione di 'diritto' anche la dottrina; ma se, diversamente da lui, desideriamo distinguere tra concetti del diritto e concetti della dottrina, dove si collocano i concetti tipologici? Non è facile trovare una risposta, perché da un lato Ascarelli menziona come esempi di concetti tipologici concetti che sono presenti nel diritto (titolo di credito, dolo, cosa, ecc.); dall'altro afferma a più riprese che essi sono strumenti nelle mani del giurista-interprete per innovare il diritto adattandolo a valutazioni che egli compie circa le esigenze della realtà economica e sociale. Il giurista dispone, nel compiere ricostruzioni tipologiche della realtà in funzione di orientamenti normativi, di ampi spazi di libertà<sup>68</sup> che gli consentono di giustificare estensioni analogiche della portata di una disciplina giuridica.

Ci sono però almeno due modi in cui i concetti tipologici sembrano vincolare il giurista a un particolare diritto positivo. In primo luogo essi hanno a che fare con il contenuto del diritto. Ascarelli li distingue dai concetti formali (topologici) in cui la teoria generale del diritto inquadra gli elementi costitutivi della norma giuridica<sup>69</sup>; a differenza di questi i concetti tipologici hanno sempre un nesso con il contenuto di un certo *corpus* di norme. In secondo luogo nella ricostruzione tipologica della realtà la libertà dell'interprete incontra un limite costituito da quello che l'autore chiama "criterio di continuità": il giurista sviluppa il diritto "in una continua tensione eppure in una continua armonizzazione", le sue conclusioni devono essere "riconducibili a quelle del sistema preconstituito"<sup>70</sup>. Il criterio della continuità non deve peraltro essere

---

67 Ascarelli parla al riguardo anche di categorie giuridiche (vedi in part. *Prefazione*, pp. XIX sgg.) Cfr. la posizione di F. Geny, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, Paris, 1922, pp. 152-6.

68 *Prefazione*, cit., p. XIX.

69 Ivi, XV.

70 Ivi, p. XXIII. La "continuità" o la congruenza teleologica (in quanto non riducibile alla sola coerenza logica) del sistema sono stati ricordati da innumerevoli autori quali valori specifici cui si ispira – o si dovrebbe ispirare – l'attività dell'interprete e come matrici di argomenti interpretativi. Su tali questioni si vedano in particolare N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, R. Alexy, A. Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, in *Ratio Juris*, 3, 1990, pp. 130-147 e L. Gianformaggio, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione*, in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, pp. 47-63, in particolare pp. 59 sgg. Anche tra i teorici della natura delle cose una tesi del genere si è

considerato come un limite imposto all'uso di concetti tipologici da parte del giurista, ma come un criterio di valore della sua attività che proprio l'uso di quei concetti consente di realizzare. È infatti possibile considerare, l'ho già notato, i concetti tipologici come giustificazioni delle discipline giuridiche vigenti, che mostrano la congruenza tra esse e una plausibile ricostruzione delle articolazioni della realtà sociale. Ancora una volta, le considerazioni di Ascarelli si collocano in una posizione ambivalente rispetto al metodo della natura delle cose: attraverso l'ordinamento tipologico della realtà il giurista sviluppa una propria immagine della natura dei fatti sociali regolati dal diritto, ma si tratta di una immagine che presenta il marchio indelebile della pratica valutativa entro cui si colloca. Le categorie del giurista classificano e descrivono fatti, ma debbono farlo rimanendo trasparenti rispetto alle valutazioni che esse servono a veicolare<sup>71</sup>.

Credo di aver fornito un numero di elementi sufficiente a fare un bilancio degli atteggiamenti di Ascarelli verso il metodo della natura delle cose. Benché un netto rifiuto di tale metodo si affacci spesso nei suoi scritti, molti tratti della sua concezione del diritto e della giurisprudenza suggeriscono un giudizio più cauto, che includa poste negative e positive. Tra le poste negative c'è la considerazione, fortemente polemica, che il metodo della natura delle cose si basa su un errore perché ignora la natura normativa del diritto e, in particolare, perché presenta l'attività del giurista come attività puramente conoscitiva, trascurando le valutazioni che immancabilmente la orientano. Inoltre il metodo della natura delle cose avrebbe il difetto di assumere l'esistenza di costanti nel diritto, laddove il diritto è interamente un prodotto storico e contingente dell'attività umana. Ma ci sono anche poste positive: come i giuristi naturalisti (e molti altri, a dire il vero) Ascarelli ritiene che adeguare il diritto alla realtà sociale sia un'operazione pervasiva nella giurisprudenza: i giuristi non si limitano a enumerare fattispecie e conseguenze giuridiche, ma formulano di continuo analogie e ricostruzioni sistematiche lasciandosi guidare da caratteristiche del tipo di situazione regolata. E come i giuristi naturalisti egli individua nei concetti giuridici (i concetti tipologici) uno strumento potente a questo scopo.

---

talora affacciata: vedi G. Stratenwereth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957.

<sup>71</sup> I concetti tipologici sono dunque concetti che descrivono e insieme valutano. Così dire di un certo documento che è un titolo di credito vuol dire descriverlo, ma nell'ambito di una pratica il cui fine è mostrare che a quel documento è giustificato applicare certe norme, come quella che stabilisce l'astrazione dal rapporto obbligatorio sottostante. È possibile osservare un'affinità con i concetti densi (*thick*) di cui parlano alcuni filosofi morali. Vedi in particolare B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London – New York, 1985, pp. 129-131.

#### IV. Altre spigolature della dottrina privatistica

1. Oltre agli autori che abbiamo preso in considerazione ci sono altri privatisti che hanno fatto uso dell'argomento della natura delle cose. Anzitutto si può ricordare un altro commercialista, Leone Bolaffio, secondo cui ci sono casi in cui "la necessità stessa delle cose impone [...] la soluzione, dal momento che, tacendo il contratto e non prevedendo la legge commerciale, il modo comune di contenersi in quella contingenza risponde alle esigenze commerciali e rappresenta quell'equo componimento, quell'equilibrio degli interessi antagonisti dei contraenti che è emanazione spontanea dell'esperienza"<sup>72</sup>. Il riferimento al modo comune di contenersi mostra ancora una volta il collegamento, presentato più che esplicitamente tematizzato, tra usi e natura delle cose che soggiace a parecchie incarnazioni del metodo della natura delle cose<sup>73</sup>. Del resto si potrebbe rintracciare una delle ragioni della sua particolare risonanza con lo studio del diritto commerciale nel fatto che in questo ambito la rilevanza della prassi (e come laboratorio in cui si "forma" il diritto che sarà poi "recepito" dal legislatore<sup>74</sup>, e come fonte sussidiaria del diritto) è talvolta ritenuta maggiore che altrove.

Riferimenti alla natura delle cose si trovano comunque anche al di fuori del diritto commerciale. La si è per esempio invocata quale criterio per rendere conto delle particolarità di disciplina che caratterizzano (o si ritiene dovrebbero ragionevolmente caratterizzare) determinati settori del diritto, come il diritto agrario<sup>75</sup> e il diritto della

---

<sup>72</sup> Citato in N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 78 (nota 1)

<sup>73</sup> Consuetudine e natura delle cose sono significativamente associate da Paolo Grossi nel suo tentativo di cogliere la quintessenza dell'esperienza giuridica medievale. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 2006; vedi anche P. Chiassoni, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi (giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)*, in S. Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, 2008, pp. 105-107 che ha parlato a riguardo di una "mistica del diritto consuetudinario". Nello spirito di questa metafora, si può dire che la natura delle cose costituisca l'articolo di fede più interessante di questa mistica.

<sup>74</sup> Le virgolette sono d'obbligo, perché tali espressioni, che ricorrono abbastanza sovente nella letteratura giuridica non rendono particolarmente chiaro cosa significa che la legge recepisce un diritto che si è formato altrove (non trattandosi né di un caso di rinvio, né di un caso di incorporazione). L'esempio principale è costituito dagli accesi dibattiti sulla *lex mercatoria*.

<sup>75</sup> Questa è la posizione del padre fondatore del diritto agrario in Italia, Gian Gastone Bolla, a cui sono dedicati capitoli in P. Grossi, *Nobiltà del diritto*, cit. e N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, cit., 179 sgg. Lo scritto di Irti è particolarmente significativo per la ricostruzione del dibattito sul diritto agrario che ebbe il suo momento culminante nel primo congresso nazionale, svoltosi a Firenze tra il 21 e il 23 ottobre del 1935. Un'interessante difesa del metodo della natura delle cose nel diritto agrario è offerta da F. Milani, *La natura dei fatti e delle cose nei contratti agrari*, in Aa. Vv., *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, vol. 1, Milano, 1954, pp. 655-692.

navigazione<sup>76</sup>. Si tratta proprio del genere di invocazioni contro cui si indirizzavano gli strali di Ascarelli. In questo caso il richiamo alla natura delle cose assume una sfumatura parzialmente diversa rispetto ai casi in cui la natura delle cose è messa in relazione con la funzione di un istituto o di una pratica sociale. Alla base di queste posizioni vi è una rivendicazione della specialità di alcune materie, in cui le categorie tradizionali del diritto si rivelerebbero inappropriate. La navigazione comporta rischi ignoti in altri campi di affari, l'agricoltura è legata ai cicli naturali e alle tecniche di coltivazione disponibili nel momento storico: questi fatti e altri consimili richiedono una regolamentazione differenziata e sensibile a tutte le informazioni che solo una adeguata conoscenza tecnica della materia ci può dare.

Si trova sempre in questi casi l'affermazione dell'esigenza di una sorta di isomorfismo tra diritto e realtà "pregiuridica". Ma la loro peculiarità è di presentare talune materie come dotate di uno speciale carattere tecnico, come materie, cioè, in cui un parere esperto, sciolto dalle pastoie di tutti i "formalismi" giuridici, è più richiesto che altrove. Proprio in quest'ottica alla natura delle cose ci si è appellati di recente per dar conto del modo di operare della autorità amministrative indipendenti, i cui poteri di regolazione si ispirerebbero proprio all'esigenza di rendere la disciplina giuridica sensibile alle particolarità tecniche della materia<sup>77</sup>.

Credo che da esempi di questo tipo sia possibile ricavare due suggestioni che talvolta si accompagnano al richiamo dei giuristi alla natura delle cose. La prima suggestione è che l'attività decisionale giuridica tende (dovrebbe tendere) a un modello particolaristico<sup>78</sup>, vale a dire il modello secondo cui le decisioni giuridicamente corrette sono quelle che meglio tengono conto di tutte le circostanze del caso concreto. Le partizioni del diritto, i meccanismi istituzionali predisposti, la distribuzione di poteri fra soggetti diversi, sono interpretati in questa luce come artifici per rendere la realtà aderente al modello. In questo senso un diritto che assegni un peso adeguato alla natura delle cose separando nettamente il diritto agrario dal resto del diritto privato, o attribuendo a una autorità amministrativa indipendente ampi poteri di regolazione in materia di concorrenza, o riconoscendo ai giudici spazi per la decisione equitativa è un diritto che si avvicina all'ideale particolaristico<sup>79</sup>. La

---

<sup>76</sup> A. Scialoja, *Sistema del diritto della navigazione*, Roma, s.d.

<sup>77</sup> Su ciò ci si sofferma nel prossimo paragrafo.

<sup>78</sup> Vedi F. Schauer, *Le regole del gioco* (1990), Bologna, 2000.

<sup>79</sup> Suppongo che nessuno abbia chiamato particolaristico il proprio modello ideale; 'particolarismo' ha infatti un'evidente connotazione negativa nella lingua italiana e in altre lingue, connotazione che si trova anche negli scritti di Schauer, il quale per altro verso nota però che spesso le persone avanzano la richiesta di non generalizzare, di non ragionare per stereotipi e di non trascurare le particolarità del caso concreto. Vedi F. Schauer, *Di tutta l'erba un fascio*, Bologna, 2010, in particolare il capitolo I.

seconda suggestione è che il carattere tecnico delle materie così separate permetta al decisore che sia adeguatamente preparato di giungere a conclusioni sagge senza ricorrere a valutazioni soggettive. Maggiore l'aderenza del diritto alla natura tecnica dei fatti, dunque, minore la discrezionalità e la politicità delle decisioni che saranno assunte<sup>80</sup>.

2. Qualche considerazione più distesa meritano alcuni scritti di Rodolfo Sacco dai quali è possibile desumere la concezione della natura delle cose del celebre civilista e la sua correlazione con la dottrina delle fonti del diritto<sup>81</sup>. Anche se Sacco la menziona numerose volte, ho trovato un solo rilievo esplicito sulla nozione giuridicamente rilevante di 'natura delle cose': si tratta di "situazioni di fatto che condizionano il diritto, specialmente in senso ostativo [...]. Dall'incontro fra una norma autoritativa e una natura delle cose incompatibile potrà nascere l'inottemperanza consuetudinaria a una norma autoritativa, o un'applicazione adattata di quest'ultima: applicazione adattata, che significa confluenza e reciproco condizionamento della norma scritta e della controregola fattuale"<sup>82</sup>.

Sacco ritiene che da questa ricostruzione del modo di operare della natura delle cose si possano ricavare indizi importanti in favore di una concezione allargata delle fonti del diritto. La natura delle cose condiziona e limita l'ambito di operatività della norma giuridica autoritativa, perché addita l'esistenza di altre regole, del pari giuridiche, la cui esistenza si inferisce dall'osservazione dei fatti. Accanto al diritto di origine autoritativa, posto dai legislatori o dai giudici, c'è un diritto non autoritativo, per il quale Sacco propone diverse denominazioni (non tutte coincidenti), tra cui: diritto non scritto, diritto non verbalizzato, diritto spontaneo, diritto inferenziale, crittotipi, usi, consuetudini. Benché sia spesso trascurata o sottovalutata dalla cultura giuridica occidentale, la dimensione non autoritativa del diritto – sostiene Sacco – esercita un ruolo ineliminabile in tutti gli ordinamenti giuridici noti, compreso quello italiano contemporaneo. Ciò si ricava, tra l'altro, dai richiami alla natura delle cose, che Sacco dice essere "cari"<sup>83</sup> e "familiari ad ogni giurista"<sup>84</sup>. L'uso ricorrente di

---

80 Su questo punto, in relazione all'argomento della natura delle cose, si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 69-70 il quale fa considerazioni molto critiche sulla pretesa immunizzante degli appelli al carattere tecnico della materia. Una recente apologia delle argomentazioni tecniche si trova in G. Gometz, *Le regole tecniche*, Pisa, 2008, il quale però ne auspica la diffusione solo nei casi in cui vi sia un accordo generalizzato sui valori e sui fini che è opportuno perseguire.

81 R. Sacco, *Il diritto non scritto*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco. 1.2. Le fonti non scritte*, Torino, 2005, pp. 3-78; Id., *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

82 R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., p. 54

83 Ivi, p. 54. Tali richiami sono anzi "quasi una clausola di stile della maggioranza dei giuristi".

‘natura delle cose’ è quindi una delle epifanie del diritto non autoritativo nel linguaggio comune al ceto dei giuristi<sup>85</sup>.

Gli scritti di Sacco contengono ulteriori considerazioni sui rapporti tra diritto spontaneo, natura e prassi che vale la pena di riprendere in questa sede. Incominciamo dal rapporto tra diritto spontaneo e natura che Sacco articola nel suo testo di antropologia giuridica. Egli vuole anzitutto sgombrare il campo dalle interpretazioni giusrazionalistiche del diritto naturale: nell’ambito del suo discorso “la parola ‘naturale’ vale ‘conforme al DNA, o agli istinti, o alle abitudini spontanee del gruppo’”<sup>86</sup>. Nel campo del diritto sono naturali le regole che un gruppo sociale sviluppa senza l’intervento di un’autorità normativa; ‘naturale’ e ‘spontaneo’ tendono a coincidere fino a venire impiegati talvolta uno accanto all’altro a formare un’endiadi<sup>87</sup>. A differenza di quanto avviene nelle tradizionali dissertazioni sul diritto naturale alla base della qualificazione di una regola come naturale non c’è un giudizio di valore e la “naturalità” di una regola è compatibile con la sua malvagità: così, non c’è nulla di più naturale di una regola che stabilisce il dominio del forte sul debole; la servitù viene dichiarata conforme alla natura dell’uomo<sup>88</sup> e delle cose senza che ciò valga come attestazione della sua desiderabilità.

Non tutto ciò che è naturale e spontaneo per le comunità umane conta peraltro come *diritto* naturale e spontaneo, infatti “non si parla di diritto là dove i soggetti non scelgono i propri comportamenti. Se i soggetti sono intieramente dominati da istinti più forti di ogni volontà, i loro comportamenti non sono retti dal diritto”<sup>89</sup>. Il diritto spontaneo è il solo vigente nelle società tradizionali o primitive; tuttavia esso persiste anche nelle società in cui esistono organi di produzione giuridica accentrati. Da un lato le pratiche spontaneamente affermatesi suggeriscono al legislatore le regole da adottare e svolgono dunque un ruolo nella genesi di queste norme<sup>90</sup>; dall’altro accade

---

84 R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit. p. 182.

85 Per l’elenco delle espressioni che Sacco intende come manifestazioni di un diritto ulteriore a quello posto dalla legge, vedi Ivi, p. 182-83 e R. Sacco, *Il diritto non scritto*, cit., p. 50-51.

86 R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit., p. 131.

87 Vedi per esempio ivi, a p. 132: “[C]onsidero naturale e spontaneo ciò che accompagna l’uomo lungo l’arco delle sue trasformazioni”

88 Perlomeno in certi stadi della sua evoluzione: vedi infatti quanto Sacco afferma in *Il diritto non scritto*, alle pp. 33-34: “‘naturale’ non significa affatto correlata ad una situazione permanente [...]. La regola giuridica posta a difesa della schiavitù, dei privilegi feudali e della tortura in epoche in cui la schiavitù, il privilegio feudale e la tortura mostravano alla riflessione dell’uomo il proprio aspetto mostruoso e cessavano di essere ‘naturali’, non era più una consuetudine allo stato puro, una convinzione allo stato puro o una pratica allo stato puro”.

89 *Antropologia giuridica*, cit., p. 19.

90 *Il diritto non scritto*, cit., p. 33.



che le consuetudine spontanea si imponga nonostante una legge che la ignora e dispone in maniera opposta. Particolarmente caro a Sacco è l'esempio di consuetudini che consentendo l'accesso al fondo altrui non recintato e la raccolta in esso di funghi, bacche e altri piccoli frutti selvatici contraddicono lo statuto della proprietà nel diritto italiano, che stabilisce il godimento esclusivo della cosa da parte del proprietario<sup>91</sup>. Si tratta di regole consuetudinarie – spontanee e naturali – che hanno il proprio correlato antropologico nelle pratiche delle comunità di raccoglitori e cacciatori del paleolitico.

Anche se Sacco non declina questo esempio in termini di natura delle cose è facile riconoscere un nesso tra il caso della raccolta di funghi e bacche nel fondo altrui e la ricostruzione che egli offre del modo di operare degli appelli dei giuristi alla natura delle cose: c'è una situazione di fatto (il fatto che la raccolta avviene, indisturbata) che manifesta una regola non scritta; tale regola limita l'operatività della norma legale, la quale non prevede un limite di questo genere al godimento del proprietario.

3. Prima di concludere è il caso di trattare più approfonditamente il nesso individuato da Sacco tra regole consuetudinarie (o spontanee) e pratiche sociali. La regola spontanea ha un rapporto peculiare con la pratica. Non solo si trova incorporata in una pratica sociale; essa è, almeno nella sua forma originaria<sup>92</sup>, pura pratica non verbalizzata. I membri del gruppo seguono la regola con perfetta competenza, eppure non la formulano linguisticamente né saprebbero formularla se richiesti; si tratta cioè di regole non verbalizzate. Le considerazioni antropologiche sull'origine naturale e spontanea di molte norme giuridiche si fondono qui con la categoria teorica, introdotta da Sacco in altri lavori, delle norme crittotipiche<sup>93</sup>, delle regole, cioè, che sono sprovviste di formulazione linguistica e non sono concettualizzate dagli agenti che le seguono: una dottrina completa delle fonti del diritto deve comprendere i crittotipi perché l'antropologia mostra la costante dell'esistenza in ogni comunità umana di regole spontanee che sono seguite da persone che non le formulano e non sono in grado di formularle.

Sacco cita a supporto delle proprie tesi alcune considerazioni di Hayek e uno scritto di Hare del 1960<sup>94</sup>; alle spalle di entrambe queste fonti si colloca la distinzione tracciata da Gilbert Ryle tra “sapere come” e “sapere che”<sup>95</sup>. Ryle introduce questa distinzione per mostrare che il campo in cui si esercita l'attività intelligente - retta da

---

91 Ivi, pp. 7 sgg.; vedi anche *Antropologia giuridica*, cit., p. 206-7.

92 Ivi, p. 184 sgg.

93 Vedi in particolare R. Sacco, voce *Crittotipo*, in *Digesto italiano*, vol. V, Torino, 1989.

94 Si tratta di F. Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973), Milano, 2000 e R.M. Hare, *Philosophical Discoveries*, in *Mind*, 69, pp. 145-162.

95 La distinzione si trova in G. Ryle, *Il concetto di mente* (1949), Roma-Bari, 2007, pp. 23 sgg.

regole, anziché dalla mera abitudine o da impulsi meccanici - di qualcuno è più ampio di quello costituito dalle conoscenze che quel soggetto è in grado di articolare verbalmente. Il nostro sapere come (si costruisce un aquilone o un'armonia a due voci, per esempio) non richiede necessariamente l'abilità di enunciare le regole corrispondenti.

Credo che tale distinzione fornisca la chiave per comprendere il significato della coppia 'regole non verbalizzate' / 'regole verbalizzate'. Anzitutto il sapere come assomiglia all'agire per abitudine, ma non si identifica con esso<sup>96</sup>. Vi assomiglia perché come esso costituisce una specie di seconda natura, o di natura acquisita attraverso l'addestramento, l'educazione o l'imitazione. Sapere come si gioca a scacchi, per esempio, comporta solo una disposizione a muovere i pezzi in modo conforme alle regole e ad astenersi dal muoverli nei modi che le regole vietano; non comporta invece il richiamare alla mente le regole corrispondenti (anche se ciò è ovviamente possibile, specie per un principiante). Il sapere come presuppone la pratica<sup>97</sup>: è applicando ripetutamente regole, o venendo istruiti su come farlo, che impariamo come continuare ad applicarle in futuro.

La spontaneità associata al sapere come tuttavia è di tipo diverso da quella che vediamo dispiegata nella mera abitudine. Mentre l'abitudine è una disposizione a ripetere semplici schemi di comportamento, sapere come si gioca a scacchi è una disposizione di ordine superiore, che contempla reazioni diversificate a seconda delle situazioni e persino la capacità di rispondere in modo appropriato a situazioni parzialmente nuove.

Qualcosa di simile si verifica per le regole non verbalizzate di Sacco. Anche esse non sono sempre il frutto della ripetizione costante nel tempo di condotte sempre identiche a se stesse, ma assumono talvolta la forma di conclusioni di inferenze compiute in presenza di circostanze inedite. Un esempio può forse aiutare a chiarire meglio il punto che stiamo considerando. Prima che lo sci diventasse un'attività di svago di massa nessuno si era occupato espressamente di come regolarla giuridicamente. Ma quando frotte di sciatori presero a scendere lungo piste che attraversavano fondi di proprietà altrui, le autorità competenti emanarono presto direttive che consentivano il proseguimento della pratica appena affermatasi. Qui per Sacco abbiamo un chiaro caso di come una regola possa emergere *ex abrupto* senza essere sostenuta da un uso costante e duraturo e tuttavia essere espressione di un sapere come radicato nelle pratiche e nelle disposizioni dei membri di un gruppo sociale<sup>98</sup>. Non c'è bisogno dell'uso quando è possibile individuare nei soggetti una

---

96 Ivi, p. 37.

97 Ibid.

98 L'esempio di Sacco riguarda una serie di norme emanate da autorità politiche; tuttavia egli

disposizione ad adottare regole con un determinato contenuto in presenza di una situazione nuova.

Ci siamo così imbattuti in un punto che già avevamo osservato in Vivante e che aveva suscitato più di una perplessità. Anche per Vivante regole giuridiche che hanno alcuni tratti della consuetudine possono nascere senza alcun bisogno di comportamenti ripetuti, bensì per “forza di cose”, vale a dire perché sono regole conformi alla natura delle cose<sup>99</sup>. La sola differenza è che per Rodolfo Sacco qui siamo al centro della dottrina della consuetudine e la natura delle cose come fonte di diritto vi è in qualche modo inglobata, mentre Vivante non considerava consuetudinarie le regole emergenti dalla natura delle cose (forse è più corretto dire che non aveva alcun desiderio di mettere in discussione le teorie ricevute circa il diritto consuetudinario). Inoltre dai lavori di Sacco emerge la consapevolezza che ciò che additiamo come *opinio necessitatis* non è – o almeno non è necessariamente – un atteggiamento proposizionale (credenza, volontà, intenzione che si debba fare x nella circostanza C), ma si tratta spesso di aspetti latenti di una pratica<sup>100</sup>.

## **V. Sviluppi recenti nel diritto amministrativo. Le autorità indipendenti e lo strano caso dell’organismo di diritto pubblico europeo**

---

mostra di considerarle meramente reiterative di norme consuetudinarie. A tale riguardo, si può osservare che l’amplificazione del ruolo della consuetudine operata da Sacco dipende in parte proprio dalla sua tendenza a includere nel novero del diritto consuetudinario norme autoritative per le quali è dimostrabile un nesso genetico con un uso precedente. Per questo aspetto egli manifesta un altro punto di contatto con il metodo della natura delle cose, che, come si è già detto e come si vedrà meglio *infra* (cap. IV) enfatizza il ruolo della conoscenza della genesi storica delle norme nella scienza giuridica.

<sup>99</sup> Vedi *supra*.

<sup>100</sup> Come possono essere latenti se si tratta di una pratica? Ancora una volta può aiutare il confronto con il *sapere come* di Ryle (e di coloro che lo hanno seguito in ciò). Una regola latente in una pratica può essere considerata come l’aspetto normativo di un’applicazione nuova della pratica. Naturalmente rimane aperto un quesito: perché il giurista che studia le pratiche non dovrebbe aver premura di dare una formulazione la più generale possibile della pratica di cui si occupa? Perché dovrebbe considerare una virtù l’essere il diritto in parte costituito da crittotipi? La risposta sta nell’aspetto ideologico, o se vogliamo prescrittivo, della teoria di Sacco, elemento di cui non ci si è occupati in questa sede. Ma il metodo della natura delle cose non è necessariamente vincolato ad assumere come oggetto di studio pratiche sociali non concettualizzate (come testimoniano gli appelli alla costruzione giuridica di Vivante, Ascarelli e, si vedrà subito, Merusi). La nozione di pratica sociale viceversa svolge un ruolo fondamentale in tale metodo. Sulle pratiche sociali esiste una letteratura sterminata; qui mi limito a un solo rimando a un libro recente che contiene un’eccellente analisi filosofica di questa oscura nozione, che tra le altre cose separa il concetto di pratica sociale che può interessare il sociologo da quello che interessa il filosofo (e il giurista naturalista). M. Thompson, *Life and Action*, Cambridge (MA), 2010.

1. Negli anni a noi più vicini riferimenti alla natura delle cose continuano a reperirsi sia nella dottrina commercialistica, sia più generalmente nella dottrina privatistica. E il tema continua a occupare un ruolo sia nella discussione sulle fonti, sia nella dottrina dell'interpretazione.

Nella prima direzione si collocano i lavori di Rodolfo Sacco analizzati nel paragrafo precedente e, in un modo più sfumato, le tendenze manifestate da alcuni commercialisti a esaltare l'importanza della *lex mercatoria*, quale fenomeno informale o *extra ordinem*, tra gli elementi che concorrono a formare il diritto commerciale contemporaneo<sup>101</sup>.

Nella seconda direzione, l'argomento naturalistico – o della natura delle cose – è stato recentemente rispolverato per perorare l'opportunità di una interpretazione estensiva della normativa a tutela del consumatore, di cui si propone l'applicazione anche al caso del piccolo imprenditore<sup>102</sup>.

Questi indirizzi si collocano nel solco di una tradizione i cui aspetti più interessanti sul piano teorico ho cercato in parte di sviscerare nei paragrafi precedenti. Una novità interessante invece è costituita dall'esordio del metodo della natura delle cose nel campo della dottrina di diritto amministrativo, che avviene in particolare grazie alla spinta di Fabio Merusi.

Oltre che inedita, l'estensione del metodo della natura delle cose allo studio del

---

101 L'opera di riferimento sul tema in Italia è F. Galgano, F. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010; vedi anche F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., che è un testo di storia del diritto commerciale, ma contiene numerose considerazioni sul ruolo della *lex mercatoria* nel diritto commerciale contemporaneo. Qui il nesso con il metodo della natura delle cose è meno plateale perché la *lex mercatoria* non è esplicitamente rubricata come un complesso di soluzioni giuridiche che sono espressione della reale natura dei rapporti commerciali. Nondimeno ci sono indizi forti di una affinità tra chi annovera la *lex mercatoria* e chi invece la natura delle cose tra le "fonti" del diritto commerciale. In entrambi i casi un posto chiave è attribuito all'esistenza di prassi contrattuali uniformi che manifestano un largo consenso tra gli operatori economici. In entrambi i casi questo genere di convergenza è percepito come espressione di qualcosa che accomuna gli operatori (in Vivante e Asquini è la comune "adesione" alla pratica o all'istituto; in Galgano l'appartenenza a una medesima *societas mercatorum*). In entrambi i casi, infine, queste considerazioni incorporano una componente valutativa. Per esempio, come per Vivante l'uniformità dei contratti manifesta un ordinamento vigoroso, cauto e completo, così per Galgano essa è apprezzabile per la sua tendenziale universalità e per il carattere non dispotico (vedi Galgano, ult. cit., p. 286).

102 Cfr. R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contratto e impresa. Europa*, 3, 2003, pp. 715 sgg., il quale sostiene che le norme a tutela del consumatore quale contraente debole andrebbero estese anche al piccolo imprenditore, perché (i) anche in quel caso sussistono le medesime condizioni sostanziali (disparità economica e di informazione) e (ii) per il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. (ringrazio Silvia Zorzetto per avermi segnalato questo lavoro).

diritto amministrativo può apparire sorprendente. Che ci sia un legame tra diritto privato e il genere di argomenti che sono stati raggruppati sotto l'etichetta della 'natura delle cose', infatti, è un fatto che sembra di poter spiegare piuttosto intuitivamente. Sin qui è apparso che il contenuto di un diritto conforme alla natura delle cose è costituito da norme che sorgono – o sono inferite – dalla pratica dei privati. La spiegazione intuitiva corre dunque in questo modo: la parte del diritto ascrivibile alla natura delle cose sarà necessariamente costituita da norme di diritto privato, anziché da norme di diritto pubblico, e in particolare amministrativo: che cosa infatti è più lontano dalle prassi spontanee dei membri di una comunità e dall'idea di un diritto che è latente “nelle cose” della organizzazione amministrativa e burocratica di uno stato?

Questa spiegazione mostra qualche incrinatura in tutti i casi in cui lo stato iscrive nel proprio campo di azione la regolamentazione di alcuni settori dell'attività economica dei privati. Supponiamo che uno stato subordini alla concessione di un'autorizzazione governativa la costituzione di società di capitali, ma non di società di persone. Se siamo giuristi naturalisti e riteniamo che la distinzione tra i due tipi di società debba essere tracciata seguendo una “nervatura naturale”<sup>103</sup>, quale la diversa funzione economica che essi svolgono indotta dalle diverse pratiche sociali in cui si trovano esemplificati, riterremo per conseguenza che il campo di applicazione della norma che prescrive l'autorizzazione debba essere determinato seguendo le stesse linee. In questo caso la conclusione circa la rilevanza della natura delle cose per il diritto pubblico dipenderebbe dal fatto che i concetti impiegati dal legislatore per delimitare il campo d'azione di un'autorità pubblica sono del tipo adeguato a un'analisi “naturalistica”.

In questo esempio la norma di diritto pubblico stabilisce un onere che sorge in determinate circostanze e il ricorso alla natura delle cose serve a stabilire se ci troviamo nelle circostanze appropriate oppure no. Ma si supponga che il legislatore percorra una via diversa e attribuisca a un organo statale il potere di decidere quali società di capitali possano essere assoggettate a qualche forma di intervento amministrativo e il tipo di intervento adeguato. Qui il verificarsi delle circostanze appropriate (per esempio, la circostanza che esiste, o qualcuno intende costituire, una società per azioni) indica che l'organo può esercitare il potere in questione, mentre un problema ulteriore è quello di stabilire come debba essere determinato il contenuto degli atti di esercizio di tale potere.

La differenza rispetto al primo caso è la seguente: mentre allora l'onere di ottenere un'autorizzazione costituiva la conseguenza giuridica stabilita autoritativamente di una fattispecie contenente concetti suscettibili di una interpretazione in termini di

---

103 Vedi Platone, *Fedro*, 265d.

natura delle cose, ora il meccanismo prescelto e quello di attribuire a un organo il potere di decidere come disciplinare la medesima fattispecie. L'organo potrebbe decidere, per esempio, di istituire controlli o di includere d'imperio alcune clausole contrattuali in aggiunta o in sostituzione di quelle introdotte dai contraenti. Il giurista naturalista potrebbe suggerire che lo scopo di simili norme attributive di potere è quello di far sì che gli organi regolino la materia adottando soluzioni che sono a loro volta giustificabili facendo appello alla natura delle cose. In altri termini, posto che la fattispecie – come nel primo caso – deve essere determinata con riferimento alla natura delle cose, mentre la conseguenza – diversamente dal primo caso – non è fissata autoritativamente, ma è lasciata alla discrezionalità dell'organo amministrativo, il suggerimento è che anche la determinazione delle conseguenze debba basarsi sulle stesse considerazioni che hanno permesso di stabilire il campo di azione dell'organo. Poiché la fattispecie è naturalisticamente ben fondata, circoscrive cioè un settore economicamente omogeneo, una buona conoscenza della “logica” interna a quel settore dell'attività economica consente anche di individuare le soluzioni più sagge<sup>104</sup>. Questa suggestione trae ulteriore linfa quando il potere è attribuito a tecnici in qualche misura sottratti al controllo e alla direzione di organi politici.

È più o meno questa la lettura che Merusi e Passaro offrono del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti<sup>105</sup>. Di autorità indipendenti si è incominciato a

---

104 Così Merusi e Passaro, che parlano di “logica del settore da regolare” (F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 9). Questo argomento è soggetto a due obiezioni la cui trattazione completa è opportuno lasciare a una fase successiva del lavoro. La prima obiezione è che l'argomento incorre in una fallacia naturalistica. Dal fatto che il potere dell'organo riguarda una materia che identifichiamo sulla base della sua natura funzionale non consegue che l'organo debba contribuire con i suoi provvedimenti alla realizzazione di quella funzione. La seconda obiezione è che se accettassimo l'argomento la sola conclusione ammissibile per l'organo sarebbe quella di restare inerte o di ratificare lo *status quo*. Se infatti la determinazione della fattispecie dipende dalla funzione di ciò a cui i concetti si riferiscono e questa funzione viene stabilita sulla base di una pratica uniforme degli agenti sociali, ne consegue che i soli provvedimenti corretti sarebbero quelli che dicono di fare ciò che già si fa. Per esempio l'organo potrebbe stabilire come clausole necessarie di un certo tipo di contratti solo le clausole che già sono contenute in quel tipo di contratti. Se un certo gruppo di contratti che intendiamo ascrivere a quel tipo mancasse di quella clausola, probabilmente la mossa più ragionevole sarebbe di rivedere la nostra classificazione, sostenendo che si tratta di un sotto-gruppo che svolge una funzione (in parte) diversa, sicché il provvedimento più conforme alla funzione del sotto-gruppo è quello che lo dispensa dall'integrazione automatica della clausola. Se invece nessuna pratica uniforme si dà, allora è il primo passaggio dell'argomento a cadere: manca l'elemento su cui facevamo affidamento per stabilire la funzione dell'istituto. Come ho detto, rimando la discussione di obiezioni di questo tipo a un capitolo successivo, il quarto.

105 F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, cit. Vedi anche F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, pp. 65-72 e Id., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione*

parlare nel nostro ordinamento a partire dagli anni novanta del secolo scorso, quando alcune funzioni della pubblica amministrazione sono state attribuite a organi dotati di un certo grado di indipendenza dal potere degli organi politici (in particolare dal governo e dal parlamento). Nell'introduzione del loro breve libro su questo tema gli autori cercano di rendere conto del tratto caratteristico dell'indipendenza di queste autorità, affermando che esse sono "create in odio alla politica, perché eseguono non solo i precetti delle leggi che le regolano, spesso confusi e generici, ma soprattutto soddisfano le esigenze che provengono dalla materia che debbono regolare"<sup>106</sup>. Difficilmente questo passo potrebbe essere letto come una definizione di 'autorità amministrative indipendenti' di qualche utilità per il giurista in cerca di uno strumento per individuare le autorità indipendenti presenti in un certo ordinamento. Una strada più sicura parrebbe quella di enumerare le differenze specifiche delle amministrazioni indipendenti rispetto a quelle che indipendenti non sono. Gli autori riconoscono questa esigenza menzionando quattro caratteristiche specificanti: la personalità giuridica; la peculiarità nel procedimento e nei requisiti soggettivi richiesti per la nomina dei vertici; l'autonomia finanziaria; l'autonomia contabile e organizzativa<sup>107</sup>.

Essi non ritengono tuttavia che sia possibile considerare queste quattro caratteristiche come criteri indefettibili di identificazione della autorità indipendenti, perché non tutte le autorità che egli tratta come membri della categoria presentano queste caratteristiche congiuntamente; per esempio sono prive di personalità giuridica il Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità antitrust, mentre ce l'ha la Consob i cui vertici però sono nominati dal governo con un procedimento che è comune ad amministrazioni non indipendenti. Introducendo un lessico che dovremo discutere approfonditamente tra poco Merusi e Passaro affermano che tali caratteristiche sono piuttosto "elementi sintomatici" dell'indipendenza: esse indicano la presenza nell'amministrazione del tratto dell'indipendenza, ma non si identificano con questa. Dunque, da un lato, la personalità giuridica, l'autonomia finanziaria, ecc. fanno sospettare allo studioso che l'organo di cui si sta occupando sia un'amministrazione indipendente, ma ricerche ulteriori sono necessarie per stabilire se in quelle amministrazioni l'indipendenza sia effettivamente presente; dall'altro nulla consente di escludere in linea di principio che si diano amministrazioni indipendenti "asintomatiche" o con sintomi attenuati.

In cosa consiste dunque l'essenza dell'indipendenza, o come possiamo scoprire,

---

*comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 1997, pp. 40-41.

<sup>106</sup> F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 7.

<sup>107</sup> Ivi. p. 69. In un'altra occasione Merusi si occupa di quello che sembra essere una quinta – e più importante – caratteristica specificante della autorità indipendenti e cioè l'attribuzione di poteri di regolazione, che tuttavia non figura nell'elenco di cui ci stiamo occupando (vedi *infra* nota 112).

per esprimerci nella maniera di Merusi e Passaro, quali autorità sono *vere* autorità indipendenti<sup>108</sup>? La soluzione degli autori consiste nel mettere in relazione l'indipendenza con la "logica delle cose": anzitutto le autorità indipendenti sono costituite per *rispondere* a ben specifiche esigenze che emergono in qualche ambito di attività umana. Questa tesi ha alcuni casi di applicazione potenzialmente chiari: se un'autorità fosse costituita dietro pressione di qualche gruppo sociale che ambisce a gestire quote di potere, ma nessuna ragione obiettiva fosse adducibile per la sua esistenza, essa andrebbe esclusa dal novero delle autorità indipendenti, anche se ne presentasse alcuni "sintomi". Nondimeno si tratta di una tesi problematica e, tutto sommato, alquanto oscura. Ce ne rendiamo conto non appena cerchiamo di specificare quali siano per Merusi e Passaro le fonti delle esigenze obiettive che danno ragione dell'esistenza di autorità indipendenti. Il loro repertorio linguistico fa pensare a esigenze che hanno i contorni stabili di fenomeni naturali: si tratta di esigenze pertinenti alla materia o al settore da regolare come tali, e perciò preesistono al diritto, che reagisce adeguatamente alla loro presenza istituendo organi che non rispondono per il merito delle loro decisioni alle istituzioni politiche. Gli autori imboccano decisamente questa direzione quando alludono, sia pure con qualche riserva, alla possibilità di stabilire le questioni rilevanti in alcune di queste materie con il solo ausilio delle scienze economiche<sup>109</sup>. Ma le cose sono molto più complesse: le esigenze che stanno alla base delle autorità indipendenti, e della loro indipendenza del potere politico, sono, almeno in alcuni casi, platealmente giuridiche: così, c'è poco di naturale nella richiesta proveniente da un organismo sovranazionale di tutelare un'effettiva concorrenza anche tramite l'istituzione di una specifica *authority*, oppure nell'esigenza di tutelare o bilanciare diritti garantiti dalla Costituzione (come avviene per l'autorità garante della privacy o per quella sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali).

Alla luce di queste considerazioni, di cui Merusi e Passaro rendono ampiamente conto nel loro breve libro<sup>110</sup>, l'idea che qui abbiamo a che fare con esigenze pre-giuridiche, radicate nelle cose e via dicendo, perde molto del suo eventuale fascino; per lo meno diventa difficile credere che il riconoscimento di un simile fatto, anziché la presa d'atto di una richiesta da parte di norme provenienti da una fonte gerarchicamente sovraordinata alla legislazione, sia alla base dell'istituzione delle autorità indipendenti.

Tuttavia la tesi del radicamento nella logica delle cose delle autorità indipendenti ha anche un'altra faccia che occorre prendere in considerazione. Queste autorità

---

108 Ibid.

109 Ivi, p. 84.

110 Ivi, p. 9 e *passim*.



sorgono perché un legislatore le istituisce in applicazione di qualche norma di rango superiore, ma esse traggono i loro tratti strutturali e funzionali salienti dalle esigenze del settore che devono regolare. Da questo punto di vista, quindi, le autorità indipendenti “eseguono non solo i precetti delle leggi che le regolano, spesso confusi e generici, ma soprattutto soddisfano le esigenze che provengono dalla materia che debbono regolare”<sup>111</sup>. L’aderenza alla logica delle cose non si manifesterebbe quindi tanto nella istituzione, quanto nella concreta configurazione delle autorità indipendenti, cosicché il compito del giurista non è solo di elencare le norme che prevedono autorità di questo tipo ed eventualmente il modo in cui la loro applicazione si è evoluta nella prassi, ma di spiegare il nesso tra il modo di funzionare delle autorità indipendenti e i settori di attività in cui esse incidono<sup>112</sup>.

2. Merusi fa una seconda applicazione del metodo della natura delle cose trattando di un istituto giuridico del diritto europeo: l’organismo di diritto pubblico. Il Consiglio dell’Unione europea introdusse il concetto di organismo di diritto pubblico nella direttiva 89/440 (poi sostituita dalla direttiva 93/37) relativa alla disciplina degli appalti di lavori pubblici, il cui art. 1 elenca i tre possibili casi di Amministrazioni aggiudicatrici che sono soggette alle procedure previste dalla stessa direttiva. Esse sono lo stato, gli enti pubblici territoriali e, appunto, gli organismi di diritto pubblico, definiti come organismo: i) istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; ii) dotati di personalità giuridica; iii) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

---

111 Vedi nota 98.

112 Un esempio di come Merusi adempie a questo compito della scienza giuridica è costituito dalla sue considerazioni sui c.d. poteri di regolazione di alcune autorità. Gli atti di regolazione “sono atti sostitutivi di negozi privati. La pubblica amministrazione, *sub specie* di autorità amministrativa indipendente, fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative”. Ciò che legittima i poteri di regolazione dell’Autorità antitrust è “la libertà economica riconosciuta da una norma di rango costituzionale”; nondimeno il fatto che tale libertà sia tutelata mediante, tra l’altro, atti di regolazione dipende unicamente dal fatto che ci si trova in settori fisiologicamente caratterizzati dall’attività negoziale dei privati e in casi specifici (patologici) in cui tale attività manca o è limitata. Dunque, se l’esistenza del potere si inferisce da una norma giuridica, la determinazione del tipo di potere è insita nelle cose. Vedi F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., pp. 69-70.

In questo modo il legislatore europeo obbligò i legislatori nazionali a prevedere una medesima disciplina per l'affidamento di appalti di lavori pubblici sia per soggetti appaltanti che i diritti nazionali considerano pubblici, sia per soggetti di diritto privato che, tuttavia, presentano le tre caratteristiche sopra specificate. Tra le varie interpretazioni proposte, quella accolta da Merusi è che con questa direttiva l'Unione europea abbia adottato un concetto di pubblicità di un ente potenzialmente confliggente con i concetti adottati negli ordinamenti dei paesi membri e, stante il primato riconosciuto al diritto europeo dalle varie giurisdizioni nazionali, destinato a prevalere su questi<sup>113</sup>.

Ma non si tratta soltanto della presenza di due criteri confliggenti per affermare o negare la pubblicità di un ente. Merusi ritiene che tra le nozioni degli stati membri e quella europea ci sia una asimmetria, perché attraverso l'introduzione dell'organismo di diritto pubblico il diritto europeo ha cercato di "cogliere la natura della cosa pubblica"<sup>114</sup>, mentre, si può inferire *a contrario*, le nozioni degli stati non fanno lo stesso.

A prima vista il ricorso alla natura delle cose appare piuttosto curioso e stonato in questo contesto. Un'obiezione efficace alla tesi di Merusi è stata proposta in un recente articolo sul nostro tema: dal momento che il legislatore comunitario "per procedere alla creazione di un mercato concorrenziale europeo degli appalti pubblici, ha provveduto a introdurre e a *definire* la nozione giuridica di organismo di diritto pubblico, enucleandone le *caratteristiche specifiche* di riconoscimento" non si vede perché accreditare il modo di procedere del Consiglio europeo di una speciale aderenza alla natura delle cose, a meno di assumere apoditticamente che sottoscrivere l'obiettivo di avere un mercato concorrenziale sia ciò che la natura delle cose ci chiede di fare<sup>115</sup>.

Il succo dell'obiezione è il seguente: nella tecnica legislativa adottata in questa

---

113 V. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni*, in Id. *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 80. La principale interpretazione alternativa, che ricavo sempre da Merusi, sostiene che la disciplina introdotta dal Consiglio non influisce sulla qualificazione del soggetto (che continua a doversi ritenere pubblico o privato alla stregua dei parametri nazionali), ma si limita a stabilire, limitatamente all'affidamento di appalti di lavori pubblici, che enti pubblici e privati devono osservare le medesime procedure se presentano determinate caratteristiche. Non sono sicuro di aver compreso quali diverse conseguenze queste due interpretazioni importino; è tuttavia interessante osservare che l'accoglimento della prima interpretazione, insieme alla spiegazione che fornirò subito nel testo, si accompagna all'affermazione che la nozione europea di pubblicità serve da strumento di ricostruzione sistematica, serve cioè a discriminare tra enti pubblici e privati anche al di là dell'ambito di applicazione della direttiva (vedi F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione*, cit., p. 41).

114 F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 85

115 L. Patruno, *La "natura delle cose"*, (saggio online, URL <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Patruno-Natura.pdf>), p. 24 (enfasi aggiunte).

direttiva non c'è nessuna peculiarità che incoraggi l'impiego del metodo della natura delle cose da parte dell'interprete. L'analisi del linguaggio della direttiva rende l'obiezione anche più plausibile. Non solo la direttiva contiene una lista di criteri (i tre che ho elencato sopra) che devono essere soddisfatti congiuntamente (in altre parole, una definizione di 'organismo di diritto pubblico'), ma dice anche poco sotto che si tratta di *criteri*, e mira a restringere la discrezionalità dell'interprete cercando di fornire anche ciò che potremmo chiamare una definizione estensionale di 'organismo di diritto pubblico', cioè elenchi, che "devono essere quanto più completi possibile" degli organismi di diritto pubblico.

Ma Merusi impiega un lessico in parte diverso: per lui i punti della direttiva sono criteri, ma anche sintomi o indici dell'organismo di diritto pubblico<sup>116</sup>. Come le autorità indipendenti, anche gli organismi di diritto pubblico sarebbero dunque da identificare risalendo dai sintomi alla "cosa". Credo che questo modo di esprimersi sia tra gli indicatori più interessanti di come Merusi intende il metodo della natura delle cose, anche se per comprenderlo adeguatamente sono necessari alcuni chiarimenti.

Anzitutto Merusi parla indifferentemente di criteri e sintomi, ma alcuni filosofi che si sono occupati di queste cose li hanno trattati come concetti nettamente distinti e in qualche caso opposti. Sintomi e criteri sono distinti anzitutto perché dei primi si parla solo in relazione a questioni fattuali (l'esempio tipico è la diagnosi di una malattia a partire dai sintomi), mentre i secondi servono a una quantità di scopi diversi (si può ricorrere a un criterio per stabilire se un paziente ha o no una certa malattia di cui presenta sintomi, per valutare la prova di un candidato a un concorso pubblico, per sapere quando è corretto usare una parola, ecc.). La seconda, più significativa, differenza è che i criteri a differenza dei sintomi hanno sempre una dimensione normativa: dire che *c* è un criterio per asserire *p* significa indicare uno standard per il corretto proferimento di *p*.

Secondo i filosofi, un contesto caratteristico in cui facciamo uso di criteri è quello in cui desideriamo stabilire se un concetto si applica o no in un certo caso. Se per esempio vogliamo stabilire se un certo oggetto è bello utilizziamo alcuni criteri (che possono variare a seconda del tipo di oggetto), mentre ne utilizziamo altri per stabilire se è utile. Oppure possiamo affidarci a uno o più criteri per decidere se una norma giuridica è valida oppure no<sup>117</sup>. Questo schema potrebbe agevolmente applicarsi al

---

116 V. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni*, cit.

117 Quest'ultimo esempio è tratto da H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, pp. 118 sgg. ed è particolarmente illuminante circa la questione del carattere normativo dei criteri. Come è noto infatti per Hart la risposta alla questione se una norma sia valida o no dipende dai criteri autoritativi forniti da una norma, e segnatamente dalla regola di riconoscimento di un sistema giuridico). Un altro esempio spesso ricordato dai filosofi che si sono occupati del tema dei criteri è la trattazione dei criteri per 'buono' che si trova nel capitolo 6 di R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1952.

concetto di organismo di diritto pubblico contenuto nella direttiva 440/89; in essa le caratteristiche dell'interesse pubblico, della personalità giuridica e del finanziamento maggioritario da parte dello stato possono considerarsi come i criteri (o meglio la loro congiunzione come il criterio) per la corretta applicazione del concetto di organismo di diritto pubblico – e per l'affermazione delle conseguenze giuridiche che da ciò dipendono.

In questi esempi non avrebbe senso parlare di sintomi. La bellezza di un oggetto, la validità di una norma giuridica o il predicato 'organismo di diritto pubblico' secondo la spiegazione abbozzata non sono stati di cose o condizioni che possano manifestarsi con particolari sintomi. In altri casi, anch'essi studiati dai filosofi analitici, possiamo invece rendere conto di certe nostre affermazioni sia fornendo criteri, sia adducendo sintomi. Così, per riprendere un noto esempio di Wittgenstein, se alla domanda "Perché dici che questa persona ha un'angina?" rispondiamo "ho trovato un certo bacillo nel suo sangue" stiamo dando un criterio (o, come precisa poco dopo l'autore, il criterio di definizione dell'angina), mentre se rispondiamo "ha la gola infiammata" stiamo dando un sintomo<sup>118</sup>. Come spesso avviene per Wittgenstein, queste osservazioni hanno generato interpretazioni contrastanti; pur tenendo conto di questi dubbi esegetici un punto sembra piuttosto chiaro: mentre il criterio ha a che fare con il concetto di angina il sintomo è un'apparenza esterna dell'angina, intesa come una certa patologia dell'organismo. Il collegamento tra sintomi e patologie è un'ipotesi empirica, mentre affermare "Uno ha un'angina se in lui si trova questo bacillo" è una tautologia o è un modo irrigoroso di formulare la definizione di 'angina'<sup>119</sup>. Wittgenstein aggiunge che talvolta la distinzione fra sintomi e criteri è sfumata e che gli uni transitano frequentemente negli altri; ciononostante essi rimangono in linea di principio termini antitetici.

Merusi però non sembra fare alcuna distinzione tra sintomi e criteri. È il caso di chiedersi se questa posizione sia solo frutto di una scarsa attenzione per le sottigliezze del linguaggio, oppure di una scelta consapevole. Qualche elemento per propendere per la seconda ipotesi non manca. Secondo l'autore il giudice che deve decidere se un dato "centro di imputazione" è un organismo di diritto pubblico oppure no deve ricorrere a una tecnica "non normativa", che consiste in una "ricostruzione di fatti"<sup>120</sup>. Chiaramente questa tecnica consiste nell'applicazione del (presunto) triplice criterio per l'organismo di diritto pubblico; ora, ciò che occorre notare è che per Merusi l'attributo 'normativo' non conviene al presunto criterio. Ho già detto che l'elemento della normatività è indissolubile dal concetto di criterio come inteso

---

118 L. Wittgenstein, *Libro blu e libro marrone* (1958), Torino, Einaudi, 1983, p. 36-37.

119 Ivi, p. 37.

120 F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione*, cit., p. 42.

comunemente dai filosofi e probabilmente anche nell'uso ordinario, sicché l'argomento di Merusi sembra proprio indicare che i punti della direttiva non devono essere letti come criteri. Sono solo sintomi? In realtà si tratta di "sintomi" la cui compresenza è indice sicuro del carattere pubblico di un ente: se le indagini del giudice lo inducono a ritenere che i sintomi ci sono, allora egli deve senza dubbio applicare la norma. Diversamente dai sintomi di cui si parla in medicina qui non ci sono test dirimenti per confermare o cambiare la diagnosi; il che equivale a dire che non c'è alcuna differenza tra il modo in cui funziona un sintomo di un organismo pubblico e un criterio. Se lo stato detiene una *golden share* di un ente dotato di personalità giuridica che svolge un'attività di interesse pubblico e un giudice nega a questo ente la qualifica di organismo di diritto pubblico abbiamo sufficienti informazioni per dire che il giudice si sta sbagliando.

Quindi Merusi parla deliberatamente di sintomi per alludere a un carattere "fattuale" anziché "normativo" della questione di cui si sta occupando. Ma quando si tratta di applicare la direttiva sugli appalti non è affatto chiaro in che senso la questione sia fattuale e non normativa. Ciò che il giudice *deve* fare è controllare che nel caso di specie siano presenti i tre elementi elencati dalla direttiva e applicarla qualora il controllo dia esito positivo<sup>121</sup>. Quali che siano le ragioni per cui il legislatore europeo ha menzionato quelle e non altre caratteristiche, ciò che conta è che esse sono diventate i criteri (normativi) decisivi per determinare l'applicabilità della direttiva. La conclusione sembra essere la seguente: benché Merusi equipari sintomi e criteri con consapevolezza, l'affermazione che siamo di fronte a una tecnica non normativa non fa alcuna differenza per il modo di operare del giudice e quindi è futile parlare di sintomi.

Ho l'impressione che nel caso dell'organismo di diritto pubblico questa conclusione sia molto plausibile, almeno alla luce degli argomenti proposti da Merusi; tuttavia occorre resistere alla tentazione di generalizzare tale soluzione senza ulteriori approfondimenti. Dopo tutto l'idea che ci siano concetti per cui la distinzione tra sintomi e criteri non regge è piuttosto diffusa in alcuni orientamenti filosofici odierni<sup>122</sup> che rivendicano di avere conquistato una posizione più avanzata rispetto

---

121 Merusi avrebbe bisogno di un argomento che mostri che non solo l'accertamento della presenza dei tre elementi nel caso di specie, ma anche la decisione di attribuire la qualificazione di organismo di diritto pubblico in presenza dei tre elementi sia (anche) *quaestio facti*. Ma non mi sembra che egli abbia un argomento simile: esso comporterebbe tra l'altro che la lista degli elementi contenuta nella norma europea sia modificabile, in linea di principio, alla luce di indagini più approfondite o di teorie migliori.

122 Ed è stata affermata con riferimento ai concetti del diritto da M.S. Moore, *A Natural Law Theory of Interpretation*, in *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 277 sgg.

alle teorie semantiche “criteriali” nate intorno alla metà del secolo scorso<sup>123</sup>. Di queste tesi dirò nel capitolo quarto, in quanto possono contribuire a spiegare alcuni aspetti del metodo della natura delle cose. La teoria di Merusi sull’organismo di diritto pubblico, da questo punto di vista, pur essendo viziata – come credo – da difficoltà insuperabili, rimane un esempio interessante di una tendenza a considerare alcuni concetti giuridici come nomi di “sostanze” che lasciano tracce o prove nella realtà empirica, delle quali legislatori e giuristi muovono all’esplorazione<sup>124</sup>. E in questa caratterizzazione è possibile leggere una prima e provvisoria sintesi del metodo della natura delle cose, o per lo meno dei suoi spigoli più vivi.

---

123 Il riferimento va soprattutto a due celebri lavori: S. Kripke, *Nome e necessità*, Torino, 1982 e H. Putnam, *Il significato di ‘significato’*, in Id. *Mente, linguaggio e realtà*, Milano, 1987, pp. 239-297.

124 Ho usato termini che anche nel dibattito dottrinario hanno fatto capolino; è il caso di ‘sostanza’, richiamata dall’aggettivo ‘sostanzialistico’ con cui uno studioso di diritto europeo, Gian Claudio Spattini, ha bollato l’approccio di Merusi e della Corte di Giustizia europea (vedi G.C. Spattini, *“Vere” e “false” golden shares nella giurisprudenza comunitaria. La deriva “sostanzialista” della Corte di giustizia, ovvero il “formalismo” del principio della “natura della cosa”*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit.,1, 2008, pp. 303 sgg.) . Di *sostanza reale* del diritto aveva già parlato Angelo Falzea in riferimento ad alcune concezioni del diritto: vedi A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima*, Milano, 1992, secondo cui la cifra di queste concezioni è di “desumere il contenuto normativo [...] dalle situazioni esterne alle quali le proposizioni giuridiche si riferiscono”. Ma anche tra i filosofi del diritto si trovano descrizioni di tesi simili. Vedi L. Gianformaggio, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell’istituzione*, cit., la quale pure parla di tesi che concepiscono le istituzioni sociali come il riferimento linguistico di norme giuridiche; C. Luzzati, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, cap. II, che efficacemente parla di una “retorica della concretezza” che ha bisogno di dotare il diritto di un “sostrato materiale”. Tutti questi autori hanno in mente, oltre alla dottrina della natura delle cose, l’istituzionalismo giuridico. Sull’istituzionalismo giuridico vedi G. Lorini, *Dimensioni giuridiche dell’istituzionale*, cit.

*Usi giudiziali e tecniche dell'argomentazione giuridica*

**I. Metodo della natura delle cose e interpretazione del diritto**

Molti dei problemi che caratterizzano la scelta e l'applicazione del metodo della natura delle cose possono essere descritti *lato sensu* come problemi interpretativi (in diversi sensi di 'interpretazione'). Alcuni esempi. L'affermazione che le autorità amministrative indipendenti rispecchiano la "logica delle cose" presuppone una interpretazione peculiare di un fenomeno emerso nel diritto amministrativo nell'ultimo scorcio del secolo scorso, che ne enfatizza alcuni aspetti (l'essere queste autorità dotate di poteri di regolazione in materie dotate di una spiccata dimensione tecnica) e ne oscura altri (il fatto che esse sono costituite in ottemperanza a norme gerarchicamente superiori che prescrivono la tutela di determinati valori). Si offre un'interpretazione del complesso di norme che costituiscono il diritto commerciale se si dice che esse sorgono in continuità con la pratica commerciale e vanno applicate/interpretate/integrate alla luce di questa. Ancora, è un'interpretazione di alcune disposizioni giuridiche la tesi secondo cui la natura delle cose è una fonte del diritto implicitamente ammessa dal legislatore. In questi casi ci troviamo di fronte a interpretazioni di fenomeni giuridici, di settori dell'ordinamento o di discorsi del legislatore che conducono ad affermare che il metodo della natura delle cose è un metodo opportuno, plausibile o ammesso.

Queste interpretazioni sono interessanti nell'economia di questo lavoro perché ci consentono di afferrare l'immagine del diritto (o di alcune sue parti) che è sottesa alla scelta di metodo dei giuristi naturalisti e che è talora esplicitamente addotta come giustificazione di tale scelta. Non è di esse tuttavia che intendo occuparmi nel presente capitolo. In questo contesto 'interpretazione' sarà inteso, secondo l'accezione più comune tra giuristi e teorici del diritto, come attribuzione di significato a enunciati normativi (e come il risultato di tale attribuzione)<sup>1</sup>. Dunque non fanno parte

---

<sup>1</sup> Come ho detto, questa nozione di interpretazione è largamente diffusa sia tra i teorici del diritto, sia tra i giuristi. La forma in cui la presento è tributaria soprattutto delle elaborazioni di G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992 e Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004. Per l'uso di 'enunciati normativi' anziché del più comune 'disposizioni' (che è stato introdotto nel lessico della teoria dell'interpretazione giuridica da Guastini) mi rifaccio a V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 57 (nota 40). Ma tra i filosofi del diritto si trovano anche accezioni più ampie, secondo cui oggetti di interpretazione giuridica sono la "pratica giuridica" nel complesso o la "storia

dell'oggetto di questa parte dell'analisi le interpretazioni di fenomeni o settori del diritto<sup>2</sup> che stanno alla base della scelta del metodo della natura delle cose.

Non solo i fatti storici come la nascita e la diffusione delle autorità indipendenti e i settori del diritto come il diritto commerciale non sono enunciati (e quindi esulano dalla nozione di possibili oggetti di interpretazione nel senso di 'interpretazione' qui accolto)<sup>3</sup>, ma, soprattutto, le interpretazioni di quegli oggetti che ho formulato negli esempi non possono essere intese come attribuzioni di significati nello stesso senso in cui lo sono le interpretazioni di enunciati normativi. Seguendo una impostazione delineata con chiarezza da Letizia Gianformaggio in un saggio sull'interpretazione della costituzione, si può infatti distinguere tra interpretazioni che sono attribuzioni di significato a particolari enunciati e interpretazioni che esplicitano la nostra comprensione di un certo oggetto: parlando del caso studiato da Gianformaggio, si interpreta nel primo senso quando si dice che l'espressione 'tutti i cittadini' contenuta nell'art. 3 della Costituzione italiana significa 'tutte le persone'; si interpreta nel secondo senso quando si dice che la Costituzione italiana contiene le norme fondamentali che esprimono i valori cardine del nostro ordinamento<sup>4</sup>.

---

istituzionale". Queste accezioni ampie (che si trovano per esempio in R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, 1986 e J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2009) consentono di considerare genuinamente interpretativi anche molti dei problemi summenzionati, ma hanno il difetto di non attribuire sufficiente autonomia a un'attività chiaramente peculiare dei giuristi, come è quella dell'interpretazione degli enunciati normativi (nel senso che spesso i giuristi interpretano enunciati particolari senza preoccuparsi di allegare un'interpretazione della pratica giuridica nel complesso o della storia istituzionale).

2 Sulla distinzione tra interpretazione di testi e interpretazione di altre cose (atti, eventi) vedi soprattutto R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 2-3.

3 A meno ovviamente di intendere un settore del diritto come un insieme di enunciati normativi. Tuttavia credo sia evidente dall'analisi fatta nel primo capitolo che quando il metodo della natura delle cose è applicato a un settore del diritto (come il diritto commerciale, o il diritto agrario), 'settore' non è inteso come un insieme di enunciati. A parte il fatto che nel settore rientrano anche norme, come quelle consuetudinarie, che sono prive di una formulazione linguistica standard, c'è infatti da dire che quando è proposto come oggetto del metodo della natura delle cose un settore o un comparto del diritto è inteso come un complesso di elementi dotati di una certa unità (funzionale, genetica, ecc.) e quindi non di materiali "grezzi" come sono gli enunciati da interpretare.

4 L. Gianformaggio, *L'interpretazione della costituzione*, in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., in part. pp. 173-175. L'autrice precisa peraltro che "le due accezioni vanno distinte, ma non vanno tenute separate: al contrario. Il primo punto da stabilire [...] è il seguente: non si può sensatamente porre un problema di interpretazione della costituzione nel primo senso [...] se non dopo aver fatto chiarezza sul problema della interpretazione della costituzione nel secondo senso [...] di attribuzione di funzione, valore, ruolo alla costituzione nel sistema giuridico e politico-sociale". Come vedremo, uno degli obiettivi di questo capitolo è appunto mostrare come le tecniche di interpretazione collegate al metodo della natura delle cose dipendono dalla comprensione del diritto (meglio, di un ordinamento giuridico, o di alcune sue parti) che a questo metodo si accompagna.



Per uno studio sul ruolo della natura delle cose nell'argomentazione giuridica il senso di 'interpretazione' da tenere presente è soprattutto il primo. Si tratta infatti di chiarire che tipo di tecnica interpretativa sia il richiamo alla natura delle cose, cioè in che modo esso contribuisca alla determinazione del significato di enunciati normativi<sup>5</sup>. Ciò non esclude peraltro che in alcuni casi si debbano prendere in considerazione anche interpretazioni nel secondo senso, quando queste sono essenziali per comprendere il ragionamento del giudice e, in particolare, il suo richiamo alla natura delle cose. Così, quando un giudice si serve di un argomento sistematico per interpretare un enunciato, e lo fa appellandosi alla natura delle cose, la comprensione del suo ragionamento richiede che sia esplicitato il fatto che il giudice interpreta – in senso lato – il sistema di riferimento come un frammento del diritto naturalisticamente ben fondato; altrimenti non saremmo in grado di afferrare il nesso tra natura delle cose e argomento sistematico. In queste pagine, in ogni caso, anche quando interpretazioni del secondo tipo vengono in rilievo esse sono intese come parte della spiegazione; l'*explanandum* invece è sempre la tecnica che il giudice usa per interpretare (in senso stretto) un enunciato giuridico attraverso un richiamo alla natura delle cose.

L'analisi sarà condotta tenendo presente diversi esempi tratti dalla giurisprudenza giudiziale italiana. Nella maggior parte dei casi, le sentenze sono state scelte sulla base di un criterio "formale": la presenza dell'espressione "natura delle cose" in motivazione.

Questo criterio di massima tuttavia è stato integrato in due diverse direzioni in modo da rendere il "campione" analizzato più significativo e rappresentativo. Da un lato ho trascurato numerose sentenze in cui l'espressione compare ma è chiaramente irrilevante, vuoi perché priva di autonomia semantica<sup>6</sup> vuoi perché il problema evocato dal termine 'natura' è solo quello della corretta qualificazione di una

---

5 A dire il vero tra le cose di cui mi occuperò ce ne sono alcune che non rientrano nella nozione di interpretazione in senso stretto. In particolare parlerò in una sezione del prossimo paragrafo dell'argomento analogico, che non è un argomento usato per attribuire un significato a un enunciato giuridico (benché presupponga, nelle sue incarnazioni più studiate, una attribuzione di significato a un enunciato giuridico). Anche se talvolta si parla di interpretazione analogica, la collocazione più corretta del ragionamento analogico è tra le tecniche di integrazione, ossia tra i procedimenti impiegati per colmare le lacune del diritto.

6 Come succede quando i giudici della cassazione penale si interrogano sulla 'natura delle cose sequestrate' e il problema è di stabilire se si tratta di cose assoggettabili a sequestro probatorio ai sensi dell'art. 253 c.p.p. (vedi ad es. Cass. pen., sentenza 24 marzo 2011, n. 20052). Ovviamente nessuno penserebbe di scomodare in questo caso l'argomento della natura delle cose. Tuttavia per giustificare tale esclusione è necessario introdurre una prima limitazione al criterio di scelta delle sentenze basato sulla occorrenza dell'espressione 'natura delle cose'.

fattispecie alla luce dei criteri normativi rilevanti<sup>7</sup>. Dall'altro ho preso in esame sentenze in cui l'espressione 'natura delle cose' manca ma sono presenti altri indici lessicali rilevanti<sup>8</sup>.

Credo che questi correttivi al criterio formale dell'occorrenza dell'espressione 'natura delle cose' nella motivazione della sentenza siano altamente desiderabili. Non c'è dubbio però che essi rendano in qualche modo "compromessa" la scelta della base empirica da analizzare. Non sarebbe per esempio possibile considerare interessanti degli indici lessicali anziché altri se non avessimo già un'idea preformata di alcuni nessi concettuali o di alcune parziali sinonimie. Queste scelte non sono comunque arbitrarie, ma sono orientate da due criteri: in primo luogo ho esteso la ricerca alle espressioni che spesso la dottrina ha considerato affini a 'natura delle cose'; in secondo luogo ho tenuto conto delle assimilazioni che i teorici dell'interpretazione hanno operato tra argomenti naturalistici e argomenti d'altro tipo<sup>9</sup>.

Le occorrenze di 'natura delle cose' nelle motivazioni delle sentenze non hanno tutte attinenza con il ragionamento che giustifica la decisione. In alcuni casi infatti i giudici menzionano la natura delle cose (oltre ad usarla nella giustificazione) per includerla in una lista di tecniche il cui uso ritengono ammissibile<sup>10</sup>. Questo significa che alcuni giudici pensano che esista un argomento della natura delle cose e che esso

---

7 In alcuni casi le sentenze presentano entrambi i caratteri di irrilevanza contemporaneamente. Così nella sentenza ricordata alla nota 6 non solo 'natura delle cose' non ha autonomia semantica, ma, inoltre, la questione è semplicemente quella di stabilire se le cose sequestrate abbiano "natura" di (ossia siano giuridicamente qualificabili come) corpo del reato o cose pertinenti al reato senza che si invochi alcun criterio naturalistico per deciderlo.

8 Sono esempi le espressioni 'funzione naturale', 'stessa natura di...' oppure 'funzione economico-sociale'. È chiaro che anche per queste espressioni possono verificarsi ipotesi di irrilevanza affini a quelle menzionate sopra.

9 Alla luce di queste considerazioni, anche se le sentenze studiate non sono tutte e non sono soltanto quelle in cui compare l'espressione 'natura delle cose', credo che le ipotesi formulate in questo capitolo siano supportate da sufficiente evidenza empirica. Una significativa difficoltà in questa indagine è legata alla quasi totale assenza di studi empirici precedenti sugli usi della natura delle cose nella giurisprudenza italiana, se si eccettuano le brevi considerazioni contenute in G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, pp. 109-113. Dispongono invece di una indagine più dettagliata, anche se piuttosto datata, i teorici del diritto belgi, grazie all'articolo di P. Foirers, *La motivation par référence à la nature des chose* (1978), in Id., *Le pensée juridique de Paul Foirers*, Bruxelles, 1982, pp. 795-812.

10 C'è una serie di sentenze della corte di cassazione, e segnatamente della sezione tributaria, che contengono una curiosa lista aperta di metodi che il giudice può usare in aggiunta a quello letterale e che comprende quelli "suggeriti dallo stesso legislatore e quelli elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza" (cito da Cass. civ., sezione tributaria, sentenza n. 10333, 7 maggio 2007). La lista è questa: interpretazione normativa antiletterale, atomistica, connessa, coordinata, economica, elastica, esplicitatrice, estensiva, evolutiva interna o esterna alla normazione, formale, funzionale, globale, iperestensiva, logica, conforme alla natura delle cose, pragmatica, privilegiata costituzionalmente, restrittiva, sistematica, sostanziale, storica, strutturale, tassativa, teleologica, topica.

costituisca una specifica tecnica dell'argomentazione giudiziale, ma non garantisce che un simile argomento ci sia davvero o che possieda caratteristiche tali da distinguerlo da tutti gli altri argomenti noti; ciò che conta a questo fine, infatti, è il ragionamento che sostiene la decisione (opportunamente ricostruito in sede di analisi) mentre la classificazione del proprio ragionamento operata dal giudice può servire al più come un indizio.

Anche in questi casi, come negli altri – più frequenti – in cui si ricorre alla natura delle cose senza dichiarare di stare usando un argomento *sui generis*, i giudici non esplicitano completamente i presupposti delle loro scelte argomentative. Del resto non ci aspettiamo che lo facciano: generalmente tendiamo a considerare soddisfacente una motivazione quando è possibile comprendere il ragionamento compiuto dal giudice e controllare la coerenza della decisione con tale ragionamento<sup>11</sup>. Non ci si aspetta invece di trovare esplicitate le ragioni per cui hanno scelto un tipo di argomento anziché un altro. Ciò può rendere estremamente difficile attingere a tali ragioni ulteriori e in generale ricavare dalle sentenze indicazioni interessanti sulle credenze e sulle opinioni che conducono i giudici a seguire un procedimento nella determinazione del diritto applicabile al caso.

Ci si deve chiedere se esista qualche tratto comune a tutti o alla maggior parte dei casi in cui i giudici fanno ricorso alla natura delle cose e se questo elemento comune debba essere ricercato al livello degli schemi argomentativi impiegati oppure delle credenze ulteriori che portano a optare per quegli schemi.

Nel prossimo paragrafo prenderò in esame i vari tentativi di rispondere positivamente alla domanda indicando l'elemento comune in uno schema argomentativo condiviso. La mia impressione è che tutti questi tentativi abbiano qualcosa di ragionevole e che a supporto di ciascuno di essi sia possibile (pur con qualche precisazione) indicare esempi giurisprudenziali. La conseguenza, però, è che ciascuno di questi tentativi non riesce a coprire che una parte degli usi, lasciandone sfuggire altri in cui l'argomento seguito è diverso da quello proposto dal modello. Perciò si deve escludere che ci sia un unico tipo di ragionamento che accomuna tutti gli usi giurisprudenziali della natura delle cose.

Dopo avere individuato i diversi tipi di argomentazione giudiziale che trovano riparo sotto l'ombrello della natura delle cose (o di espressioni correlate, individuate secondo i criteri sopra enunciati) ed avere così negato che esista un unico argomento della natura delle cose, rimane da esplorare la seconda ipotesi, secondo cui un tratto

---

11 Possiamo forse aggiungere un requisito ulteriore: che il tipo di argomento usato sia tra quelli che i giudici di un sistema collettivamente considerano ammissibile, anche se si tratta di un requisito che attiene più alla correttezza o alla accettabilità di una decisione che alla controllabilità della sua motivazione.

comune esiste, ma va ricercato nelle considerazioni che attraverso l'appello alla natura delle cose i giudici introducono per giustificare l'impiego di quegli argomenti a preferenza di altri. È la strada che proverò a percorrere nel terzo paragrafo. Secondo questo punto di vista i giudici scelgono talune tecniche interpretative perché sono quelle che conducono ai risultati migliori se misurati con il metro della natura delle cose. Data la difficoltà già menzionata di trarre dall'analisi delle sentenze informazioni univoche circa lo "sfondo" (la concezione del diritto, la dottrina delle fonti, le valutazioni) su cui i giudici basano le proprie scelte argomentative, questa spiegazione può sembrare di scarsa utilità: a che *pro* scegliere un tipo di analisi che mantiene una parvenza di connessione tra i vari usi argomentativi della natura delle cose solo al prezzo di impiegare elementi vaghi e difficilmente precisabili? Perché non preferire un'analisi più spiccia che metta in luce l'argomento utilizzato di volta in volta e accontentarsi della conclusione che 'natura delle cose' significa cose diverse a seconda dei contesti o non significa nulla, essendo solo una formula enfatica cui talvolta i giudici ricorrono ma che non giustifica alcunché?

L'obiezione da affrontare presuppone un tipo di analisi, piuttosto comune in teoria dell'argomentazione, che consiste nella scomposizione delle argomentazioni dei giudici in unità semplici a seconda della tecnica argomentativa che esse istanziano<sup>12</sup>. Attraverso un'analisi di questo tipo si può mostrare, per esempio, che un giudice ha utilizzato un argomento teleologico e uno letteralista, oppure solo un argomento analogico, e via dicendo. Gli argomenti possono essere alleati portando ragioni indipendenti per giustificare la decisione oppure essere in contrasto senza che il decisore se ne avveda. Per poter operare la scomposizione in modo ottimale occorre costruire una lista la più completa possibile degli schemi argomentativi che tipicamente si impiegano nell'ambiente decisionale giuridico (o in qualche altro ambito) da utilizzare come griglia di comparazione<sup>13</sup>.

Si tratta di un'obiezione molto seria, ma in questo capitolo cercherò di ridimensionarla. Credo infatti che non sia la stessa cosa se un giudice sceglie di ricorrere a un argomento teleologico o sistematico sulla base della natura delle cose oppure su altre basi. Del resto, anche se la maggior parte dei giuristi crede di sapere meglio cos'è un argomento teleologico piuttosto che la natura delle cose, vedremo presto che gli argomenti teleologici non sono tutti uguali e che l'appello alla natura delle cose sembra giustificare solo *un* tipo di argomentazione teleologica.

---

12 Questo approccio in teoria dell'argomentazione ha avuto il suo campione principale in Chaim Perelman (si veda al riguardo C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966). Nello studio dell'argomentazione giuridica il suo esponente principale, per lo meno in Italia, è stato G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit.

13 Una delle liste più celebri, che enumera quindici diversi metodi di interpretazione, si trova per esempio nel citato libro di Tarello.

Considerazioni simili valgono per l'argomento sistematico, e anche il ragionamento analogico assume tratti peculiari quando è sorretto dalla convinzione che l'estensione di una disciplina sia basata sulla natura del caso da regolare.

L'idea che cercherò di precisare o argomentare nelle prossime pagine è che l'argomento analogico, l'interpretazione evolutiva, alcune varianti degli argomenti sistematico e teleologico siano, per così dire, le cinghie di trasmissione attraverso cui i giudici rendono operanti al livello della decisione del caso singolo considerazioni analoghe a quelle che muovono la dottrina dei giuristi "naturalisti". L'esigenza di tenere conto della prassi, dei cambiamenti nel contesto sociale, della funzione che le norme giuridiche svolgono si presentano nelle motivazioni delle sentenze sotto la specie delle tecniche argomentative menzionate.

Il modello di analisi impiegato si differenzia dunque da quello prevalente in teoria dell'argomentazione perché non si propone il fine di isolare le componenti atomiche dei contesti di giustificazione che fanno ricorso alla natura delle cose<sup>14</sup> (cioè i singoli argomenti in cui si possono scomporre le motivazioni delle sentenze), ma di illuminare le connessioni concettuali tra esse e lo sfondo comune costituito dal metodo della natura delle cose<sup>15</sup>. Su questi problemi avrò modo di tornare verso la fine di questo capitolo; non prima però di aver studiato uno per uno i tentativi di riduzione menzionati.

---

14 Per un esempio illustre di approccio atomistico all'analisi, sia pure in un contesto completamente diverso da quello che ci interessa, si vedano gli scritti pubblicati nel 1918 da Bertrand Russell sul *Monist*, ora raccolti nel volume B. Russell, *The Philosophy of Logical Atomism* (1972), Londra-New York, Routledge, 2010. All'estremo opposto si situa l'analisi connettiva, di cui offre un eccellente resoconto M. Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, 2008, pp. 148 sgg.

15 Molti teorici dell'argomentazione giuridica (tra cui Wroblewsky, Alexy e Chiassoni) utilizzano un modello più complesso di quello qui rifiutato, e collocano gli argomenti a diversi livelli, a seconda che essi servano a giustificare una decisione (si parla allora di argomenti di primo grado) o la scelta di altri argomenti (si parla allora di argomenti di secondo grado che giustificano la scelta di quelli di primo grado, e via dicendo). Da questo punto di vista la tesi secondo cui il ricorso alla natura delle cose connette tra loro diverse tecniche argomentative fornendo uno sfondo comune al loro impiego potrebbe essere riformulata dicendo che esiste un argomento della natura delle cose e che si tratta di un argomento di secondo grado. Su questi modelli vedi P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007. Questa possibilità sarà testata nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

## II. Su alcuni tentativi di riduzione a tecniche interpretative note

### a) l'interpretazione teleologica

Nel 1958 Norberto Bobbio si occupò del tema della natura delle cose, allora molto in voga nella filosofia del diritto tedesca<sup>16</sup>. Adottando uno schema analitico che ancora oggi può essere apprezzato egli distinse tre ambiti di rilevanza della nozione di 'natura delle cose' per il diritto: l'ambito delle concezioni del diritto, in cui la natura delle cose è impiegata in polemica con il formalismo e il volontarismo; l'ambito della teoria delle fonti, in cui essa milita in favore di una teoria pluralistica e ampia delle fonti; l'ambito dell'interpretazione del diritto, in cui essa "non differisce dal procedimento noto col nome di 'interpretazione teleologica'"<sup>17</sup>.

In quest'ultimo ambito, la pretesa di ricavare una regola dalla natura delle cose equivale all'affermazione che essa costituisce il mezzo per realizzare un fine del diritto: "per trarre una regola da una cosa, dobbiamo considerare questa cosa come un mezzo per raggiungere un fine, cioè attribuirle la qualità di valore strumentale". Per esempio, ipotizza Bobbio, se assumiamo che il legislatore abbia indicato nella diminuzione della popolazione un obiettivo da perseguire, e che l'effetto della diffusione della pratica dell'aborto sia una diminuzione della popolazione, abbiamo una ragione basata sulla natura delle cose per permettere la diffusione di tale pratica<sup>18</sup>.

Scorrendo la giurisprudenza italiana è possibile trovare esempi che sembrano confermare l'esistenza di un collegamento tra natura delle cose e argomenti teleologici. Secondo questa tesi interpretare un enunciato giuridico o un sintagma in esso contenuto sulla scorta della natura delle cose significa fare due cose insieme: (i)

---

16 N. Bobbio, *La natura delle cose*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1988, pp. 197-212.

17 Ivi, p. 209. Nel seguito assumerò che Bobbio intenda l'equazione tra natura delle cose e interpretazione teleologica come un dato di fatto. La citazione riportata sembra suggerire tale lettura; tuttavia nelle conclusioni del suo articolo Bobbio auspica che "la nozione di 'natura delle cose' sia precisata e ... si adoperi non come una formula suggestiva ma in un significato tecnico rigoroso" (pp. 211-212). Non sarebbe azzardato supporre che il suo tentativo di ricondurne gli usi interpretativi alla tecnica dell'interpretazione teleologica costituisca proprio un tentativo di ridefinire 'natura delle cose' in modo da liberarla dagli impieghi "suggestivi" che si fanno nella pratica.

18 Ivi, p. 202. Sono opportune due precisazioni: (i) in realtà qui non siamo di fronte a un caso genuino di *interpretazione* teleologica, ma piuttosto alla concretizzazione di una norma finale per mezzo di una norma che prescrive il comportamento che realizza il fine di quella norma; (ii) la conclusione dovrebbe essere quella di ritenere doverosa, anziché solo permessa, la diffusione della pratica dell'aborto; infatti Bobbio afferma che la premessa maggiore di un argomento teleologico è "Se vuoi il fine A devi volere pure il mezzo B" (p. 203). Una regola così giustificata, secondo Bobbio, è una regola tecnica. Sul tema vedi da ultimo G. Gometz, *Le regole tecniche*, Pisa, 2008.

identificare un fine del legislatore collegato all'enunciato da interpretare; (ii) argomentare che l'interpretazione prescelta è quella che rende la norma più idonea a raggiungere il fine<sup>19</sup>. È ciò che avviene, ad esempio, in una sentenza della sezione tributaria della Cassazione civile in cui si tratta dell'interpretazione dell'espressione "contenuto essenziale dell'atto richiamato" che ricorre in una norma sulla motivazione degli atti amministrativi<sup>20</sup>.

Il caso, molto complesso, può essere riassunto come segue. Una società a responsabilità limitata operante nella produzione e nel commercio di olio riceve un avviso di accertamento dall'ufficio delle imposte relativo a utili di circa due miliardi di lire non iscritti in bilancio. Un socio che si era rivolto all'autorità giudiziaria ed era stato soccombente in appello dopo aver vinto in primo grado, fa ricorso per la cassazione della sentenza d'appello adducendo, tra l'altro, questo motivo: l'ufficio delle imposte gli ha inviato un avviso di accertamento non adeguatamente motivato in quanto non riproduceva tutti i rilievi contenuti nell'avviso di accertamento inviato alla società e richiamato dal primo.

Il problema per la corte era di stabilire se l'avviso inviato al socio fosse valido oppure no posto che esso era motivato *per relationem* (cioè facendo rinvio all'avviso inviato alla società. L'art. 7 della legge n.212 del 2000 ammette la motivazione *per relationem* di un atto amministrativo tributario a condizione che essa riproduca il contenuto essenziale dell'atto richiamato. Il problema era però di stabilire il significato di 'contenuto essenziale' dell'atto. Secondo la corte l'interpretazione da scegliere è quella che permette di realizzare il fine dell'economia dell'azione amministrativa perseguita dal legislatore nel dettare quella norma. Essa specifica poco dopo che "logica e natura delle cose esigono che [...] siano chiari non solo il contenuto, ma tutti gli elementi delle dichiarazioni richiamate che siano rilevanti per confezionare la motivazione della decisione". Che cosa costituisca contenuto essenziale dell'atto richiamato va dunque stabilito avendo riguardo agli elementi che sono rilevanti per la motivazione dell'atto che opera il richiamo.

In realtà nella sentenza il legame tra questa interpretazione (richiesta, secondo la corte, dalla logica e dalla natura delle cose) e il fine dell'economia dell'attività

---

19 Incidentalmente, è il caso di osservare che in questa formulazione teleologica l'argomento della natura delle cose sembra mettere capo a un procedimento affine a quello della giurisprudenza degli interessi di Philip Heck secondo cui nell'interpretare le norme il giudice deve soprattutto mirare al soddisfacimento degli interessi in gioco; non tutti però, ma solo quelli accolti dal legislatore. Su questi tratti del programma di Heck si veda K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966. Un accostamento tra natura delle cose e giurisprudenza degli interessi è stato abbozzato già molto tempo addietro in P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, pp. 124-125.

20 Cass. civ., sezione tributaria, sentenza n. 24670 del 28 novembre 2007.

amministrativa non è cristallino. Si può ipotizzare che i giudici, riferendosi a “tutti gli elementi [...] rilevanti per confezionare la motivazione” abbiano voluto escludere dal novero altri elementi che pur costituendo contenuto essenziale dell’atto richiamato in qualche accezione del termine non potrebbero essere riprodotti senza frustrare il fine di risparmiare tempo ed energie. Se così non fosse, il richiamo alla natura delle cose sarebbe da intendere come indipendente da qualunque fine del legislatore, senza che peraltro risulti chiaro che cosa renda quella interpretazione conforme alla natura delle cose (pur coadiuvata dalla logica).

Concediamo comunque che gli sforzi dell’interprete siano stati ripagati e che il mezzo approntato con quell’interpretazione sia il più adeguato al fine. In un argomento siffatto la natura delle cose svolge un ruolo limitato e ancillare. Più precisamente essa non costituisce una premessa normativa dell’argomento; questa posizione è infatti occupata dall’obbligatorietà del fine voluto dal legislatore. La natura delle cose è invece la “fonte” da cui è tratta la premessa fattuale in cui si afferma che qualcosa costituisce un mezzo per quel fine<sup>21</sup>. Questo resoconto dell’argomento a partire dalla natura delle cose soddisfa l’obiettivo di Bobbio di dare all’argomento una forma precisa e rigorosa e di sottrarlo all’accusa di fallacia naturalistica<sup>22</sup>.

In un altro punto dell’articolo di Bobbio peraltro la nozione di ‘natura delle cose’ viene caratterizzata in modo parzialmente diverso. Bobbio, che qui segue verosimilmente Vivante, afferma infatti che essa è utilizzata specialmente in riferimento agli istituti giuridici per connotarne la funzione economico-sociale<sup>23</sup>.

È sensato chiedersi se questa caratterizzazione sia compatibile con la equiparazione tra richiamo alla natura delle cose e argomento teleologico. Credo che le considerazioni sulla funzione di un istituto vengano avanzate avendo presenti le cose che attraverso quell’istituto è possibile fare e che qualcuno (non necessariamente chi usa l’istituto) riconosce come i fini dell’istituto stesso<sup>24</sup>. Caratterizzando la natura

---

21 Non sappiamo tra l’altro se si tratta di mezzi in quanto condizioni necessarie, sufficienti, necessarie e sufficienti, o che aumentano statisticamente la probabilità della realizzazione del fine. Su questi temi si vedano, oltre al classico G.H. von Wright, *Norma e azione*, Bologna, 1989, G. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, 1988 e G. Gometz, *Le regole tecniche*, cit.

22 N. Bobbio, *La natura delle cose*, cit., rispettivamente pp. 211-212 e pp. 202-203.

23 Ivi, p. 212.

24 Quella appena enunciata non può essere considerata una definizione del concetto di funzione, un’impresa assai complicata che non affronterò in questo lavoro, ma come un mero accenno a due tratti che sembrano inseparabili da ogni discorso sulla funzione di qualcosa: le conseguenze che il funzionamento della cosa produce e la qualificazione di (alcune tra) quelle conseguenze come ciò a cui la cosa serve. Per tentativi più seri e articolati di chiarire il concetto di ‘funzione’ si vedano J. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, cap. I, e M.S. Moore, *Law as a Functional Kind*, in R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, pp. 188-242.



di un istituto in termini funzionali si stabilisce perciò un nesso tra fini e natura della cosa; ciò che Bobbio mirava a scongiurare limitando la portata del richiamo alla natura delle cose alla determinazione della premessa minore di un ragionamento teleologico. Se la intendiamo in questo modo, non sembra che la natura delle cose possa svolgere il compito voluto da Bobbio in un argomento teleologico.

Nella letteratura sull'argomentazione giuridica esiste comunque un altro tipo di riduzione dell'argomento a partire dalla natura delle cose al ragionamento teleologico, sensibilmente diverso da quella di Bobbio. Si tratta della posizione sostenuta da Dreier e Alexy secondo cui un argomento a partire dalla natura delle cose è un argomento teleologico in cui lo scopo "è definito come obiettivamente dovuto" anziché come voluto dal legislatore<sup>25</sup>. Secondo questa tesi appellarsi alla natura delle cose nell'argomentazione giuridica significa giustificare una regola perché essa produce effetti oggettivamente dotati di valore<sup>26</sup>.

Mi pare che quando Bobbio identifica la natura delle cose con la funzione economico-sociale tenda suo malgrado a concepire l'argomento teleologico in questa forma obbiettiva. Una riflessione sull'esempio della pratica dell'aborto come mezzo per realizzare una diminuzione della popolazione può aiutare a chiarire il punto. Nell'interpretare questo esempio siamo tentati di leggere nella politica demografica la funzione dell'istituto dell'aborto, mentre la conoscenza della natura delle cose serve a garantire che la funzione può essere svolta con successo, perché è vero, *ex hypothesis*, che alla diffusione dell'aborto segue un decremento di popolazione. Il carattere deliberato del fine e dell'attribuzione di funzione è fatto salvo proprio escludendo la natura delle cose dalle considerazioni rilevanti in quella parte dell'argomento. Ma l'identificazione tra natura delle cose e funzione va esattamente nella direzione opposta: per illuminare tale identificazione avremmo bisogno di un esempio che ci mostrasse la funzione come qualcosa che siamo in grado di trovare *in rebus*.

Ovviamente può darsi che il legislatore intenda la realizzazione della funzione sociale di un istituto come mezzo per ottenere certi scopi. Per esempio si può immaginare che egli desideri avere sul proprio territorio società per azioni ben funzionanti perché ritiene che ciò accresca il benessere generale. Oppure può

---

25 R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. 339 e R. Dreier, *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, Berlino, 1965, pp. 108-114.

26 Segnalo l'esistenza di un'interpretazione dell'argomento di Bobbio opposta alla mia secondo cui egli intenderebbe la natura delle cose (al pari degli autori menzionati alla nota precedente) alla stregua dell'interpretazione teleologico-oggettiva. Si tratta di V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Torino, 1993, p. 277. Secondo Villa, Bobbio direbbe che alla luce dell'argomento della natura delle cose la norma giuridica va intesa come mezzo per realizzare lo scopo oggettivo di un istituto naturale. A me però sembra proprio che Bobbio affermi che la natura delle cose è impiegata per stabilire i mezzi che sono oggettivamente adeguati per realizzare lo scopo della norma, quale esso sia.

desiderare che il diritto di abortire svolga la sua funzione sociale – quale che sia – perché si aspetta che ciò porti l'effetto ulteriore di un decremento demografico. Ma in tutti questi casi può sorgere la questione di come far sì che gli istituti siano in grado di svolgere la funzione che il legislatore vuole come mezzo per il fine. Per risolvere tali questioni occorre ragionare teleologicamente, e si può supporre che siano questi argomenti a cadere sotto l'intestazione 'natura delle cose' quando la si identifica con la funzione economico-sociale di un istituto.

Nella giurisprudenza non è raro trovare esempi in cui argomenti a partire dalla natura delle cose si mescolano ad argomenti che menzionano il fine della legge o del legislatore. Spesso però non è facile individuare un nesso tra questi argomenti e pare che la ricostruzione più corretta consista nel separare l'argomento dei fini del legislatore e quello a partire dalla natura delle cose come due vettori indipendenti della giustificazione. Già nell'esempio ricordato sopra non appariva chiara la pertinenza del richiamo alla natura delle cose al problema dell'interpretazione teleologica della nozione di 'contenuto essenziale' di un atto amministrativo. Un'altra sentenza presenta una situazione ancora più interessante. Si tratta di una decisione del Consiglio di giustizia amministrativa della Sicilia che respinge una richiesta di sanatoria per un edificio costruito abusivamente in riva al mare. Benché il richiedente dichiarasse che l'edificio fosse destinato alla diretta fruizione del mare e quindi soddisfacesse i requisiti di una legge regionale per la sanatoria, i giudici sostennero che in realtà l'edificio era sempre stato utilizzato come abitazione e quindi non era destinato alla diretta fruizione del mare. L'opposta dichiarazione del richiedente e la presenza nell'edificio di un locale utilizzato come deposito di attrezzi marini sono irrilevanti "non potendo la tutela dell'autonomia privata essere intesa in modo così estensivo da varcare i limiti della «natura delle cose». In realtà se fosse valida la tesi degli appellanti si aprirebbe la strada alla definitiva cementificazione delle coste, perché tutti i nuovi costruttori di ville a mare potrebbero invocare la deroga del predetto art. 15 l.r. n. 78/1976, destinando un certo locale delle medesime a deposito di attrezzi marini"<sup>27</sup>.

Qui un argomento a partire dalla natura delle cose e un argomento teleologico compaiono in due periodi consecutivi. Che si tratti di due argomenti distinti e irrelati risulta tuttavia evidente dal fatto che la natura delle cose non è introdotta per mostrare che l'accoglimento della richiesta frustrerebbe il fine di evitare la cementificazione delle coste, ma per alludere a un limite "naturale" dell'autonomia privata.

La ricostruzione del ragionamento della corte è piuttosto problematica e il fatto che la nostra espressione compaia tra virgolette la complica ulteriormente. Forse i giudici intendono usare 'natura delle cose' in senso figurato? La lettura tutto sommato

---

27 Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., sentenza n. 566 del 9 luglio 2007.

migliore mi sembra la seguente: perché una dichiarazione possa essere descritta come un atto di autonomia privata occorre che essa costituisca una decisione genuina intorno ai propri interessi; quando la sola ragione per fare quella dichiarazione è aggirare una norma giuridica allora ci troviamo di fronte a qualcosa che non merita l'onorevole nome di 'autonomia privata'. Per rendercene conto non abbiamo bisogno di qualche divieto esplicito, basta prendere atto della natura dell'autonomia privata<sup>28</sup>.

Se questa esegesi è corretta, la sentenza in esame conferma che la tecnica dell'interpretazione teleologica si collega alla natura delle cose non attraverso la mediazione di un fine incorporato in una particolare politica del legislatore, ma attraverso l'identificazione della natura delle cose con la funzione sociale di uno strumento giuridico (in questo caso: la dichiarazione di destinazione di un edificio, la cui funzione è l'autonomia nel regolare i propri interessi).

### **b) l'interpretazione sistematica**

Nel recente *revival* osservabile nella dottrina amministrativista la natura delle cose è stata accostata all'interpretazione sistematica: più precisamente ci si è riferiti a essa come "criterio di interpretazione sistematica" e "strumento interpretativo di ricostruzione sistematica"<sup>29</sup>.

Se non mi sbaglio fu Giovanni Tarello il primo a notare un'affinità tra l'argomento della natura delle cose e una particolare tecnica di interpretazione sistematica, quando scrisse che "non è infrequente che il c.d. sistema dei concetti giuridici sia strutturato su di una concezione naturalistica [...] e che perciò l'argomento sistematico-concettualistico sia un argomento naturalistico travestito"<sup>30</sup>.

L'intento di Tarello era di mostrare che l'argomento della natura delle cose è utilizzato più spesso di quanto non si creda, poiché esso si cela frequentemente sotto le mentite spoglie di un argomento sistematico. Non si tratta quindi di una riduzione dell'argomento naturalistico a un'altra tecnica nota di argomentazione, quanto,

---

28 Letteralmente la corte non afferma che gli atti che "travalicano" la natura delle cose cessino per ciò stesso di essere atti di autonomia privata ma solo che essi non sono meritevoli di tutela giuridica. Da questo punto di vista sarebbe anche possibile sostenere che la corte non stia mettendo in connessione i concetti di 'natura delle cose' e di 'autonomia privata', ma solo enunciando un divieto che discende direttamente dalla natura delle cose; tuttavia sembra verosimile che nel caso di specie si considerino "varcati" i limiti della natura delle cose perché una dichiarazione come quella dei coniugi attori esula dalla funzione legittima dell'autonomia privata; quindi è proprio una comprensione adeguata del concetto di 'autonomia privata' che ci permette di stabilire cosa esige la natura delle cose in questo caso.

29 Le locuzioni sono tratte rispettivamente da A. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, cit., p. 41 e A. Sandulli, *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del legislatore*, in *AIPDA, Annuario 2004*, Milano, 2005, pp. 23-35.

30 G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 379-380.

viceversa, del riconoscimento di un aspetto “naturalistico” nelle tecniche sistematiche. Mentre per Bobbio l’argomento della natura delle cose è l’*explanandum* e un altro argomento funge da *explanans*, in Tarello le parti sono invertite: è alla luce dell’argomento naturalistico che possiamo comprendere meglio alcune istanze di interpretazione sistematica.

Il primo problema, quando si parla di ‘interpretazione sistematica’, è chiarire in quale delle molte accezioni disponibili stiamo usando la parola. Una griglia perspicua è quella offerta da Vito Velluzzi, il quale propone di distinguere le diverse tecniche interpretative raccolte sotto il nome di ‘interpretazione sistematica’ sulla base del sistema di volta in volta rilevante. Su questa base sarebbe possibile distinguere quattro sistemi di riferimento principali: a) testo normativo; b) costruzione dogmatica; c) istituto (o materia disciplinata); d) sistema giuridico inteso come sistema coerente e/o congruente<sup>31</sup>.

Se accogliamo questa classificazione anche gli esempi trattati nelle pagine precedenti sono annoverabili tra le interpretazioni sistematiche, e in particolare tra quelle che fanno riferimento al sistema-istituto o -materia o -settore disciplinare<sup>32</sup>. Così la sentenza della cassazione in cui si discute dell’interpretazione dell’espressione ‘contenuto essenziale’ e si sostiene che non le si può attribuire il significato tecnico di ‘contenuto dell’atto’ è un argomento di incostanza terminologica basato sulla peculiarità della materia regolata.

L’argomento concettualistico-sistematico in cui Tarello vede un *alter ego* dell’argomento della natura delle cose<sup>33</sup> è invece un argomento interpretativo che fa riferimento ai sistemi costruiti dalla dogmatica<sup>34</sup>. L’affermazione che esiste un

---

31 V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica*, cit., p. 72

32 Occorre menzionare una accezione dell’argomento della natura delle cose che fa riferimento alle peculiarità della materia, ma non è, se non mi sbaglio, un argomento sistematico. Si tratta probabilmente dell’accezione più diffusa tra i giudici tedeschi, ma è solo menzionata in una occasione dalla Corte Costituzionale italiana (la quale si limita peraltro a dire che è un argomento usato dai loro omologhi tedeschi). Mi riferisco all’argomento secondo cui, quando nessuna legge di rango costituzionale dica a quale autorità (se allo stato o a un ente pubblico territoriale) spetti la competenza in merito a una certa materia, la decisione deve essere di attribuire la competenza all’autorità che per la natura delle cose meglio può occuparsi della materia. In questi casi l’appello alla natura delle cose sembra identificarsi con il c.d. principio di sussidiarietà. Sul punto vedi L. Patruno, *La “natura delle cose”*, cit., p. 25. La sentenza è Corte Costituzionale, n.303 del 1 ottobre 2003, che ricorda la dottrina tedesca della *Natur der Sache* accanto a quella anglosassone degli *implied powers*.

33 Ovviamente non tutti gli argomenti concettualistico-sistematici sono per Tarello coincidenti con argomenti naturalistici, ma solo quelli basati sull’assunto che un sistema di concetti abbia un solido fondamento naturalistico.

34 Sulla costruzione dogmatica è fondamentale G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965. Occorre precisare che ‘argomento sistematico’ nell’accezione in esame e ‘costruzione dogmatica’ non sono espressioni sinonime. Esse esprimono concetti collegati in questo

legame tra ricorso alla natura delle cose e costruzione giuridica non ci dovrebbe stupire dal momento che in una tesi simile ci eravamo imbattuti sin dall'inizio della nostra indagine, studiando il Trattato di Cesare Vivante<sup>35</sup>.

La differenza tra gli argomenti sistematici che individuano la soluzione facendo riferimento ad altre norme relative allo stesso istituto o alla stessa materia e quelli che invece sfruttano le costruzioni dogmatiche è *prima facie* evidente. In un caso i materiali rilevanti per l'interpretazione sono altre norme giuridiche autoritative, nel secondo si tratta di elaborazioni teoriche sviluppate dalla giurisprudenza (sia dottrinale che giudiziale)<sup>36</sup>.

Tra gli scopi generalmente riconosciuti all'analisi c'è quello di portare alla luce distinzioni che i concetti impiegati ordinariamente tendono a oscurare. Da questo punto di vista ci si potrebbe ritenere soddisfatti di avere mostrato che i giuristi e giudici danno talvolta lo stesso nome a cose molto diverse quando ascrivono alla natura delle cose due tipi di tecniche sistematiche che assumono sistemi di riferimento diversi. Almeno con riguardo alle tecniche dell'interpretazione sistematica si potrebbe quindi affermare di aver trovato un modo per eliminare l'espressione 'natura delle cose' sostituendole espressioni che denotino volta a volta le più specifiche tecniche adottate.

Tuttavia credo che si tratterebbe di una conclusione troppo impaziente. Risolti gli appelli alla natura delle cose che hanno qualche attinenza alla nozione di 'sistema' in due diversi tipi di interpretazione sistematica infatti rimarrebbe ancora da chiedersi perché i giuristi a volte mettano gli usi dell'uno o dell'altro tipo sotto l'ombrello della natura delle cose e a volte no.

---

senso: l'argomento sistematico basato su una costruzione utilizza quest'ultima ai fini dell'interpretazione di un enunciato normativo. Viceversa la costruzione dogmatica non è mai il mero risultato della interpretazione di enunciati normativi e talvolta può anche prescindere totalmente. Sul punto vedi in particolare R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., in cui si legge (p. 15): "le tesi dogmatiche *non* sono tesi interpretative [...] In secondo luogo, però, le tesi dogmatiche condizionano l'interpretazione: ora orientandola in un senso a preferenza di altri, ora escludendo certe opzioni interpretative altrimenti possibili".

35 Vedi *supra*.

36 Per illuminare la differenza tra i casi in cui la natura delle cose è posta in relazione con le costruzioni dogmatiche e quelli in cui è posta in relazione con un istituto o una materia regolata dal diritto positivo si possono citare due esempi tratti da autori di cui si è parlato nel primo capitolo. Da una parte troviamo l'esempio di Vivante della costruzione di un tipo contrattuale poi accolto nel codice del 1882, il contratto di conto corrente, da parte di una serie di pronunce della corte di cassazione (C. Vivante, *Trattato*, cit., p. 92, nota 2, dove si parla di una "ricerca scientifica cui collaborarono principalmente gli avvocati ed i giudici); dall'altra troviamo l'esempio della tesi di Merusi secondo cui le norme sugli enti pubblici dovrebbero essere interpretate alla luce della direttiva europea che "definisce" l'organismo di diritto pubblico.

È il caso di tornare a un punto accennato all'inizio di questa sezione: secondo Tarello, si è visto, la ragione per cui alcuni argomenti sistematici sono in realtà argomenti naturalistici è che i sistemi di concetti sono stati a lungo costruiti su basi naturalistiche<sup>37</sup>. Ciò vale, dice Tarello, per gli argomenti concettualistico-sistematici, ma può estendersi anche agli argomenti basati sull'istituto o sulla materia regolata, in tutti i casi in cui opera nel giurista la convinzione<sup>38</sup> che il legislatore abbia tracciato i confini seguendo le nervature naturali dell'istituto o della materia. In tutti e due i casi il riferimento alla natura delle cose indicherebbe la convinzione che qualche classificazione – sia essa di fonte autoritativa o scientifica – è ben fondata nella natura. Da questo punto di vista allora c'è una sostanziale coincidenza tra gli argomenti che impiegano una costruzione dogmatica (che si crede) naturalisticamente ben fondata e quelli che si appoggiano su un istituto del diritto positivo altrettanto ben fondato; per altro verso entrambi i tipi di argomento potrebbero essere distinti da quelli che usano costruzioni o istituti, ad esempio perché ritenuti giusti, oppure per nessuna ragione in particolare.

Anche a questo riguardo è possibile trovare alcuni esempi nella giurisprudenza italiana.

La prima sentenza è tra quelle che sono state incluse nell'analisi nonostante l'assenza dell'espressione 'natura delle cose'. Si tratta di un giudizio della Corte Costituzionale sull'ammissibilità di alcune richieste di referendum popolare<sup>39</sup>. Per escludere che il compito della corte in questi casi non è meramente di controllare che la richiesta non sia relativa a uno dei casi elencati nell'art. 75, comma 2, cost., i giudici fanno appello alla "naturale funzione" dell'istituto del referendum abrogativo e alle sue "caratteristiche essenziali e necessarie", da ricostruire "in via sistematica". A ben vedere, si sostiene, le ipotesi previste esplicitamente dall'art. 75 non esauriscono i casi di inammissibilità, e anzi sono state esplicitate solo perché "rispondono a particolari scelte di politica istituzionale, anziché inerire alla stessa natura dell'istituto in questione". Ci troviamo, insomma, alla periferia delle cause di inammissibilità; altre, più centrali, possono essere inferite dalla "funzione naturale

---

37 Sul punto sono di grande interesse le metafore naturalistiche che il "primo" Jhering utilizzava per dar conto della propria concezione della costruzione giuridica dei corpi o degli istituti giuridici. Su ciò si vadano le ottime sintesi storiche di G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, cit., cap. I e K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit.

38 Che abbiamo visto essere centrale nei giuristi naturalisti; v. *supra*, cap. I.

39 Corte Cost., sent. 16/78. La legge cost. 1/53 recita: "spetta alla Corte costituzionale giudicare se le richieste di referendum abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso". I giudici presentano la propria tesi secondo cui le cause di inammissibilità non si esauriscono in quelle elencate nel secondo comma come una interpretazione sistematica della locuzione "a norma dell'art. 75 della Costituzione".

dell'istituto, alla luce del quale vanno esclusi quesiti “carenti di una matrice razionalmente unitaria”, quesiti che tendano ad abrogare, in tutto o in parte, la Costituzione e, infine, quesiti che hanno per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato.

A seconda che si dia oppure no credito alla pretesa di avere desunto questi requisiti da altre disposizioni costituzionali, la motivazione in esame può essere ricondotta rispettivamente al secondo o al primo tipo di interpretazione sistematica menzionato<sup>40</sup>.

Di norme ‘ispirate alla natura delle cose’ parla invece espressamente la sentenza che utilizzerò come secondo esempio<sup>41</sup>. Qui le norme che i giudici considerano ispirate alla natura delle cose sono quelle sul procedimento tributario, che non impongono all'Ufficio I.V.A. di “svolgere comunque, anche quando altri organi istruttori abbiano compiuto attività preparatorie alla sua decisione, un'ulteriore, autonoma ed integratrice attività istruttoria”, come invece sosteneva il ricorrente, il quale lamentava il fatto che l'Ufficio gli avesse mosso delle contestazioni motivate con un rinvio a un processo verbale redatto dalla Guardia di Finanza senza contraddittorio.

In buona sostanza i giudici ricordano che il procedimento tributario, *species* del *genus* ‘procedimento amministrativo, consta di tre parti e di relativi poteri: il potere di iniziativa, il potere istruttorio e il potere di adottare la decisione finale. La tripartizione è ben fondata in considerazioni tratte “dalla natura del processo decisionale umano, ma anche dall'organizzazione amministrativa”. Il caso di specie e la norma di cui il ricorrente lamenta la violazione sono posti in relazione con il subsystema formato dalle norme sul procedimento amministrativo. Merita di essere sottolineato che i giudici si richiamano a questo sistema non in termini di istituto, ma di organizzazione, ossia di istituzione concreta.

È particolarmente interessante per noi sottolineare che in questi esempi il richiamo alla natura delle cose costituisce una giustificazione di un'interpretazione sistematica. Come ho detto in precedenza, i teorici dell'argomentazione giuridica ricorrono in questi casi alla distinzione tra argomenti di primo e di secondo grado<sup>42</sup>. La decisione è presa sulla base di un argomento sistematico (argomento di primo grado) e l'interpretazione sistematica, a sua volta è scelta perché consente di attribuire a un enunciato un significato conforme alla natura delle cose (argomento di secondo grado). Qui i giudici ritengono che per raggiungere una soluzione adeguata alla natura

---

40 Opta per la seconda ipotesi R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 16, che cita questa sentenza come esempio di tesi dogmatica utilizzata dalla giurisprudenza.

41 Cass. civ., sezione tributaria, sentenza n. 13486 dell'11 giugno 2009.

42 Vedi la nota 15 di questo capitolo.

delle cose non sia sufficiente prendere in considerazione la singola norma perché essa costituisce soltanto una parte non autosufficiente di ciò a cui il diritto deve essere reso conforme. La natura delle cose, in altre parole, offre all'interprete un termine di comparazione il cui ordine di grandezza è quello dell'istituto, del settore o del sistema, non della singola norma.

### **c) L'analogia e l'interpretazione estensiva**

La corte di cassazione ritiene che l'emissione di onde elettromagnetiche possa farsi rientrare nella fattispecie prevista dall'art. 674 del codice penale ("getto pericoloso di cose") sia perché la scienza contemporanea avrebbe dimostrato che anche le energie "vanno considerate cose sia per la loro individualità fisica, sia per la loro attitudine ad essere misurate, percepite ed utilizzate"<sup>43</sup> sia perché, dopo tutto, anche le onde elettromagnetiche potrebbero essere gettate, a patto di intendere il verbo 'gettare' nell'accezione più ampia che la lingua italiana consente.

L'interpretazione estensiva<sup>44</sup> è effettuata tenendo conto da un lato di teorie scientifiche che forse il legislatore del 1930 non aveva in mente, ma che nondimeno sono rilevanti per stabilire il senso "oggettivo" di una parola, dall'altro lato degli usi che possiamo fare delle cose e (in un altro punto della sentenza) del loro essere fornite di valore economico.

Questo recente caso riporta alla memoria una disputa che teneva banco tra i penalisti di un secolo fa: la sottrazione di energia elettrica può essere configurata come furto, posto che le norme e le definizioni al riguardo parlano di cose mobili e non di energie? Secondo Arthur Kaufmann l'estensione analogica della pena prevista per il furto di cosa mobile al furto di energia elettrica sulla base della considerazione che si tratta in entrambi i casi di cose dotate di un valore economico è un esempio paradigmatico di come opera nel pensiero dei giuristi e dei legislatori la nozione di 'natura delle cose'<sup>45</sup>. Per questo autore dunque l'argomento a partire dalla natura delle cose è un ragionamento analogico.

---

43 Cass. pen., sezione III, sentenza n. 36845, 13 maggio 2008, in L. Pelliccioli, V. Velluzzi (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011, p. 171.

44 Per la corte è ovviamente fondamentale dimostrare che questa è un'interpretazione estensiva (legittima) di una norma penale e non una sua inammissibile estensione analogica. Per noi comunque la distinzione non è di particolare importanza, poiché le considerazioni che seguono si possono applicare a entrambe. Come è noto, peraltro, la possibilità di tracciare distinzione tra interpretazione estensiva e analogia è stata spesso messa in discussione dai teorici del diritto. Tra gli altri si possono ricordare N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938 e L. Gianformaggio, *L'analogia giuridica* (1985), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 143-144.

45 A. Kaufmann, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo* (1965), Napoli, 2004.



In realtà il buon senso sembra suggerire, tutto all'opposto, che tra analogia e interpretazione estensiva da un lato e natura delle cose dall'altro sussista un'alternativa inconciliabile. Un presupposto per ricorrere all'analogia o all'interpretazione estensiva è che un caso non sia regolato dalla norma che si intende applicare; si addita l'esigenza di estendere il campo di applicazione di una norma proprio perché, *prima facie*, il caso in esame appare cadere al di fuori di esso. Così, se una norma impiega il concetto di 'cosa mobile', si serve dell'analogia o dell'interpretazione estensiva solo chi crede che in tutte o alcune delle accezioni legittime di 'cosa mobile' l'energia elettrica non è fra esse. Al contrario, nessuna estensione sembra richiesta quando si afferma che il caso di specie e altri casi che cadono sotto la previsione della norma hanno la stessa natura.

La decisione sulle onde elettromagnetiche emesse dai ripetitori di Radio Vaticana menzionata all'inizio di questa sezione afferma che il problema da affrontare è quello della 'natura propria' delle onde elettromagnetiche e raggiunge la conclusione che esse sono cose "*pleno iure*", e non entità analoghe alle cose o ascrivibili alla categoria solo in seguito a qualche opportuna estensione<sup>46</sup>. Le onde elettromagnetiche sono una sotto-classe delle cose e perciò l'art. 674 si applica a esse direttamente, come alle altre sotto-classi 'lavatrici' e 'televisori'. Nondimeno per i giudici della cassazione non c'è incompatibilità tra il ricorso alla natura delle cose e interpretazione estensiva. Le energie sono cose che si possono gettare come un vecchio televisore: non c'è alcun bisogno di manipolare o estendere il significato della parola 'cose'; dal momento che le onde elettromagnetiche sono cose per propria natura, non c'è alcun modo legittimo di intendere la parole 'cose' che lasci fuori le onde elettromagnetiche. I giudici affermano bensì di operare una estensione interpretativa della norma sul getto di cose; questo non significa però che ritengano di stare ampliando la denotazione di 'cose'. A venire influenzata dall'interpretazione estensiva non è la classe di oggetti "realmente" denotata dalla parola, bensì la credenza che tale classe non includa le energie; esse erano cose anche prima, anche se pochi, o nessuno, lo sapeva.

La stessa conclusione vale per l'analogia. Anche qui i giudici italiani di legittimità non hanno remore a giustificare l'estensione delle conseguenze previste da una norma a fattispecie non regolate facendo appello alla natura delle cose. In una massima sui cosiddetti contratti atipici, per esempio si afferma che "ai negozi atipici, in mancanza di un'espressa previsione negoziale, sono applicabili, in via analogica, le disposizioni contemplate per altri negozi ad essi assimilabili per natura e funzione economico-sociale"<sup>47</sup>.

---

46 Cass. pen., sez. III, n. 36845, cit., p. 168.

47 Cass. civ., sez. I, sentenza n. 3142 del 13 maggio 1980, che estende la previsione dell'art. 2225 del cod. civ. a un contratto non sussumibile sotto l'art. 2222, ma assimilabile "per natura e

Dunque la giurisprudenza italiana tende ad addurre l'identità di natura tra le ragioni per giustificare l'applicazione analogica di una norma o l'interpretazione estensiva di un enunciato normativo, nonostante nei casi analizzati i giudici mirino rispettivamente a stabilire tramite l'interpretazione la natura propria degli oggetti a cui si addice il nome di 'cose' e la natura e funzione economico-sociale di un contratto atipico.

Si tratta allora di capire in che modo i due vettori della giustificazione, l'appello alla natura delle cose e la tecnica dell'estensione analogica si rapportino tra loro. Sia l'argomento della natura delle cose, sia l'argomento analogico fanno appello a caratteristiche comuni a due casi, ma lo fanno in maniera notevolmente diversa. Nella prima ipotesi le caratteristiche comuni sono tutte quelle essenziali, ossia tutte le caratteristiche decisive per stabilire la natura di quel caso; se c'è un dubbio sulla qualificazione giuridica di un caso, mostrare che esso ha la stessa natura di un caso la cui qualificazione non è in discussione permette di risolvere il dubbio assicurando al primo caso la stessa qualificazione. Nell'analogia invece le caratteristiche comuni servono a stabilire una somiglianza<sup>48</sup>, ma non permettono di dire (i) che i due casi hanno identica natura (perché a fronte delle caratteristiche comuni ci sono delle differenze); (ii) che il caso a cui la norma è estesa debba essere considerato come una istanza della fattispecie astratta regolata. Circa quest'ultimo punto, infatti, l'estensione analogica serve proprio a sostenere la conclusione che al caso non regolato debbano imputarsi le conseguenze giuridiche previste per un altro caso non perché il primo venga ricompreso nella fattispecie regolata (altrimenti si tratterebbe di applicazione diretta della norma), ma perché tra i casi non sussistono differenze rilevanti e dunque sarebbe irrazionale trattarli in modo differenziato<sup>49</sup>.

---

funzione economico-sociale" a una *locatio operis*.

48 Seguo qui l'orientamento di Gianformaggio e Velluzzi. Vedi in particolare, dei due autori, L. Gianformaggio, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in Ead. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 149-172 e V. Velluzzi, *Analoga giuridica, eguaglianza e giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, rivista online (URL <http://www.lex.unict.it/tcrs/numero/2009/velluzzi.pdf>)

49 Nell'analogia dunque l'uguaglianza di trattamento dipende non da un'asserita identità tra i casi, ma dal fatto che si sia in grado di addurre ragioni circa la rilevanza delle loro somiglianze (e la correlativa irrilevanza delle differenze). Vedi, oltre agli articoli citati nella nota precedente, L. Gianformaggio, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, ora in L. Pelliccioli, V. Velluzzi (a cura di), *L'analogia e il diritto*, cit., pp. 19-34. Ciò vale per l'analogia; che dire invece dell'interpretazione estensiva? Si potrebbe obiettare che per effetto di una interpretazione estensiva anche i casi che *prima facie* apparivano cadere al di fuori dell'ambito di applicazione "diretta" (anziché analogica) di una norma finiscono per esservi ricompresi; sicché l'incompatibilità prospettata tra natura delle cose e interpretazione estensiva di fatto non sussiste. Tuttavia mi pare che ciò trascuri il fatto che la nozione di interpretazione estensiva presuppone l'esistenza di più significati

Nell'analogia tutto il peso della giustificazione grava sulla maniera in cui si argomenta la rilevanza delle somiglianze e l'irrilevanza delle differenze e, poiché questi argomenti additano la *ratio legis* come l'elemento per valutare la rilevanza/irrilevanza delle somiglianze/differenze, la soluzione dipende in ultima analisi proprio dai valori e dai fini incorporati nella *ratio legis*. Si potrebbe supporre che le cose vadano allo stesso modo anche in alcuni appelli alla natura delle cose: anche se si menziona enfaticamente la natura del caso o della situazione ciò che conta è solo la presenza di alcune caratteristiche che la *ratio legis* ha reso rilevanti. Si tratta a ben vedere di caratteristiche che potrebbero passare inosservate se non guardassimo alla situazione attraverso le lenti della norma giuridica, sicché quella di cui parliamo è una natura "relativa", costituita dai fini incorporati nella *ratio legis*<sup>50</sup>.

Possiamo stabilire con sufficiente sicurezza quando il richiamo alla natura delle cose avviene in questa forma depotenziata? In questa fase della ricerca sappiamo ancora poco circa la forma logica degli argomenti che fanno uso della natura delle cose e perciò possiamo solo affidarci a criteri piuttosto incerti e intuitivi. Un possibile controllo è costituito dal seguente test controfattuale: i giudici avrebbero considerato determinanti le stesse caratteristiche anche se non avessero avuto un'idea preliminare della *ratio legis*? Se la risposta è negativa ci troviamo dinnanzi a un caso di uso relativizzato ed enfatico della natura delle cose<sup>51</sup>. Senonché, almeno nella sentenza

---

compossibili (sicché la scelta per il significato più comprensivo può essere intesa come una estensione). Viceversa nel ricorso alla natura delle cose nulla, se non un errore, legittima la scelta di un significato che esclude alcuni casi dotati della stessa natura di quelli inclusi. Inoltre, come vedremo subito, nel ricorso alla natura delle cose l'affermazione della *eadem natura* tra i casi rende superflua l'indagine sulla presenza di una *eadem ratio*; mentre è proprio quest'ultima che, nell'interpretazione estensiva, spinge l'interprete ad adottare il significato più ampio a scapito di quello più ristretto. Dobbiamo ancora occuparci di come il metodo della natura delle cose risolve la questione del significato dei concetti giuridici che si riferiscono a oggetti la cui "vera natura" costituisce oggetto di indagine da parte del giurista. (vedi *infra*, cap. IV). Allora alcune delle questioni sfiorate in questo paragrafo appariranno più chiare.

50 A prescindere dal riferimento al ragionamento analogico la tesi che esista un modo relativo, tutto interno al diritto positivo, di intendere la natura delle cose è stata sostenuta da Dreier, che ne individua un esempio nei riferimenti alla *Natur der Sache* nell'ambito della giurisprudenza dei concetti (R. Dreier, *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, cit., pp. 48-51).

51 Il test non serve a stabilire se la *ratio* della norma abbia un peso nella decisione oppure no. Essa può essere rilevante qualunque sia l'esito del test. Ciò che cambia è la ricostruzione dell'ordine in cui i vari elementi entrano nel ragionamento del giudice: se la risposta al quesito è negativa il giudice costruisce la natura del caso come proiezione della *ratio legis*; se è affermativa, invece, è la *ratio* a essere stabilita in relazione alle caratteristiche determinanti per la natura del caso. L'alternativa corre parallela a quella tra variante soggettiva e variante obiettiva dell'argomento teleologico, ma con una differenza importante: mentre la ricostruzione dell'argomento della natura delle cose come argomento teleologico soggettivo mira apertamente a circoscrivere la portata della natura delle cose alla

di Radio Vaticana ci sono ragioni per accogliere la conclusione opposta: ciò che ai giudici interessa è, ovviamente, se si debba trattare penalmente l'emissione di onde come un getto di cose, ma per stabilirlo essi si chiedono se le energie *siano* cose per *natura propria*. E per stabilirlo non disdegnano di ricorrere alle conclusioni della scienza, benché riconoscano valore anche a considerazioni d'altro tipo, quale la possibilità di sfruttamento economico delle energie<sup>52</sup>. La *ratio legis*, se mai, entra nel ragionamento in un momento successivo, sulla base della considerazione che per questioni che hanno la stessa natura sussistono le stesse esigenze di disciplina giuridica.

Se questo è vero, l'ipotesi più plausibile è allora che in casi come questo il richiamo alla natura delle cose è genuino, mentre sono il ricorso all'analogia o all'interpretazione estensiva ad assumere caratteri spurii. Siccome la decisione si basa sull'identità di natura tra due casi abitualmente trattati come diversi o su cui comunque esiste controversia, la giustificazione offerta dall'analogia o dall'interpretazione estensiva è una sorta di *understatement* con cui i giudici celano parte del proprio reale pensiero. Poiché ritengono sconveniente appendere una decisione direttamente alla natura delle cose, la appendono a un'interpretazione estensiva che però non è altro che un nome (relativamente) tranquillizzante per quello che è a tutti gli effetti un tentativo di cogliere l'essenza comune a due casi<sup>53</sup>.

---

premessa fattuale del ragionamento, qui l'analisi serve piuttosto a smascherare eventuali usi enfatici o metaforici della natura delle cose.

52 In questa sede non si è affrontato il problema di come vadano individuate le considerazioni decisive per stabilire se l'oggetto di cui ci occupiamo è una cosa. Si potrebbe avvertire una sorta di schizofrenia nel fatto di alternare osservazioni sulla struttura fisica, di competenza delle scienze naturali, ad altre relative al valore economico, che invece richiamano da vicino l'identificazione tra natura delle cose e funzione economico-sociale che, come abbiamo visto, è così comune tra i giuristi. Non è comunque una questione particolarmente rilevante in questa fase del mio lavoro: l'alternativa che sto considerando non è infatti quella tra diverse concezioni di ciò che costituisce la natura o l'essenza di qualcosa, ma tra argomenti che individuano tale natura in considerazioni che prescindono del diritto positivo (per esempio nella struttura fisica o nella funzione economica) e argomenti che invece la fanno dipendere da esso (per esempio perché ciò che si chiama 'natura' è una proiezione della *ratio legis* sul caso). (Sul tipo di considerazioni che influenzano le nostre idee sulla natura o sull'essenza di una cosa, vedi gli spunti interessanti contenuti in R. Bodei, *La vita delle cose*, Roma-Bari, 2009).

53 Queste considerazioni si applicano alla nozione di analogia giuridica come chiarita nel testo e nelle note precedenti, ma non a qualsiasi nozione di analogia giuridica. Per esempio Kaufmann, nell'opera già ricordata, adotta una nozione straordinariamente ampia di 'analogia' che ricomprende tutti i meccanismi di pensiero attraverso i quali ascriviamo oggetti a una stessa classe o tipo. Nel diritto, in questo modo, è da considerare ragionamento per analogia anche la c.d. sussunzione di una fattispecie concreta sotto una fattispecie astratta. È evidente che questa concezione dell'analogia non permette di tracciare le distinzioni operate del testo, ma non permette nemmeno di distinguere tra applicazioni del

La ragione per ricorrere a un'interpretazione estensiva o a un'analogia sta nella duplice circostanza che esse costituiscono tecniche note e pacificamente ammesse di ragionamento giuridico e che conducono nel caso concreto alla stessa conclusione di un argomento a partire dalla natura delle cose. Ovviamente è possibile osservare che le due tecniche conducono al medesimo risultato solo dopo averle esperite entrambe: si sceglie quindi un argomento analogico perché esso consente di giustificare una conclusione che si è già individuata come quella corretta perché maggiormente rispettosa della natura delle cose. A ben vedere l'interprete ritiene che i due casi siano essenzialmente identici e non soltanto simili, dunque esprimersi in termini di estensione analogica è fuorviante; tuttavia, oltre a non frustrare l'obiettivo di ottenere il risultato sperato, l'impiego dell'analogia consente di ostentare la dovuta deferenza alla prassi giurisprudenziale illuminando gli elementi di continuità e di discontinuità che la nuova decisione comporta<sup>54</sup>.

#### **d) l'interpretazione evolutiva**

Anche l'interpretazione evolutiva è stata accostata all'argomento della natura delle cose. Secondo Guastini, per esempio, "l'interpretazione evolutiva si fonda sull'assunto (sulla "finzione", potremmo dire) che, anche quando i testi normativi restino immutati, la volontà del legislatore – o, meglio, della "legge" – sia tuttavia mutevole, e continuamente si adatti alle circostanze (economiche, sociali culturali, etc.)". Essa "può essere argomentata [...] con riferimento alla cosiddetta «natura delle cose» (l'interpretazione dei testi deve mutare quando mutino le circostanze in cui questi testi devono essere applicati)"<sup>55</sup>.

L'accostamento non ha nulla di sorprendente se si considera la frequenza con cui si è posta in relazione la rilevanza della natura delle cose con l'esigenza di tributare nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto il dovuto riconoscimento alle circostanze sociali, o alle condizioni storiche in cui il giurista opera<sup>56</sup>.

---

diritto analogiche e non analogiche, dal momento che ogni applicazione del diritto è un'istanza di "pensiero analogico".

54 L'idea di continuità, o di sviluppo armonico del sistema, è associata alla larga diffusione di argomenti analogici nel diritto, per esempio, da J. Raz, *The Authority of The Law* (2<sup>nd</sup> ed.), Oxford, 2009, pp. 201-209.

55 R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 178-79. Un altro esempio è fornito da V. Greco, *L'interpretazione evolutiva della legge*, Firenze, 2006, dove a p. 201 si legge: "L'interpretazione evolutiva [...] postula la mutevolezza dei bisogni, degli interessi, degli stessi valori e cerca di adeguare le norme alle novità intervenute dopo la loro emanazione. È, quindi, nell'ambito del giusnaturalismo c.d. relativo che essa può trovare fondamento. Non è un caso che tra gli autori che maggiormente hanno riproposto il giusnaturalismo in questa nuova veste vi sia un comune richiamo al concetto di 'natura della cosa' (o del fatto)".

56 Per esempio Radbruch parla di "clima storico" che inevitabilmente influisce sul pensiero

All'interpretazione evolutiva sono solitamente contrapposte l'interpretazione storica e originalista. Con la seconda espressione ci si riferisce in particolare a una tecnica interpretativa che conduce a preferire tra le interpretazioni disponibili quella che meglio rappresenta la volontà del legislatore che ha emanato la norma<sup>57</sup>; la prima invece si riferisce tanto alla volontà del legislatore storico quanto alla "determinazione di significato di una formulazione normativa effettuata in un momento immediatamente successivo, o comunque vicino alla sua emanazione"<sup>58</sup>.

La tecnica dell'interpretazione evolutiva quindi impone all'interprete di ignorare la volontà di chi ha posto la norma e le interpretazioni compiute in passato per la ragione che nel frattempo possono essere intervenuti cambiamenti nelle circostanze di cui occorre tenere conto.

'interpretazione evolutiva' è però una espressione doppiamente oscura. In primo luogo, come ha segnalato Vincenzo Greco, perché ci sono apparentemente due modi incompatibili di caratterizzare l'elemento evolutivo di una interpretazione a cui corrispondono due criteri, altrettanto incompatibili, per distinguere tra interpretazioni evolutive e originaliste o storiche. Si possono infatti considerare evolutive o (i) le interpretazioni che per adeguare la norma al contesto attuale in cui deve essere applicata attribuiscono un significato che si discosta della volontà del legislatore storico o da interpretazioni passate<sup>59</sup> oppure (ii) le interpretazioni che si considerano adeguate alle circostanze sociali esistenti al momento dell'applicazione della norma. Sulla base del secondo criterio però si possono considerare evolutive anche interpretazioni che non lo sono alla luce del primo criterio, perché ritengono che l'evoluzione sociale non ci sia stata o non sia tale da giustificare una modificazione

---

giuridico, riprendendo verosimilmente Geny il quale aveva proposto, come curioso sinonimo di *natura des choses, atmosphère de la vie juridique extérieure* (vedi rispettivamente G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, cit. e F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1954, tomo II, p. 92). Idee affini, con una venatura di storicismo, si trovano in A. BARATTA, *Natura del fatto e giustizia materiale*, cit.

57 Di originalismo si è parlato soprattutto nel dibattito americano sull'interpretazione costituzionale. Per alcune celebri critiche a questo orientamento ermeneutico si veda R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, 1986, cap. X.

58 V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica*, cit., p. 126 (n. 2), il quale peraltro nota che nella prima accezione 'interpretazione storica' indica il criterio per la determinazione del significato (la volontà del legislatore storico), nella seconda invece si limita a fornire le coordinate temporali, ma non indica alcun criterio. Sulla natura controversa dell'interpretazione evolutiva vedi S. Romano, *Interpretazione evolutiva*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 119-134 (il quale nega che si tratti di genuina interpretazione).

59 È ciò che sostiene implicitamente Guastini quando dice che l'interpretazione evolutiva può avere esiti restrittivi o estensivi (R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 179).

nell'attribuzione di significato a un enunciato normativo<sup>60</sup>.

In secondo luogo raccomandare un'interpretazione evolutiva sembra più un richiamo generico a un'esigenza di innovare una prassi interpretativa che si considera obsoleta che un'indicazione di seguire una o più tecniche specifiche<sup>61</sup>.

Se volessimo quindi utilizzare la nozione di interpretazione evolutiva per gettare luce sugli argomenti a partire dalla natura delle cose potremmo essere ragionevolmente accusati di voler spiegare *obscurum per obscurius*.<sup>62</sup> Tuttavia, anche se non aiuta a chiarire la struttura logica degli usi argomentativi della natura delle cose, notare l'intreccio e i tratti comuni tra argomenti evolutivi e argomenti naturalistici può essere interessante sotto un altro aspetto: ci consente di dire che una delle situazioni tipiche in cui i giuristi sentono l'esigenza di cercare soluzioni conformi alla natura delle cose è la presenza di condizioni sociali diverse da quelle esistenti al momento dell'emanazione della norma.

A dire il vero l'intreccio tra natura delle cose e interpretazione evolutiva può essere solo congetturato perché non trova un chiaro riscontro nella prassi giurisprudenziale<sup>63</sup>. In particolare non sono stato in grado di trovare sentenze in cui i giudici qualificano un'interpretazione a partire dalla natura delle cose come un'interpretazione evolutiva o adducano un'evoluzione sociale come la ragione per argomentare a partire dalla natura delle cose<sup>64</sup>. Tuttavia succede che le circostanze

---

60 V. Greco, *L'interpretazione evolutiva della legge*, cit. il quale comunque osserva, a p. 131, che ci poniamo il problema dell'interpretazione evolutiva solo quando qualche mutamento significativo c'è stato; sicché la questione di un'interpretazione evolutiva "a risultato conservatore", cioè di una interpretazione astrattamente disponibile a tenere conto dell'evoluzione intervenuta, ma che conclude nel senso che tale evoluzione non c'è stata, praticamente non si pone.

61 Vedi ancora V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica*, cit. p. 126. Tra l'altro, benché gli studiosi intendano concordemente l'evoluzione rilevante come il mutamento delle circostanze, per così dire, extragiuridiche (sociali, economiche, tecnologiche, ecc.), la giurisprudenza parla a volte di un'interpretazione che è evolutiva in quanto tiene conto dei cambiamenti intervenuti in altre parti del diritto. Vedi per un esempio recentissimo Cass. civ., sezioni unite, sentenza n. 8486 del 14 aprile 2011 che parla di "interpretazione evolutiva del sistema – che tenga conto dei successivi e più recenti interventi legislativi". La terminologia della giurisprudenza tuttavia è fuorviante perché in questi casi ci troviamo di fronte a interpretazioni sistematiche (la cui mutevolezza è funzione del cambiamento del sistema normativo di riferimento, e non dell'evoluzione delle circostanze sociali).

62 In realtà accade più spesso l'opposto, che l'interpretazione evolutiva sia spiegata o giustificata (tra l'altro) per mezzo della natura delle cose. È questo il caso di Vincenzo Greco che nella citata monografia sull'interpretazione evolutiva parla della natura delle cose in un capitolo intitolato "I fondamenti teorici dell'interpretazione evolutiva".

63 Riscontri più espliciti si ritrovano invece in dottrina. Vedi F. Milani, *La natura dei fatti e delle cose nei contratti agrari*, cit., p. 661.

64 C'è in realtà un caso che, benché piuttosto aberrante merita di essere ricordato. Si tratta della sentenza della Cass. civ., sezione lavoro, n. 3110 del 12 aprile 1990. Nella controversia tra una signora

storiche in cui una norma fu emanata siano assunte dal giudice come un prisma attraverso cui guardare alle funzioni sociali di ciò che costituiva, nella intenzioni del legislatore, oggetto di regolamentazione e delimitare di conseguenza la portata della norma quando essa è invocata per casi apparentemente identici, ma in circostanze sociali diverse. In ragionamenti di questo tipo si trovano fusi i luoghi comuni dell'argomento naturalistico e dell'argomento evolutivo perché le funzioni sociali di certi oggetti e di certe pratiche sono individuate alla luce delle mutevoli circostanze storiche. Un esempio ci è offerto dalla sentenza della Cassazione civile, n. 505 del 3 marzo 1967<sup>65</sup>. Il caso è il seguente: un manufatto interrato per la maturazione del vino era stato costruito dal convenuto ad una distanza dal fondo dell'attore minore di quella prevista dall'art. 889 c.c. per le cisterne. Nei due gradi di giudizio i giudici diedero ragione al convenuto, sostenendo che un manufatto del genere deve essere qualificato come vasca vinaria e non come cisterna, dal momento che sarebbero cisterne solo le costruzioni adibite alla raccolta di acque piovane. La corte conferma le decisioni dei giudici di merito sulla base di un argomento duplice di cui qui occorre esaminare solo la seconda parte: l'art. 889 c.c. non può applicarsi a manufatti interrati

---

cieca che aveva diritto a percepire la pensione prevista della legge 66/1962 e il Ministero dell'Interno, quest'ultimo ricorreva in Cassazione lagnandosi, tra l'altro, che il Tribunale di Firenze, giudice di seconda istanza, avesse riconosciuto alla donna il diritto al pagamento degli interessi corrispettivi, mentre elle nella sua domanda aveva richiesto il pagamento degli interessi legali che, secondo il ricorrente, andavano intesi quali interessi moratori, dovuti dalla data di notificazione del ricorso. La decisione della corte, lungamente e dottamente motivata, dà torto alla tesi del Ministero, sulla base della considerazione che il principio generale accolto nel nostro ordinamento è quello della 'naturale fecondità' del denaro, opposto a quello prevalente nella tradizione romanistica e medioevale contrario alle *usurae*, e che quindi una richiesta non ulteriormente qualificata di pagamento degli interessi legali "dev'essere intesa come una semplice istanza di pagamento dei frutti civili sulla somma dovuta". In primo luogo questa sentenza contiene, sì, un riferimento alla natura delle cose, ma in *oratio obliqua*, dal momento che i giudici riportano le parole di una commissione parlamentare del 1864 contenute in una relazione sul libro terzo del codice civile del 1865. Tuttavia il giudice mostra di apprezzare molto gli argomenti naturalistici allorché parla a più riprese di 'naturale fecondità' o 'fertilità' del denaro, quale sua "funzione socio-economica" e afferma che il principio vigente nel nostro ordinamento, che egli utilizza per decidere "è una constatazione che si impone *ex ipsa natura rei* e non già una regola potestativa affidata esclusivamente alla volontà del legislatore". In secondo luogo nella sentenza si trova una ricostruzione dettagliata del processo, espressamente qualificato come un'evoluzione, che ha portato il legislatore ad accogliere l'attuale principio. Come dicevo, si tratta di un riferimento all'evoluzione piuttosto aberrante per gli scopi di questa indagine, perché il giudice non opera un'interpretazione evolutiva, ma considera alcune norme come il precipitato di un processo evolutivo (verso il meglio) delle concezioni economiche del legislatore. È però ugualmente interessante per noi, del momento che illustra in modo esemplare il nesso che c'è tra il metodo della natura delle cose e l'interpretazione intesa non in senso stretto, ma come attribuzione di "senso" a un fenomeno giuridico (si veda su ciò il primo paragrafo di questo capitolo).

65 Si legge in *Giurisprudenza italiana*, CXXI, 1969, col. 546-549.



che non siano adibiti alla raccolta di acqua piovana, poiché nell'epoca in cui il codice fu emanato le cisterne con questo uso, numerosissime, erano costruite con tecniche approssimative che non garantivano una perfetta impermeabilità: “in correlazione di ciò [...] il legislatore ha tassativamente prescritto il vincolo della distanza minima di due metri dal confine”. Senonché i tempi sono cambiati e il progresso nelle tecniche di costruzione ha consentito di costruire vasche interrato qualitativamente molto migliori, al punto di consentirne l'utilizzo anche per liquidi più preziosi dell'acqua. I giudici sottolineano che “[l]’interpretazione [...] tiene conto dei progressi tecnici compiuti in epoche recenti per la stabilità degli scavi e per la raccolta e la conservazione dei liquidi: imporre con un’interpretazione estensiva non giustificata e finora mai adottata da questa Corte, una distanza di due metri dal confine per qualunque serbatoio interrato di conservazione di qualsiasi liquido [...] significherebbe ignorare le garanzie, di sostegno e contro le infiltrazioni, che la tecnica moderna offre anche in questo campo e, conseguentemente, intralciare ingiustificatamente il libero svolgersi dell’attività umana [...]”. Insomma una cosa è raccogliere l’acqua, un’altra è far maturare il mosto: almeno nel 1942 raccogliere l’acqua piovana era un’esigenza essenziale, ma non altrettanto essenziale era raccogliercela tutta, sicché qualche falla nelle cisterne era ben tollerabile, tanto più che le tecniche di allora non permettevano di fare molto meglio: di qui la presunzione di pericolosità *iuris et de jure* che è alla base dell’art 889 c.c. Ma quando si tratta di vino è più importante non disperderlo che conservarlo in serbatoi interrati, al punto che si può presumere un utilizzo di tali recipienti solo in presenza di tecniche che garantiscono la loro totale impermeabilità. L’aspetto naturalistico di questo argomento può essere individuato nella tesi del giudice di legittimità che il legislatore del ‘42 avesse in mente una specifica pratica (la raccolta di acqua piovana) nel momento in cui dettava l’art. 889 c.c. e che perciò quella norma deve essere interpretata alla luce di una comprensione profonda della pratica, che eventualmente includa nel quadro elementi di cui il legislatore non aveva tenuto conto, ivi compresa l’evoluzione tecnologica<sup>66</sup>.

L’argomento evolutivo è un oggetto piuttosto misterioso, ma sappiamo che quando

---

66 È il caso di sottolineare che l’argomento evolutivo che compare in questa sentenza ha un esito piuttosto sorprendente, in quanto la consapevolezza di una intervenuta evoluzione tecnologica è utilizzata per lasciare tutto come prima. La spiegazione di ciò è che per il giudice l’art. 889 non si occupa di un certo tipo di manufatti, ma della pratica del raccogliere acque piovane; ma l’evoluzione tecnica interessa in questo caso una pratica che ha *natura* diversa (*scil.* la produzione del vino) e dunque non ricade nel campo di applicazione della norma. Sarebbe un po’ insolente chiedere ai giudici (come fece in quell’occasione il rappresentante del Pubblico Ministero, intervenuto nella causa) come si sarebbero comportati nell’ipotesi di una cisterna all’ultimo grido per l’acqua piovana: non era questo, dopo tutto, il caso *sub judice*.

viene speso è perché si ritiene che dal momento dell'emanazione della norma siano intercorsi mutamenti nelle circostanze di applicazione che non si possono ignorare. L'indagine svolta in questa sezione consente di concludere (benché in modo congetturale) che tali evoluzioni sono anche quelle che sollecitano in alcuni casi il ricorso del giudice all'argomento della natura delle cose. Si tratta di un contributo modesto alla nostra ricerca, ma da non disprezzare. Mentre il paragone con le tecniche teleologica, sistematica e analogica ci ha posti nella condizione di chiarire come sono fatti alcuni dei ragionamenti in cui si esplica il richiamo alla natura delle cose, il paragone con l'interpretazione evolutiva ci ha consentito di identificare un tipo di situazione che spesso motiva l'impiego di quei ragionamenti. Anche se non c'è un nesso logico o concettuale tra l'argomento naturalistico e il fatto che la circostanze di applicazione di una norma siano diverse da quelle esistenti al momento dell'emanazione è significativo che i giudici, come già avevamo osservato per la dottrina, sentano più pressante l'esigenza di conformare il diritto alla natura delle cose quando le norme appaiono loro superate e anacronistiche.

### III. Verso una spiegazione a più livelli

1. *Modelli di analisi.* Il richiamo alla natura delle cose sottende, secondo i casi, argomenti teleologici, argomenti sistematici o argomenti evolutivi; talvolta è collegato con l'analogia e l'interpretazione evolutiva. Ciò dimostra che esiste una molteplicità irriducibile negli usi argomentativi, oppure è possibile trovare tratti significativi comuni a tutti questi casi? Indubbiamente, se concediamo che l'indagine svolta sia sufficientemente accurata, è possibile formulare una risposta elementare articolata in cinque enunciati: (1) tutti i giudici che si appellano alla natura delle cose impiegano un argomento teleologico o sistematico o evolutivo o (con le precisazioni fatte) analogico. Inoltre, (2) alcuni giudici che si appellano alla natura delle cose impiegano un argomento teleologico, (3) alcuni impiegano un argomento sistematico, (4) alcuni un argomento evolutivo; (5) alcuni un argomento analogico o estensivo (salve le precisazioni fatte)<sup>67</sup>. L'enunciato (1) non può essere considerato una *descrizione* comune perché non isola (almeno) un predicato posseduto da tutte le argomentazioni a partire dalla natura delle cose: di conseguenza esso è ben poco informativo. Gli

---

67 Gli enunciati da (2) a (5) sono resoconti di dati osservativi, l'enunciato (1) è la conclusione di una inferenza induttiva che estende a tutte le argomentazioni a partire dalla natura delle cose le proprietà osservate nel campione di sentenze esaminato. Ho assunto che le informazioni raccolte siano abbastanza esaustive da escludere che si diano casi di natura diversa. La possibilità (tutt'altro che implausibile) che casi del genere si diano, in ogni caso, non inficia in modo drammatico le considerazioni che seguono.

enunciati (2)-(5) forniscono informazioni su casi singoli (sono infatti introdotti dall'aggettivo indefinito 'alcuni', che ha la funzione logica di quantificatore esistenziale) e quindi sono strutturalmente inadeguati a costituire la descrizione comune desiderata.

L'insieme degli enunciati (2)-(5) fornisce comunque almeno un'informazione importante: non è possibile, come spesso si è cercato di fare, tradurre gli argomenti a partire dalla natura delle cose nei termini di qualche altro argomento. Più precisamente, 'argomento naturalistico' non è né sinonimo di qualche altra espressione usata per designare uno schema argomentativo<sup>68</sup>, né denota un sotto-insieme di argomenti che istanziano un medesimo schema. Così, è sufficiente che sia vero (3) (oppure (4) o (5)) per smentire le tesi che tutti gli argomenti naturalistici siano argomenti teleologici o che 'argomento naturalistico' sia un altro nome per gli argomenti teleologici, ed è sufficiente che sia vera la congiunzione di (2) e (3) (o di qualsiasi altra combinazione formata dagli enunciati da (2) a (5)) per escludere tesi analoghe che sostituiscano a 'argomento teleologico' il nome di qualche altro argomento.

Queste considerazioni sono piuttosto pedanti, ma offrono un saggio interessante di quello che è possibile dire sull'argomento naturalistico a prescindere dall'adozione di qualunque modello analitico. Esse presuppongono che siano noti alcuni schemi argomentativi, ma nessuna posizione intorno al modo in cui va costruita una teoria generale dell'argomentazione giuridica. Peraltro sono considerazioni gravide di conseguenze significative, che mutano a seconda del modello di analisi prescelto.

Supponiamo di adottare il modello più semplice, secondo cui le tecniche argomentative giudiziali costituiscono una lista di schemi di ragionamento la cui conclusione è costituita da una norma giuridica. In questa prospettiva si possono immaginare due reazioni suscitate dalle considerazioni riassunte dagli enunciati (1)-(5). In primo luogo si può ritenere che figure illustri come l'argomento sistematico o l'analogia meritino di essere incluse nella lista delle tecniche argomentative. Ma allora lo stesso trattamento non può essere riservato all'argomento naturalistico. Si può infatti presumere che chiunque sarebbe pronto a considerare l'esaustività, la non ridondanza e l'univocità come pregi di una simile lista; ma (1) esclude che l'argomento naturalistico contribuisca a rendere esaustiva una lista e dunque rende ridondante la sua menzione, mentre la congiunzione di (2)-(5) ne mette in luce

---

68 Il ragionamento completo è il seguente: 'argomento naturalistico' non è coestensivo ad alcuna altra espressione usata per designare uno schema argomentativo, dunque, *a fortiori*, non è sinonimo di alcuna di esse. Questo argomento è una semplice applicazione della tesi di Frege secondo cui il riferimento di una espressione dipende dal suo senso. Vedi Frege, *Senso e significato* (1892), in AA VV, *Filosofia del linguaggio*, Milano, 2003, pp. 18-41.

l'ambiguità. In secondo luogo si può desiderare di includere l'argomento naturalistico nella lista; in tal caso le altre parti di essa vanno riviste per escludere ridondanze e ambiguità. Per esempio la sovrapposizione tra argomenti naturalistici e sistematici può suggerire di eliminare oppure di ridefinire la nozione di argomento sistematico<sup>69</sup>.

Né l'eliminazione né l'inclusione dell'argomento naturalistico dipendono esclusivamente dalle premesse (1)-(5); esse sono piuttosto il frutto di un tentativo di rendere conto di quelle considerazioni all'interno di un particolare modello analitico, che nella specie prevede che tutte le tecniche argomentative abbiano una conclusione omogenea, consistente nella formulazione di una norma giuridica.

Come si è già accennato non tutti i teorici dell'argomentazione adottano questo modello "classico"<sup>70</sup>. Molti di loro prediligono un modello più ricco che contempla anche tecniche che non servono a giustificare direttamente l'adozione di una norma per decidere il caso, ma l'adozione di una ulteriore tecnica per individuare quella norma. Alla luce di questo modello è possibile interpretare gli enunciati (1)-(5) in modi ulteriori: per esempio (2) ('alcuni giudici che si appellano alla natura delle cose impiegano un argomento teleologico') può essere interpretato nel senso che un argomento naturalistico serve a giustificare l'adozione di un argomento teleologico. Visto che alcuni giudici che si appellano alla natura delle cose impiegano invece altri argomenti si può essere tentati di sostenere che 'natura delle cose' non è il nome di un argomento – di primo grado – attraverso cui individuare norme giuridiche, ma della ragione comune che porta il giudice Tizio ad argomentare teleologicamente e il giudice Caio sistematicamente. Naturalmente ciò non vuol dire che questa soluzione sia necessaria: tutte le soluzioni precedentemente prefigurate continuano a essere praticabili. Piuttosto questo modello consente di scegliere tra un *range* più ampio di opzioni.

Perché l'argomento naturalistico debba essere effettivamente classificato tra gli argomenti di secondo grado occorre che esso fornisca effettivamente ragioni per adottare, volta a volta, uno dei quattro argomenti di primo grado. Ciò implica che la motivazione del giudice possa essere analizzata come costituita da una serie di

---

69 Nel quadro del mio argomento non è importante stabilire le ragioni per cui un sostenitore di questo modello dovrebbe preferire l'una o l'altra opzione. In ogni caso è plausibile che la scelta dipenda in modo consistente dall'importanza che lo studioso riconosce alla presenza di forme di pensiero "naturalistiche" nelle argomentazioni giuridiche. Per esempio Tarello mostra di attribuirvi un grosso peso quando afferma che molti argomenti sistematici si basano su costruzioni dogmatiche di ispirazione naturalistica. Ne consegue che è meglio ricondurre quegli argomenti allo schema dell'argomento naturalistico rispetto a quello altrettanto idoneo ad accoglierli, ma meno perspicuo, dell'argomento sistematico.

70 Vedi per esempio R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit.; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit.

passaggi collegati e che l'esigenza di conformare la decisione alla natura delle cose compaia in un passaggio collocato più "a monte" rispetto a quello in cui si afferma l'esigenza di interpretare secondo il fine, l'evoluzione delle circostanze ecc. Avviene ciò, per esempio, quando si ritiene che un fine vada perseguito (tramite un'interpretazione teleologica) perché è un fine che si trova *in rerum natura*.

Se dovessi indicare tra i due il modello analitico più adeguato per illuminare gli usi giudiziali di 'natura delle cose' indubbiamente sceglierei il secondo, perché mi sembra che il collegamento tra il ricorso alla natura delle cose e l'impiego di certe tecniche argomentative non sia casuale e, inoltre, che ci sia un "clima" comune nelle decisioni che invocano la natura delle cose come ragione per tenere conto di fini oggettivi, di relazioni sistematiche tra norme, dell'evoluzione del contesto sociale e di classificazioni che alla luce delle categorie del diritto positivo appaiono come estensioni analogiche.

Tuttavia il modello a più livelli ha un aspetto insoddisfacente. Comunemente si parla di tecniche interpretative o argomentative (o di metodi, canoni, ecc.) per indicare i ragionamenti con cui i giudici giustificano la scelta della norma da applicare al caso concreto<sup>71</sup>. Gli argomenti di secondo livello hanno a che fare con la giustificazione di questa scelta solo indirettamente. C'è un'immagine che illustra bene il collegamento degli argomenti di secondo livello (e in generale degli argomenti di livello superiore al primo) con la scelta della norma: l'argomentazione del giudice può essere rappresentata come una catena di ragionamenti deduttivi, ciascun ragionamento costituendo un anello il cui ultimo tratto – la conclusione – si identifica con il primo tratto – la premessa maggiore – dell'anello successivo<sup>72</sup>. A un'estremità della catena si colloca la decisione del giudice, mentre l'anello immediatamente precedente è costituito da un'istanza di una tecnica argomentativa di primo livello. Risalendo di un altro anello si incontrano gli argomenti di secondo livello e così via: la lunghezza della catena e la distanza dell'altra estremità dipendono dalla complessità dell'argomentazione.

In questo quadro, secondo un approccio piuttosto naturale, tutte le operazioni del giudice sono viste in funzione della decisione, come mostra chiaramente l'uso di numeri ordinali crescenti per identificare la distanza di un ragionamento dalla decisione del caso. In questo modello qualunque credenza del giudice sul diritto può essere considerata una premessa della decisione, purché indicata da un numero

---

71 Talvolta con l'espressione 'argomentazione giuridica' ci si riferisce anche al ragionamento che conclude per l'applicazione di quella norma (il cosiddetto sillogismo giudiziale). Per un uso simile di 'argomentazione giuridica' vedi M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2004, cap. V.

72 L'immagine della catena di ragionamenti è frequentissima. Essa è riccamente illustrata per esempio in E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

ordinale sufficientemente alto: di conseguenza esso risulta particolarmente congeniale alle teorie del diritto che assegnano un ruolo fondamentale alle fasi dell'interpretazione e applicazione del diritto<sup>73</sup>. Si tratta cioè di un modello che possiamo applicare senza remore solo se pensiamo che un quadro completo delle tecniche argomentative adottate in funzione della decisione esaurisca ciò che si può desiderare di sapere sul metodo di chi opera nel diritto.

D'altra parte, se non partiamo da questo presupposto, il fatto che una descrizione comune ai contesti decisionali in cui si ricorre alla natura delle cose non possa essere trovata sul piano della tecnica (di primo livello) impiegata, ma vada ricercata in premesse comuni più remote, può essere il segno più interessante che il ricorso alla natura delle cose non rappresenta una tecnica interpretativa, ma entra in gioco in una fase diversa del metodo giuridico. Questa ricostruzione si basa sull'assunto che la scelta delle tecniche interpretative non costituisca per un giurista un problema autonomo e primitivo, ma dipenda da – e per così dire incorpori – scelte che avvengono a un livello più fondamentale e che delineano la concezione del diritto del giurista<sup>74</sup>.

La scelta di un modello analitico per lo studio degli usi giudiziari della natura delle cose si intreccia così con le convinzioni dello studioso circa l'agenda dei problemi di cui la filosofia del diritto dovrebbe occuparsi.

Personalmente propendo per l'idea che gli argomenti che i giudici usano per selezionare le tecniche argomentative che ritengono più adeguate (il ricorso alla natura delle cose, l'abbiamo visto, è proprio un argomento del genere) possano essere intesi non solo come anelli di una catena che si conclude con una scelta interpretativa, ma anche come indicatori di un insieme di credenze che si potrebbero caratterizzare come la loro concezione del diritto. Da questo punto di vista l'immagine di una catena di ragionamenti deduttivi che conducono alla decisione del caso concreto può creare un'illusione prospettica che schiaccia tutti i problemi intorno a cui l'analisi dei discorsi dei giudici può gettare luce su quelli dell'interpretazione giuridica<sup>75</sup>. Viceversa i giudici, come gli altri giuristi, modellano la propria gerarchia di

---

73 Per esempio le teorie realistiche, oppure le teorie che concepiscono il diritto come discorso razionale (Habermas, Alexy) o come pratica interpretativa a più mani (Dworkin).

74 Penso alla distinzione tra problemi centrali e fondamentali della filosofia del diritto che compare in M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit. Su ciò vedi da ultimo V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto* (relazione tenuta al *Convegno nazionale della Società Italiana di Filosofia del diritto*, Torino, 16-18 settembre 2008), in *Criminalia*, 2008, pp. 493-507.

75 Naturalmente questa immagine può andare benissimo per altri scopi; così avviene per esempio quando ci occupiamo del problema della giustificazione razionale o della controllabilità delle decisioni. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit.

preferenze circa le tecniche interpretative da impiegare sulla base di una concezione del diritto. Spesso i loro discorsi sono completamente opachi rispetto a tale concezione; tuttavia quando esplicitano gli argomenti – di secondo grado – che presiedono alla scelta di una tecnica interpretativa, possiamo sperare di apprenderne qualcosa di più.

2. *La concezione del diritto dei giudici naturalisti.* Alla luce di queste considerazioni è possibile riformulare la domanda posta all'inizio del paragrafo: quali tesi, o idee, sul diritto, accomunano i giudici che fanno appello alla natura delle cose e che legame c'è fra esse e la scelta di alcuni argomenti anziché di altri?

Si può muovere dall'osservazione, invero molto generica, che tutti e quattro gli argomenti di primo grado menzionati dagli enunciati (2)-(5) consentono al giudice di ritenere rilevante un quadro di elementi più ampio di quello reso disponibile da altre prospettive. Per esempio un argomento sistematico consente al giudice di un nostro esempio di evitare un'interpretazione di 'contenuto essenziale dell'atto amministrativo' che non tiene conto del fatto che la notificazione di un atto amministrativo solleva problemi e coinvolge interessi peculiari.

Tra i fattori limitanti più in contrasto con l'esigenza di adeguare il diritto alla natura delle cose mi pare che i giudici individuino la convinzione che la legge contenga criteri indefettibili per l'applicazione dei concetti giuridici e in generale la tendenza a non ammettere alternative all'interpretazione letterale. Ciò è evidente nelle due varianti dell'interpretazione sistematica che abbiamo considerato e lo è ancor più nell'interpretazione teleologica. Da una prospettiva che colga il sistema in cui una norma si inserisce o lo scopo per cui è dettata, taluni dettagli del quadro legislativo possono essere facilmente eliminati o limati come imprecisioni o incoerenze e altri introdotti *ex novo* come aspetti impliciti nel fine o nelle esigenze del sistema<sup>76</sup>.

Non tutti gli argomenti teleologici e sistematici, comunque, sono accompagnati da un riferimento alla natura delle cose; quando appare, esso fornisce una ragione del tutto peculiare per ritenerli apprezzabili e al contempo impone un vincolo al loro impiego. Il sistema e i fini da accogliere sono quelli per cui si può mostrare un riscontro nelle cose: un fine scelto arbitrariamente o un sistema artificioso che non regola un insieme di attività socialmente tipiche non sarebbe accreditato dall'argomento naturalistico. Solo una volta guadagnato il punto di osservazione da cui uno "scorcio" del diritto appare corrispondente con un aspetto specifico della realtà sociale si può procedere alla limatura dei dettagli legittimata dall'argomento naturalistico. L'idea che si trova al fondo di questo approccio è che talvolta le norme

---

76 Perciò l'argomento sistematico e teleologico potrebbero essere inseriti nella categoria, a dire il vero un po' grossolana, degli argomenti antiformalisti.

giuridiche si occupano di affari di cui abbiamo un certo grado di consapevolezza – che ci deriva dalla conoscenza del contesto – che precede l’esame accurato del loro contenuto<sup>77</sup>. Quindi possiamo individuare gli scopi che perseguono e raggrupparle in sistemi prima di sapere esattamente che cosa dicono. Per esempio il giudice del nostro esempio sapeva in anticipo che alcune norme sul contenuto degli atti amministrativi si riferiscono a un campo di affari diverso da altre norme che pure parlano di tale contenuto, perché la notifica di un atto è questione che appare immediatamente diversa da quella, poniamo, della redazione di tali atti. Ciò fa sì che quando ci rendiamo conto che ci sono aspetti di quegli affari che le norme hanno tradito (o che tradirebbero accogliendo una certa interpretazione), vuoi perché includono troppo, vuoi perché includono troppo poco<sup>78</sup>, possiamo procedere ai necessari interventi.

Queste considerazioni ci consentono di accostare la questione, spesso sollevata dagli studiosi, del rapporto tra natura delle cose ed equità. Tale apparentamento ha radici assai remote<sup>79</sup> e deve aver assunto in un certo momento lo *status* di un luogo comune nella cultura giuridica, dato che molti autori ne trattano come di un punto che si trova ineluttabilmente sull’agenda di chi si occupa di natura delle cose<sup>80</sup>. La decisione equitativa, come mezzo per attuare la giustizia del caso concreto, è sovente contrapposta alla decisione sulla base di regole generali. Quanto abbiamo detto sin ora

---

77 Le norme hanno cioè un elemento indessicale. I filosofi del linguaggio e i linguisti esibiscono come esempi paradigmatici di indessicalità parole come ‘io’, ‘questo’, ‘qui’, ecc.: in tali casi è evidente che il riferimento (nonché il valore di verità) di enunciati contenenti simili termini dipende dal contesto in cui sono proferiti. Un articolo classico è Y. Bar-Hillel, *Espressioni indessicali* (1954), in A. Bonomi (a cura di), *La struttura logica del linguaggio*, Milano, 2001, pp. 455-477. Molti autori comunque pensano che il linguaggio abbia elementi indessicali che si estendono ben al di là dell’uso di espressioni come ‘io’ e ‘questo’. Per esempio Putnam osserva che “parole come ‘acqua’ hanno una componente indessicale inosservata: ‘acqua’ è la sostanza che sta in una certa relazione di similarità con l’acqua *che c’è qui*” (H. Putnam, *Il significato di ‘significato’*, cit., p. 258). Su tali questioni vedi *infra*, cap. 4.

78 È il tema della sovra- e sotto-inclusività delle norme trattato da Schauer. Comunque Schauer parla di sovra- o sotto-inclusività rispetto alla giustificazione di una norma, qui invece il termine di riferimento è l’ambito di affari che le norme intendono regolare. Vedi F. Schauer, *Le regole del gioco* (1990), Bologna, 2000.

79 Lo troviamo per la prima volta nel libro V dell’*Etica Nicomachea*, in cui l’equità è rappresentata come un correttivo del giusto legale (νομίμων δίκαιον) alla luce della natura della cosa (φύσις τοῦ πράγματός). Vedi Aristotele, *Etica Nicomachea*, Milano, 2003, pp. 221-223. È interessante al riguardo un’indagine storica di Simona Cerutti che studia l’intreccio tra equità, cultura scolastica e idea della natura delle cose nella giurisprudenza commercialistica del Settecento. Vedi S. Cerutti, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime (Torino XVIII secolo)*, Milano, 2003.

80 Oltre ai lavori già citati di Radbruch e Morra, si veda il cenno in M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 182.



sembra escludere che la natura delle cose sia normalmente invocata come strumento equitativo, poiché le decisioni orientate alla natura delle cose sono basate su interpretazioni che non hanno nulla di peculiare quanto al grado di generalità.

Le cose in realtà sono più complesse di come appaiano a un primo sguardo. Da un lato c'è chi ritiene che anche le decisioni equitative non possono fare a meno di appoggiarsi su un corpo di *regole* d'equità<sup>81</sup>; da questo punto di vista ciò che caratterizza l'equità non è la possibilità di prescindere da regole, ma una maggiore libertà nell'individuare la regola più adeguata al caso. Dall'altro lato il procedimento seguito per individuare le norme conformi alla natura delle cose consente al giudice di formulare descrizioni del caso di grana più fine di quanto gli sarebbe altrimenti permesso. In tale procedimento le norme giuridiche hanno infatti la funzione di indicare "ostensivamente" una certa area di affari, ma non predeterminano tutte le caratteristiche rilevanti ai fini della decisione. Come abbiamo visto l'appello alla natura delle cose autorizza il giudice a prendere in considerazione angoli e recessi degli affari regolati che sfuggono alle maglie troppo grossolane della legge. Sotto questo profilo il modo di operare del giudice naturalista ricalca un tratto che fin dall'antichità è stato attribuito alla decisione equitativa, per mezzo dell'immagine aristotelica del regolo lesbio, che "si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido"<sup>82</sup>.

La flessibilità e la sensibilità alle sfumature della realtà sociale che l'argomento naturalistico consente ai giudici sono particolarmente evidenti nel caso dell'interpretazione evolutiva. Qui il fatto che alcune delle circostanze in cui una norma si occupa abbiano assunto contorni nuovi con il passare del tempo rappresenta una ragione per interpretarla in un modo nuovo. Può darsi che una norma impieghi criteri che al momento della sua emanazione ne ritagliavano il campo di applicazione con esattezza, ma che essa sia diventata con il tempo un vestito troppo largo, o troppo stretto. Il legislatore, intendendo regolare il tipo di affare A, può aver individuato in B il criterio di applicazione della norma sulla base dell'osservazione corretta che tutti i casi di A presentavano anche la caratteristica B. Tuttavia in circostanze sociali mutate possono presentarsi casi di A in cui al posto della caratteristica B se ne trova un'altra, C. In casi simili l'idea che il diritto regoli A secondo la sua vera natura, a prescindere cioè dall'immagine parziale e limitata che ne aveva il legislatore, giustifica l'inclusione di C tra i criteri per l'applicazione della norma<sup>83</sup>. L'interpretazione

---

81 F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 13<sup>a</sup> ed., Napoli, 2007, p. 33.

82 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1138a.

83 Molti casi di questo tipo sono quelli in cui il progresso tecnologico ha permesso di realizzare cose dotate di una certa funzione con mezzi del tutto nuovi (p.e. organi artificiali, o veicoli che si librano nell'aria anziché scorrere su ruote: per quest'ultimo esempio si vedano le sentenze riportate in L. Pelliccioli, V. Velluzzi (a cura di), *L'analogia e il diritto*, cit., pp. 158-166. Sul tema del progresso

evolutiva consente di realizzare nella dimensione diacronica manovre simili a quelle che argomenti sistematici, teleologici o analogici consentono su scala sincronica, con la sola differenza che non è necessario postulare incoerenze o imprecisioni da parte del legislatore, ma è sufficiente additare l'anacronismo dei giudizi su cui si è basato.

Come si vede le credenze e gli schemi concettuali sottesi dagli usi giudiziari di 'natura delle cose' sono tali da influire notevolmente sull'interpretazione, ma sarebbe davvero avventato dire che si tratta di credenze che attengono all'interpretazione della legge in senso stretto. In senso lato, l'argomento naturalistico è solidale con una "interpretazione" del diritto come strumento di regolazione flessibile e adattabile alle configurazioni imprevedibili che la "materia" regolata può assumere. Ma che esso prescriva certi orientamenti nell'interpretazione (in senso stretto) degli enunciati normativi è il frutto dell'incontro fortuito con una riflessione del tutto eterogenea che ha parimenti un ruolo nel ragionamento dei giudici naturalisti: mi riferisco alla convinzione che il compito del giudice sia in ogni caso di applicare norme emanate da un'autorità legislativa (o, più in generale, da un'istituzione autorizzata). Si tratta di un incontro casuale ma gravido di conseguenze.

Se infatti ai giudici fosse consentito applicare il "regolo lesbio" direttamente alla realtà, essi non avrebbero alcun bisogno di interpretare testi giuridici per ottenere la conformità del diritto alla natura delle cose. Essi troverebbero ogni volta la soluzione più adeguata nel tipo di situazione da regolare<sup>84</sup>. Senonché anche i giudici naturalisti considerano l'esistenza di norme emanate da un'autorità legislativa un limite insuperabile; di conseguenza non si può dare una decisione corretta che non sia anche qualificabile come l'esito di un'interpretazione plausibile della legge.

L'ideale della conformità del diritto alla natura delle cose e la percezione di un vincolo a un insieme predeterminato di enunciati giuridici giocano ruoli molto diversi nell'insieme delle convinzioni di un giudice naturalista. Presi nel loro insieme, questi due aspetti spiegano perché i giudici naturalisti si rivolgano alla natura delle cose esclusivamente nel quadro dell'interpretazione di enunciati normativi. Nessuno dei due, comunque, può essere adeguatamente compreso se non allargando lo sguardo oltre il problema specifico dell'argomentazione giuridica.

---

tecnologico come motivo ricorrente nell'interpretazione evolutiva, vedi V. Greco, *L'interpretazione evolutiva*, cit, *passim*.

84 Questa peraltro è più o meno la posizione che Brian Leiter attribuisce al realismo giuridico americano, che descriverebbe i giudici come reattivi agli stimoli fattuali (*stimulus of facts*) molto più che alle ragioni giuridiche, che del resto secondo i realisti sono altamente indeterminate. Vedi B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 21 sgg. Dunque il giudice, d'accordo con l'immagine realista (almeno nella lettura di Leiter) giudica in base ai fatti del caso, indipendentemente dalla loro qualificazione da parte di qualche norma: "Realist idea is that judges are responding to the underlying facts of the case, facts that are not made relevant by any legal rule" (p. 22).

È ciò che comincerò a fare nel prossimo capitolo. Come primo passo, cercherò di spiegare perché, oltre all'interpretazione, il problema della natura delle cose sia stato spesso associato alla teoria delle fonti. In seguito mi occuperò più seriamente di quanto abbia fatto finora della concezione generale del metodo giuridico che caratterizza la prospettiva di un giurista naturalista e che, come si vedrà, non si identifica con una semplice definizione di 'natura delle cose'.

*Natura delle cose, diritto positivo e concetto di diritto*

**I. L'alternativa tra approccio "filosofico" e approccio "giuridico" alla natura delle cose**

1. *Il dibattito sulla natura delle cose come fonte del diritto.* Circa mezzo secolo fa una schiera piuttosto folta di filosofi del diritto di varie nazionalità discuteva animatamente su quale fosse la migliore configurazione da dare alla teoria giusfilosofica della natura delle cose<sup>1</sup>. Anche se c'era un accordo generale sull'importanza di avere una teoria del genere, di fatto ciascuno aveva una idea propria sul sistema filosofico più adeguato a rendere conto del ruolo della natura delle cose nel diritto. Radbruch era un neokantiano, ma altri preferirono chiamare in causa l'idealismo di Hegel, il vitalismo di Bergson, l'esistenzialismo heideggeriano, il marxismo e il tomismo<sup>2</sup>. Ciò non significa, comunque, che i protagonisti di quel dibattito ignorassero o trascurassero il rilievo che il problema aveva avuto in numerosi scritti giuridici. Il seminale articolo di Radbruch per esempio conteneva una citazione di Dernburg, un giurista tedesco di fine ottocento<sup>3</sup>, in seguito più volte ripresa da altri<sup>4</sup> e intendeva occuparsi della natura della cosa quale forma di pensiero giuridico, ove l'aggettivo 'giuridico' si riferisce a "interpretazione, integrazione, legislazione". A dire il vero il principale addentellato giuridico dei discorsi di Radbruch e di coloro che

---

1 L'origine di questa discussione va individuata nella pubblicazione da parte di Gustav Radbruch, in seguito alla caduta del regime nazista di cui era un oppositore, di una versione rielaborata e ampliata dell'articolo del 1941 più volte citato (G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, cit.). Il dibattito raggiunse il suo apice nei convegni di Saarbrücken (del 1958) e di Tolosa (del 1964). Di quest'ultimo furono pubblicati gli atti nel volume *Droit et nature des choses: travaux de colloque de philosophie du droit comparé*, Parigi, 1965. Traggio notizia di queste vicende da A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale*, cit.

2 Ciascuna di queste posizioni è meticolosamente registrata da Baratta. Credo che il florilegio di teorie della *Natur der Sache* degli anni '50 e '60 costituisca, a prescindere dal suo oggetto, un saggio interessantissimo del fenomeno che Bobbio chiamò 'filosofia del diritto dei filosofi'. Per lo più si tratta di tentativi di adattare la nozione di natura delle cose al proprio "sistema" preferito. Le teorie marxiste della natura delle cose tuttavia occupano un posto a parte perché si basano su alcuni spunti letterali presenti in alcuni scritti giovanili di Marx. Sul tema vedi R. Guastini, *Marx. Dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bologna, 1974, pp. 70 e sgg.; P. Di Lucia, *Normatività*, cit.

3 G. Radbruch, *La natura della cosa*, cit., p. 150-151. La citazione completa si può leggere *supra*, Intr., nota 37.

4 Per la verità, di quel passo si era già accorto Geny, che però non lo riportava per esteso. F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, 1899, p. 88

lo seguirono era la teoria delle fonti del diritto. Intorno a questo problema, secondo la ricostruzione di Alessandro Baratta<sup>5</sup>, si polarizzarono due posizioni: la prima, ascrivibile a Radbruch, secondo cui la natura delle cose è una fonte sussidiaria, subordinata alla legge e materiale; la seconda, che ha per capofila Maihofer, secondo cui essa è una fonte primaria e formale, da collocare accanto alla legge<sup>6</sup>.

Ovviamente convergono sulla posizione di Radbruch gli autori più prudenti e moderati, mentre le tesi di Maihofer raccolgono l'assenso di coloro che cercano una rottura più netta con i metodi tradizionali<sup>7</sup>. La distinzione tra le diverse teorie della natura delle cose sulla base della loro collocazione su una scala di moderazione/radicalità comunque dice assai poco dal punto di vista teorico, così come dice poco la tesi, spesso accolta come un luogo comune, che l'appello alla natura delle cose sia una forma modesta e conciliante di giusnaturalismo<sup>8</sup>.

La stessa alternativa tra fonte primaria e formale e fonte sussidiaria e materiale è formulata in una maniera che pochi oggi potrebbero considerare soddisfacente, perché fonde due problemi che necessitano di essere distinti. Il primo problema è quello dell'importanza, o del rango gerarchico della fonte. La qualificazione di una fonte come 'primaria' allude infatti al suo grado gerarchico: è primaria una fonte che, in una gerarchia, occupa lo stesso grado della legge, mentre una fonte che si trova a un livello più basso può essere detta secondaria o subordinata. Tuttavia la versione moderata non qualifica la natura delle cose come fonte secondaria, attribuendole lo stesso rango dei regolamenti o degli usi, ma come fonte sussidiaria, che viene in aiuto dei diversi operatori giuridici quando questi ne avvertono il bisogno, per esempio allorché osservano l'esistenza di una lacuna del diritto, o cercano lumi per redigere una nuova legge, ma non basta da sola per produrre nuovo diritto. La nozione di fonte sussidiaria richiama quindi un criterio di classificazione diverso, che non attiene al rango gerarchico.

---

5 A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale*, cit., pp. 4-5.

6 Vedi W. Maihofer, *Die Natur der Sache*, in *Archiv für Rechts und Sozial-philosophie*, 1958, pp. 145-174. Per la precisione Maihofer parla di "außergesetzlichen Rechtsquelle" (p. 172).

7 Occorre puntualizzare che Radbruch scrive sulla *Natur der Sache* prima di formulare la sua abiura del positivismo giuridico. Inoltre l'argomento che egli oppone al positivismo (compendiato nella nota "formula di Radbruch") non ha nulla a che vedere con gli argomenti che adduce a sostegno del metodo della natura delle cose. In Italia, mentre autori come Bobbio, Morra e Di Robilant mostrano una certa inclinazione verso la concezione della natura delle cose come fonte sussidiaria, Baratta è più vicino alle posizioni di Maihofer. Si vedano: N. Bobbio, *La natura delle cose*, cit.; N. Morra (voce) *Natura delle cose*, cit.; E. Di Robilant, *Sui principi di giustizia*, Milano, 1961, pp. 224-234; A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 36, 1959, pp. 177-228; Id., *Natura del fatto e giustizia materiale*, cit.

8 Si veda per esempio J. Stone, *The Nature of Things on the Way to Positivism?*, in *Archiv für Rechts und Sozial-philosophie*, 44, 1964, pp. 145-168.

Alla luce di questo secondo criterio le fonti sono distinte in formali e materiali, a seconda che si tratti di fatti che l'ordinamento qualifica come produttivi di diritto (fonti formali, o fonti in senso proprio), oppure di fatti che influenzano il contenuto del diritto, ma non sono qualificati come fonti dall'ordinamento (fonti materiali, o fonti in senso improprio)<sup>9</sup>. Affermando che la natura delle cose è una fonte materiale e non formale non si vuole perciò dire che essa è una fonte poco importante o marginale, ma che essa non entra nel quadro, normativamente determinato, delle fonti (formali) del sistema<sup>10</sup>.

L'impiego incrociato dei due criteri può produrre due ulteriori teorie che la classificazione in esame non contempla. Si può sostenere che la natura delle cose sia fonte formale ma subordinata alla legge<sup>11</sup>, oppure che sia fonte materiale di norme di rango primario<sup>12</sup>. Nel primo caso, anche se le si riconosce la qualità di fonte formale, la natura delle cose rivestirebbe un ruolo piuttosto marginale, quale è quello secondo molti giocato nel nostro ordinamento dalla consuetudine. Nel secondo caso la sua importanza sarebbe notevole pur situandosi al di fuori del sistema delle fonti.

Il fatto di non tenere conto di queste due ulteriori possibilità non è comunque l'unico difetto della classificazione offerta da Baratta. Una mancanza più radicale è

---

9 Per essere più precisi, la distinzione resa nel testo è quella tra fonti formali e fonti *solo* materiali. Si danno anche fatti che sono fonti sia in senso formale che materiale: infatti la qualificazione di fonte formale e la qualificazione di fonte materiale sono le conclusioni di due indagini distinte e indipendenti. Nel primo caso ci chiediamo se l'ordinamento qualifichi quel fatto come fonte, nel secondo se concorra "di fatto" a determinare il contenuto del diritto e, naturalmente, può darsi che per un certo fatto entrambe le indagini conducano a una risposta positiva. Ma poiché, negli studi sulla natura delle cose quale fonte del diritto, quella tra fonte formale e fonte materiale è presentata come un'alternativa genuina, occorre che un polo dell'alternativa escluda l'altro e dunque la natura delle cose sia qualificata o come fonte *solo* formale, o come fonte *solo* materiale. La prima opzione è implausibile: la tesi della natura delle cose come fonte formale è infatti espressamente additata come la tesi più forte. Rimane perciò la seconda opzione: la natura delle cose è intesa o come fonte *anche* formale, o come fonte *solo* materiale. Circa i rapporti tra fonti formali e materiali si vedano V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, 1970 e R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, pp. 24-26. Guastini chiama fonte materiale "ogni atto che produce norme generali e astratte: quali che siano il suo nome, il suo procedimento di formazione, e l'organo da cui promana"; chiama fonte formale "ogni atto non già effettivamente produttivo di norme, ma *autorizzato* – da una norma – a produrre (altre) norme: quale che sia il contenuto".

10 La specificazione che il quadro riguarda le fonti *formali* è superflua perché non può esistere un quadro delle fonti materiali del sistema.

11 Sembra essere di questo tipo la soluzione di Asquini studiata nel primo capitolo.

12 Si potrebbe leggere in questo senso l'affermazione di Radbruch, contenuta nell'*incipit* del suo celebre articolo, secondo cui la natura delle cose è, tra l'altro, "pensiero direttivo della legislazione". Non saprei indicare il corrispettivo tedesco di questa curiosa espressione perché Radbruch non la riportò nella versione tedesca dell'articolo. Può forse interessare il lettore che il traduttore della versione del 1941 fu Bruno Leoni.

che essa trascura il punto di vista a partire dal quale le teorie sono elaborate, e in particolare non distingue tra teorie relative a un singolo ordinamento e teorie di carattere universale. Parafrasando una nota espressione di McCormick si potrebbe dire che si tratta di una classificazione pre-benthamiana<sup>13</sup>, in cui non trova spazio la distinzione, introdotta per primo appunto da Jeremy Bentham, tra teorie del diritto “locali” e teorie del diritto “universali”<sup>14</sup>.

A prima vista sembra ovvio che le teorie contemplate dalla classificazione siano tutte universali: esse infatti applicano al diritto un certo sistema filosofico ed è ragionevole pensare che lo facciano per illuminare qualche verità generale piuttosto che circoscritta a un ordinamento particolare. Anche se ciò fosse esatto, tuttavia, rimane il fatto che la classificazione si applica in linea di principio anche a teorie locali, che hanno per scopo l'inquadramento della natura delle cose nel sistema delle fonti del diritto di un certo paese.

Non c'è nulla, in altre parole, tra i criteri impiegati per la classificazione che mostri che le teorie da qualificare siano universali piuttosto che locali. Anzi il buon senso sembra suggerire proprio la conclusione opposta. Se è vero che ci si può occupare delle fonti materiali, indifferentemente, da un punto di vista locale oppure universale, sembra che ci siano vincoli concettuali che limitano la portata dei discorsi sulle fonti formali a un ordinamento particolare<sup>15</sup>. Perché un fatto sia una fonte formale è infatti necessaria una norma giuridica che lo qualifichi come tale, ma per sapere se tale norma esiste occorre calarsi in un ordinamento e indagarne il contenuto.

Ci troviamo così di fronte a una difficoltà assai spinosa. Proprio le teorie più esigenti, che vorrebbero attribuire alla natura delle cose un ruolo più intenso riconoscendola come *nomen juris* di una fonte del diritto (anziché come mera fonte da cui gli organi autorizzati traggono talvolta il contenuto delle norme positive), si trovano, quasi per una nemesi, a fare affermazioni cui siamo portati nella migliore delle ipotesi a riconoscere una validità solo locale, perché la questione di quali fatti sono qualificati come fonti del diritto sembra una questione contingente che trova soluzioni specifiche per ogni ordinamento giuridico. Come dirò subito, non si tratta di

---

13 N. McCormick, *Dworkin as Pre-Benthamite*, in *The Philosophical Review*, n.4, vol. 87, 1978, pp. 585-607.

14 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Londra, 1970; P. Chiassoni, *L'utopia della ragione analitica*, p. 14-16.

15 Vedi R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, cit. A dire il vero Guastini osserva anche che i discorsi sulle fonti materiali devono muovere da una nozione teorico-generale (cioè universale, nel senso chiarito) di norma giuridica. Il problema di cui mi sto occupando tuttavia non è il tipo di concetti che sono impiegati in una teoria (in questo caso un concetto di norma giuridica non relativo a un determinato ordinamento), ma la portata della teoria; e nulla impedisce che si predisponga una teoria delle fonti materiali di un ordinamento individuale.

una difficoltà insuperabile, ma il modo in cui se ne esce è per noi ancor più istruttivo della difficoltà stessa.

La via d'uscita che si può proporre è la seguente. Che la lista delle fonti formali sia contingente e variabile nello spazio e nel tempo si può argomentare adducendo considerazioni semplici e intuitive. La costituzione italiana non contiene norme valide per un giudice inglese<sup>16</sup> e, viceversa le decisioni della “regina in Parlamento”<sup>17</sup> non vincolano gli organi dell'applicazione italiani. In entrambi gli ordinamenti i giudici commetterebbero un grave errore indicando un rescritto di Giustiniano o un passo di Modestino come base giuridica per una decisione. In tutti questi casi giungiamo a una conclusione senza interrogare il contenuto delle norme, ma sulla base di un'indagine sul modo in cui la norma è stata prodotta.

Quando si afferma che la natura delle cose è una fonte formale del diritto tuttavia queste considerazioni non sono più sufficienti: non è possibile parlare delle norme che derivano dalla natura delle cose indicando un atto che le ha prodotte. È vero che secondo molti le norme derivate dalla natura delle cose non sono date *a priori*, ma “nascono” o “promanano” da un particolare contesto sociale, o comunque hanno un contenuto che varia al variare di quel contesto. Per esempio Maihofer, che secondo Baratta è il principale sostenitore della tesi della natura delle cose come fonte formale, sostiene che ‘Natur der Sache’ è termine per un diritto naturale concreto che riflette fatti contingenti della vita umana e, in particolare, la distribuzione dei ruoli sociali<sup>18</sup>. Anche se nascono, o promanano da una fonte, non è comunque possibile indicare un atto particolare che produce queste norme. Una norma che esprima la natura della società in nome collettivo, per esempio, non è creata da un'azione singola, come la costituzione della prima società in nome collettivo; piuttosto essa nasce come il precipitato di una prassi che riconosce ai creditori e aventi causa di un commerciante insolvente la possibilità di soddisfarsi non solo sul patrimonio di costui ma anche dei suoi soci in affari<sup>19</sup>. Ciò vuol dire, tra l'altro, che abbiamo bisogno di conoscere il contenuto di una norma per sapere se essa è una norma conforme alla natura delle

---

16 L'unica eccezione apparente è costituita dai casi in cui una norma straniera è resa rilevante in una giurisdizione dalle c.d. norme di conflitto. Condivido la tesi secondo cui le norme richiamate non diventano, in forza del richiamo, norme appartenenti all'ordinamento in cui vige la norma di conflitto. V. Raz, *Incorporation by Law* (2003), in Id. *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2009, pp. 182-202 (a p. 193).

17 ‘Queen in Parliament’ è un'espressione dei costituzionalisti inglesi che Herbert Hart usa come possibile formulazione sintetica della norma di riconoscimento del diritto britannico. Vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2002, *passim*.

18 W. Maihofer, *Die Natur der Sache*, cit. p. 166 (l'espressione originale è *sozial Lebensrolle*)

19 È la ricostruzione dell'origine della società in nome collettivo che si trova in F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., pp. 47-54.



cose: proprio perché non esiste un atto cui possiamo fare rinvio, dobbiamo formulare la norma per sapere se essa riflette il contenuto normativo di una prassi sociale.

Un'esigenza di coerenza impone perciò di negare che in queste teorie la natura delle cose sia detta 'fonte formale' nello stesso senso in cui l'espressione si predica delle leggi votate dal parlamento. Credo che l'espressione sia usata qui in un senso speciale e idiosincratico. Il bersaglio polemico della tesi in esame è l'idea che la natura delle cose nel diritto spieghi il ruolo puramente "materiale", per quanto diffuso o generalizzato, di fonte da cui i soggetti autorizzati derivano il contenuto di norme la cui validità non cessa per ciò solo di dipendere dalla qualificazione dell'atto (una legge, un regolamento, una sentenza giudiziaria) in cui tali elementi sono convogliati<sup>20</sup>. In questa prospettiva denominare la natura delle cose 'fonte formale' significa sottrarla alla precarietà di elemento *extra ordinem* che penetra nei processi decisionali di giudici e legislatori senza contribuire a determinarne il carattere *giuridico*. La natura delle cose avrebbe una dimensione "formale" in quanto il suo ruolo non dipende dal modo in cui di fatto si formano le decisioni giuridiche; la sua rilevanza è una verità necessaria inscritta nel concetto stesso di diritto.

Tra i tanti significati di 'forma' qui rileva perciò quello che connota l'essenza o il concetto di qualcosa. La natura delle cose è fonte formale di diritto non in virtù di una qualificazione operata da qualche meta-norma positiva, ma perché ogni ordinamento giuridico, per necessità concettuale, incorpora contenuti che dipendono da essa.

Perciò è particolarmente infelice usare in questo contesto la distinzione tra fonti formali e materiali. Piuttosto si tratta di due modi contrastanti di intendere il ruolo svolto da considerazioni di un certo tipo nella determinazione del contenuto del diritto: a chi ritiene che è un fatto empirico, contingente, che giudici e giuristi si appellino a considerazioni ispirate dalla natura delle cose, si ribatte che tali appelli riflettono una necessità concettuale; essi sono cioè esempi di applicazioni corrette del concetto di diritto. Nel quadro dell'alternativa abituale, si tratta quindi a ben vedere di due modi opposti di qualificare una fonte materiale del diritto.

Questa formulazione comunque è alquanto imprecisa e deve essere ulteriormente approfondita. Nelle prossime pagine cercherò di mettere in luce i punti principali di questi due tipi di teorie: poiché in un caso si tratta di teorie che collegano la natura delle cose al concetto di diritto, piuttosto che all'indagine su particolari ordinamenti, chiamerò 'filosofico' il loro approccio, per contrastarlo all'approccio giuridico che

---

20 Per la distinzione tra fonte di derivazione e fonte di qualificazione, vedi N. Bobbio, la natura delle cose, cit. Il lessico di Bobbio è molto più adeguato di quello utilizzato nel testo per esprimere la posizione debole (cui Bobbio aderisce) secondo cui la natura delle cose non è fonte "formale" (*rectius* di qualificazione), ma mera fonte materiale (*rectius* di derivazione); tuttavia non lo si può utilizzare per caratterizzare la tesi forte, che con tutta evidenza non vuole fare della natura delle cose una fonte di qualificazione.

descriverò per sommi capi nel numero successivo e approfondirò nel resto del capitolo.

La terminologia scelta non deve trarre in inganno. Le tesi che caratterizzano questo approccio non sono filosofiche in quanto applichino al tema della natura delle cose un particolare sistema filosofico (anche se può accadere che lo facciano)<sup>21</sup>, ma perché pretendono di isolare delle verità generali e necessarie circa il rapporto tra diritto e natura delle cose rendendo la conformità di una norma, o di un ordinamento, a essa un requisito per la loro giuridicità. In altre parole, chi lo pratica fa filosofia del diritto. Viceversa l'appellativo 'giuridico' scelto per il secondo approccio ha una duplice ragione: (i) mostra che è l'approccio generalmente impiegato dai giuristi e (ii) che questo approccio si differenzia sostanzialmente dall'approccio filosofico.

2. *L'approccio filosofico.* È difficile prendere alla lettera la tesi di Werner Maihofer secondo cui la natura delle cose è fonte formale del diritto accanto alla legge (*außergesetzliche Rechtsquelle*)<sup>22</sup>. Legge e natura delle cose sono presentate come due *species* del medesimo *genus* 'fonte', ma è difficile immaginare due entità più eterogenee. Quasi nessuno sognerebbe di mettere in discussione l'affermazione che la legge occupa il rango di fonte primaria nella schiacciante maggioranza dei diritti contemporanei. Qualunque studente del primo anno di giurisprudenza sa che nel diritto italiano i giudici sono sottoposti alla legge<sup>23</sup> e che attraverso lo strumento della legislazione le autorità politiche possono attribuire diritti o imporre obblighi alle persone. È insomma un dato ovvio che attraverso la legge si crea diritto e che chiunque voglia determinare il contenuto delle norme giuridiche (sia egli un giurista o un profano) deve prendere in considerazione le leggi vigenti<sup>24</sup>. Naturalmente nell'affermazione 'la legge è fonte primaria del diritto' si annidano innumerevoli difficoltà che vengono alla luce non appena cerchiamo di chiarire cosa sia, in generale, una fonte del diritto<sup>25</sup>; tuttavia essa rimane un'affermazione scontata nel senso che, qualunque sia la soluzione di tali difficoltà, si deve trattare di una soluzione

---

21 La mia tassonomia pertanto è volutamente opaca rispetto alle svariate dottrine filosofiche otto- e novecentesche che riecheggiano nella letteratura sulla natura delle cose (si tratta sovente di dottrine tedesche per gli autori tedeschi e italiani, francesi per gli autori francesi).

22 Peraltro il parallelismo di Maihofer tra legge e natura delle cose è facilitato dalla tesi di questo autore secondo cui le norme conformi alla natura esprimerebbero l'interpretazione più adeguata dell'imperativo categorico kantiano (W. Maihofer, op. cit., pp. 169-170).

23 Art. 101, c. 2 Cost.

24 Sulla nozione di determinazione del diritto vedi *infra*.

25 Credo che Alf Ross sia stato il primo a notare che l'origine di questa difficoltà giace nel carattere metaforico dell'espressione 'fonte del diritto' e nella conseguente necessità di offrire una "parafrasi" che ne espliciti il senso. Vedi A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, 2001, p. 73

che renda conto del fatto che la legge è un esempio paradigmatico di fonte del diritto.

Per contro suona audace e niente affatto scontato sostenere che accanto alla legge siede con pari dignità un'altra fonte, chiamata 'natura delle cose'. Essa difetta di alcuni dei caratteri più evidenti che fanno della legge un esempio chiaro di fonte del diritto: non è emanata da un organo politico, non è identificabile attraverso semplici coordinate spazio-temporali<sup>26</sup>, non può essere analizzata come una classe di entità discrete o come un oggetto complesso composto di parti discrete.

Tuttavia, anche quando si parla della natura delle cose si ricorre a costruzioni linguistiche che si accordano bene con le immagini della fonte e di ciò che sgorga da essa. Per esempio sono tutt'altro che infrequenti enunciati come 'la norma *n* è *nella* natura delle cose', oppure '*discende dalla* natura delle cose che *n*'. In particolare la distinzione tra contenitore e contenuto (la cui relazione è espressa dalla preposizione 'nella') è del tutto usuale anche nel modo in cui giuristi (ma non l'uomo comune) discettano del rapporto tra leggi e norme giuridiche. Infatti quando essi caratterizzano una legge come un'entità particolare non la intendono come coincidente con una norma giuridica; non solo: tra legge e norma giuridica non esiste nemmeno una corrispondenza biunivoca, dal momento che quasi sempre una legge introduce più norme giuridiche. Si postula, insomma, una separazione tra ciò che contiene (la legge) e ciò che è contenuto (il diritto, la norma giuridica) che spiega in parte la facilità del ricorso all'immagine della fonte del diritto. Si potrebbe parlare al riguardo di un'analogia tra la sintassi dei discorsi sulla legge e sulla natura delle cose.

Queste osservazioni valgono tanto per l'approccio filosofico quanto per l'approccio giuridico. Esse esprimono, per così dire, il terreno solido a cui entrambi gli approcci si ancorano: l'idea che la natura delle cose sia una fonte di norme trova una sua legittimazione, sia pure provvisoria e defettibile, nella grammatica.

La grammatica, comunque, non legittima, nemmeno provvisoriamente, l'affermazione che la natura delle cose è una fonte di *diritto*, e tanto meno che in essa sono contenute, o da essa discendono, norme giuridiche positive. Anzi, sotto questo profilo valgono intuizioni opposte. Supponiamo che si sostenga la tesi seguente: è nella natura delle cose che se un cliente ordina un litro di Coca-Cola il barista non glielo deve versare sul tavolo, ma in un recipiente adeguato<sup>27</sup>. Versare il liquido nel recipiente è un dovere del barista, e la fonte di esso è la natura delle cose. Non si sta

---

26 Nel linguaggio di Ross si direbbe che la natura delle cose non è una fonte oggettivata del diritto. Se si tratta di una fonte, dunque, essa deve essere annoverata tra quelle non oggettivate o tra quelle parzialmente oggettivate. Ivi, pp. 74 sgg.

27 Del pari, l'ordine di una lattina di Coca-Cola si riferisce al recipiente più il liquido in esso contenuto, ma mentre in questo caso la conclusione dipende dallo svolgimento di una metonimia, nell'esempio riportato nel testo la richiesta del recipiente non sembra parte di ciò che il cliente dice espressamente (ancorché per mezzo di una figura retorica).

parlando cioè dei vincoli che derivano dal diritto o dai codici deontologici emanati da qualche associazione di categoria, ma di obblighi che gli derivano dalle “cose stesse”. Da questa prospettiva la tesi sembra essere un’alternativa secca ad asserzioni come: “in forza del diritto, se il cliente ordina...” oppure “per il codice deontologico di categoria, se il cliente ordina...”. Il sintagma ‘è nella natura delle cose che’ occupa cioè la stessa posizione dei sintagmi ‘in forza del diritto’ e ‘per il codice deontologico di categoria’. Si tratta di espressioni che danno indicazioni sul contesto (sul “sistema normativo”, potremmo dire) di riferimento.

Finché ci interessa solo che cosa deve fare un barista in una certa situazione non è così importante che specifichiamo a quale sistema appartengano le norme che utilizziamo: conta piuttosto che si tratti di norme che si applicano al barista. Tuttavia tale questione assume un peso decisivo se il nostro problema è di determinare, per esempio, se una pretesa del cliente possa essere invocata di fronte a un giudice. In questo caso diventa importante sapere se una norma che è nella natura delle cose (oppure nel codice deontologico di una professione) sia giuridicamente rilevante oppure no.

Sia l’approccio filosofico, sia l’approccio giuridico sono escogitati per dare una risposta positiva al quesito se una norma che si trova nella natura delle cose è rilevante di fronte al diritto; ciononostante si tratta di approcci profondamente diversi e comprendere ciò in cui si differenziano è fondamentale se vogliamo capire il significato degli appelli dei giuristi alla natura delle cose.

Cercherò di spiegare l’approccio filosofico attraverso la discussione di una tesi esposta da Bobbio in un libro del 1942 sulla consuetudine giuridica<sup>28</sup>, che costituisce un esempio estremamente chiaro di impiego di questo approccio.

La tesi di Bobbio che ci interessa è la seguente: nel continuo delle norme sociali sorte dall’uso è possibile tracciare una linea di confine tra diritto e non diritto sulla base del contenuto delle norme stesse. Fanno parte del diritto le norme che contribuiscono a delineare la struttura del gruppo sociale perché ne consentono la continuazione come gruppo dotato di determinate caratteristiche<sup>29</sup>; sono mere norme del costume, giuridicamente irrilevanti, quelle inessenziali alla vita del gruppo e che rappresentano una sorta di *surplus* di produzione normativa rispetto a ciò che è strettamente necessario. La tesi non ha una portata universale; lo stesso criterio non si applica alle norme prodotte deliberatamente da organi autorizzati, le quali sono norme giuridiche indipendentemente dalla loro essenzialità/necessità. Nell’ambito del diritto consuetudinario, comunque, la linea di demarcazione tra diritto e non diritto deve essere individuata *ratione materiae* e finisce per essere fatta dipendere dalla natura

---

28 N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit.

29 Ivi, pp. 75 sgg.

delle cose<sup>30</sup>.

Dal momento che Bobbio parla di regole “essenziali alla costituzione e alla conservazione del gruppo” si è tentati di pensare che si tratti di regole comuni a tutti i gruppi umani: ciò che è necessario per la sopravvivenza è infatti presumibilmente lo stesso in ogni comunità umana. In realtà le cose non stanno in questo modo: esistono, è vero, regole che sono comuni a tutti i gruppi sociali in quanto ne permettono il “minimo necessario di organizzazione” e si tratta, perciò, di norme imposte dalla natura delle cose<sup>31</sup>. Possiamo afferrare queste norme *a priori*, indipendentemente dalla conoscenza di fatti particolari relativi a questo o quel gruppo. Tuttavia, accanto ad esse, ci sono altre norme la cui giuridicità dipende dalla natura delle cose, ma che sono funzione della specifica identità del gruppo e che quindi sono conoscibili - *a posteriori* – solo sulla base di informazioni circa i fini e i valori che quel gruppo considera importanti<sup>32</sup>.

La natura delle cose è il criterio di giuridicità decisivo per le norme consuetudinarie, ma non è un criterio estrinseco rispetto al loro modo di formazione. Infatti non possiamo dire quali rapporti sono regolati da norme giuridiche e quali da norme – meno importanti – del costume se non conosciamo il profilo specifico del gruppo sociale, e tale profilo dipende, in parte, dalle norme sociali in esso effettive. Hanno rilevanza giuridica solo gli usi che contribuiscono in modo determinante all’identità del gruppo e che non potrebbero mutare senza che muti anche quest’ultima, ma l’identità di un gruppo è un fatto empirico cui abbiamo accesso (anche) attraverso la conoscenza delle pratiche seguite da quel gruppo. La conoscenza degli usi e il giudizio circa l’essenzialità/inessenzialità di essi non sono dunque due momenti distinti e isolabili, ma due aspetti di uno stesso tipo di conoscenza. Per esempio le regole sugli atti di liberalità possono essere considerate inessenziali nelle economie basate sul commercio, ma non nelle cosiddette “economie del dono”<sup>33</sup>.

---

30 Vanno dunque scartate le alternative tradizionali che vedono il tratto distintivo delle consuetudini *giuridiche* nell’*opinio iuris*, nell’obbligatorietà, oppure nella coattività (tutte queste cose costituiscono, semmai, effetti del fatto che una consuetudine è giuridica). Ivi, pp. 66 sgg.

31 Ivi, p. 80

32 Per questi aspetti la teoria di Bobbio è stata considerata da Pierluigi Chiassoni un’anticipazione dell’idea di “un diritto naturale minimo, quale sarà tematizzato, circa vent’anni dopo, da Herbert Hart. Vedi P. Chiassoni, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi (giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)*, cit., pp. 75-76. In realtà credo che sarebbe corretto circoscrivere l’affinità tra le tesi di Bobbio e quelle di Hart alla sola parte che riguarda il “minimo necessario di organizzazione”. La teoria del “contenuto minimo di diritto naturale” è formulata in H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 225 sgg. Sul tema sono fondamentali due contributi di Mario Ricciardi: M. Ricciardi, *Diritto naturale minimo*, in A. Coliva (a cura di), *Filosofia analitica*, Roma, 2007, pp. 379-401; Id., *Diritto e natura. H.L.A. e la filosofia di Oxford*, cit. (in part. Cap. 1, 5 e 6).

33 Mi riferisco ovviamente al campo di studi che ha preso origine da M. Mauss, *Saggio sul dono*

Tuttavia se ci troviamo in un caso oppure nell'altro lo possiamo dire solo conoscendo la frequenza con cui in una società si ricorre al commercio, oppure al dono, lo stigma che accompagna rispettivamente chi non paga la merce e chi non ricambia un dono, ecc.

Da queste considerazioni dipendono conseguenze importanti sul ruolo della natura delle cose nella teoria delle fonti. Finché ci occupiamo delle norme relative al “minimo necessario di organizzazione” la natura delle cose non si salda alla questione delle fonti del diritto. Tali norme sono individuabili *a priori* indipendentemente dal fatto che abbiano la propria fonte in un processo sociale. Viceversa le norme “essenziali” a un gruppo particolare – ma non anche a qualunque gruppo sociale – le norme che ho ascritto all'identità specifica di un gruppo – hanno, secondo Bobbio, sempre una fonte, sono cioè il prodotto di un *fatto normativo*<sup>34</sup>. Diversamente dal diritto prodotto da un'autorità normativa, in questi casi per sapere se una norma è giuridicamente rilevante abbiamo bisogno di conoscerne il contenuto: detto in altro modo, non si può concludere per la giuridicità della norma solo sulla base del suo modo di produzione, ma occorre anche che il processo metta capo a una regola importante per il gruppo; in caso contrario essa rimane confinata nel campo del non-diritto. Tuttavia perché la norma sorga è necessario che abbia avuto luogo un processo sociale che pone in essere una pratica consuetudinaria.

Inoltre, poiché ciò che è importante per una particolare società si può apprendere solo *a posteriori*, sulla base dei fatti a essa relativi che maggiormente contribuiscono a delinearne l'identità, il requisito dell'importanza è una variabile soddisfatta da un “valore” che cambia al mutare del contesto sociale di riferimento. L'obbligo di rispettare lo zio materno può avere un'importanza cruciale in una società matriarcale, ma degradare a semplice etichetta se la potestà sui figli spetta interamente al padre; ricambiare un dono è un atto dispensabile di cortesia se tutti i beni principali si acquistano sul mercato, non se attraverso i doni avviene l'approvvigionamento di cose necessarie alla sopravvivenza.

Nello schema che Bobbio traccia nel suo libro del 1942 dunque la natura delle cose svolge un ruolo chiave nella spiegazione del concetto di fonte consuetudinaria perché è il metro che consente di apprezzare l'importanza di una consuetudine, che è un requisito necessario per la sua rilevanza giuridica. Occorre specificare che Bobbio non annovera la natura delle cose tra le fonti del diritto, anche se si richiama a essa nella sua teoria delle fonti: sotto questo aspetto la sua tesi è più sofisticata e plausibile di quelle che ricorrono alla formula semplicistica che accosta la natura delle cose alla legge quale “fonte formale di diritto”. Ed è proprio per questo motivo un esempio di

---

(1923), Torino, 2002.

34 N. Bobbio, *La consuetudine*, cit., p. 79.

estremo interesse di quello che ho chiamato approccio filosofico al tema della natura delle cose.

In questo approccio la ragione per cui alcune norme socialmente effettive assumono rilevanza per il diritto si collega all'idea, niente affatto rara nel pensiero giuridico, che al diritto tocchi occuparsi di cose importanti, che occupano una posizione centrale in un certo modo di vita associata. Queste cose non sono ovunque le stesse, ma quando una di esse assume un rilievo spiccato in un gruppo sociale allora viene attratto nell'orbita del suo diritto. Includere l'importanza (nella terminologia di Bobbio: l'essenzialità o la necessità) tra le note caratteristiche delle norme giuridiche significa operare con un concetto di diritto ricco sotto il profilo contenutistico; per quanto ciò non equivalga a stilare una lista di contenuti necessariamente giuridici, la distinzione tra norme giuridiche e non giuridiche è tracciata sulla base di quel che esse dispongono, del loro contenuto. Ci sono altri fattori frequentemente associati al carattere giuridico di una norma, che sembrano offrire criteri più precisi dell'importanza per discriminare tra diritto e non diritto: le norme giuridiche, osserva Bobbio, sono sentite come specialmente vincolanti e giustificano il ricorso alla forza da parte dell'autorità per ottenere obbedienza<sup>35</sup>. Tutto ciò, comunque, non è che un riflesso della loro importanza. Esse vincolano in modo particolarmente intenso perché sono norme giuridiche, ma sono norme giuridiche perché disciplinano materie importanti.

A dire il vero – se ne è già accennato – Bobbio non assume l'importanza come requisito di giuridicità in generale, visto che il suo discorso si limita alle norme consuetudinarie ed è compatibile con la tesi che le norme che derivano da una fonte diversa possano essere giuridiche senza essere al contempo importanti. Nondimeno la sua posizione può essere sostenuta solo collegando l'importanza al concetto di diritto, dal momento che essa è una caratteristica che rende *giuridica* una norma consuetudinaria, mentre esistono anche consuetudini che regolano aspetti della vita meno importanti e che proprio perciò non sono giuridiche.

L'approccio filosofico sostiene la rilevanza della natura delle cose per il diritto sulla base di un argomento concettuale. Il passaggio chiave dell'argomento è rappresentato dall'affermazione che il diritto si occupa necessariamente delle materie che sono importanti per l'assetto complessivo di una comunità. L'adozione dell'approccio filosofico al tema della natura delle cose ha conseguenze importanti sul modo di identificare il diritto vigente in un gruppo: il fatto che una regola sia tra quelle che menzioneremmo in una descrizione delle pratiche salienti del gruppo è una condizione sufficiente per affermare che si tratta di una regola giuridica.

Nella letteratura non si parla di 'approccio filosofico', che è un'espressione

---

35 Ivi, pp. 66 sgg.

artificiale introdotta in questa sede, ma si trovano talvolta etichette che mirano a cogliere gli aspetti appena evidenziati. Alcuni autori hanno parlato di giusnaturalismo concreto<sup>36</sup>, o storico<sup>37</sup>; altri hanno insistito sull'antiformalismo di questo approccio e sul primato che esso assegna all'effettività sociale delle norme<sup>38</sup>; altri ancora, infine, ne hanno rilevato la tendenza "sociologica"<sup>39</sup>. Tutte queste denominazioni hanno in comune lo scopo di mostrare che nell'approccio filosofico il diritto non è identificato solo, né principalmente, nelle decisioni dei legislatori o dei tribunali, ma nel complesso della vita di un gruppo sociale. Il grado di sovrapposizione tra diritto e decisioni autoritative dipende dalla misura in cui tali decisioni sono in grado di rispondere a esigenze sociali pressanti: se la corrispondenza è elevata allora le leggi (oppure le leggi più il diritto prodotto dalle corti) tenderanno a essere coestensivi al diritto<sup>40</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una coincidenza che si può stabilire solo *a posteriori*, in base alla rilevazione del fatto che in un ordinamento i legislatori e i giudici danno risposte adeguatamente esaustive in tutte le materie importanti.

La novità che un'adozione generalizzata dell'approccio filosofico al tema della natura delle cose apporterebbe alle pratiche dei giuristi è di grande momento. Non si tratta solo del fatto che esso stabilisce questioni concettuali, che come tali sono destinate ad avere rilievo per ogni ordinamento giuridico. La filosofia del diritto conosce innumerevoli dibattiti sul concetto di diritto o su altri concetti giuridici fondamentali che hanno scarse o nulle conseguenze nella pratica<sup>41</sup>. Si può per

---

36 Come Maihofer nell'articolo più volte citato. Sostanzialmente sulla stessa linea, A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, cit.

37 G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, Bari-Roma, 2001, p. 63 e *passim*.

38 P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, cit.. Si vedano anche, per ulteriori collegamenti tra natura delle cose e movimenti antiformalisti E. Ehrlich, *Über Lücken im Rechte* (1888), in Id., *Recht und Leben*, Berlino, 1967; G. Orrù, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, III-IV, 1977, pp. 298 sgg. (in part. 334-349); Id., *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Torino, 1988, pp. 173-179; V. Omaggio, voce *Natura della cosa*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. VIII, Milano 2006.

39 N. Bobbio, *La natura delle cose*, cit., p. 205: "[L]a dottrina della natura delle cose si affianca alla teoria sociologica del diritto contro il positivismo giuridico di stretta osservanza".

40 Spesso i fautori della teoria della natura delle cose ritengono che la probabilità che il diritto autoritativo corrisponda alle esigenze sociali importanti è maggiore negli ordinamenti in cui è maggiore il potere dei giudici di creare diritto. Vedi in particolare G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese* (1958), Milano, 1962.

41 Si pensi, per fare un esempio, alla discussione se un enunciato come 'vietato rubare' esprima una norma giuridica oppure un mero frammento o aspetto di una norma completa (quest'ultima è la tesi di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1952. Nulla cambia per un giudice se deve affermare che Tizio deve essere punito perché ha violato una norma oppure perché ha soddisfatto la condizione di una norma; e nulla cambia per il soggetto che vuole sapere come



esempio affermare che l'importanza delle materie regolate è un tratto radicato nel nostro concetto di diritto senza voler affermare che ciò influisce nel nostro modo di identificare le norme giuridiche. Non è però quello che fa l'approccio filosofico: esso proietta le considerazioni circa l'importanza sulle operazioni più comuni del giurista, perché prescrive di qualificare come norme giuridiche solo quelle che regolano materie centrali nella vita del gruppo. Per esercitare con competenza questo approccio un giurista dovrebbe essere educato fin dalle fasi iniziali del suo apprendistato a discernere la natura della società in cui opera e a cogliere la distinzione tra mutamenti essenziali, che involgono un cambiamento nel diritto e mutamenti periferici che lasciano le cose sostanzialmente immutate<sup>42</sup>. Tali nozioni non dovrebbe impararle per prevedere le possibili evoluzioni della legislazione e della prassi giurisprudenziali, ma per stabilire il contenuto dell'ordinamento giuridico qui e ora.

A dire il vero è piuttosto implausibile che gli operatori del diritto ricevano questo tipo di formazione. Banalmente, essa fornirebbe una quantità di informazioni inutili a fare le cose che sono richieste a un giurista. Il problema è che l'approccio filosofico si occupa dell'identificazione del diritto senza tenere conto di come il diritto viene effettivamente identificato. È certo, in particolare, che il più delle volte non c'è bisogno di riconsiderare tutte le vicende che hanno costruito l'identità di un gruppo per sapere se un certo fatto costituisce una fonte del diritto. In un paese moderno il ministro dell'economia svolge una funzione indubbiamente più importante del presidente di una società di araldica, ma è falso che sia la riflessione sull'importanza del contenuto delle decisioni adottate a far considerare norme giuridiche alcuni provvedimenti adottati dal ministro dell'economia.

3. *L'approccio giuridico*. Non sono in grado di dire se qualche autore abbia seguito in modo coerente e fino alle estreme conseguenze l'approccio delineato nelle pagine precedenti. Come si è visto Bobbio limita l'approccio filosofico alla natura delle cose alle norme di fonte consuetudinaria. Pur in un ambito circoscritto, comunque, ne troviamo il modo caratteristico di funzionare: è attraverso l'appello alla natura delle cose che un giurista è in grado di identificare il diritto, discriminando tra norme che possiedono il carattere della giuridicità e norme che non lo possiedono. Dal fatto che lo stesso non valga per le norme che hanno una fonte "autoritativa" deriva un carattere eclettico delle operazioni di identificazione del diritto; ma laddove le considerazioni

---

comportarsi per evitare sanzioni. Ciò non vuol dire, ovviamente, che si tratti di discussioni futili.

42 Questa idea mi si è presentata leggendo un breve libro di Paolo Grossi, che significativamente si intitola "Prima lezione di diritto" e include in modo inusuale le conoscenze dei nessi tra diritto e circostanze sociali tra i ferri del mestiere di un giurista. Vedi P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003.

sulla natura delle cose sono rilevanti, esse lo sono nella maniera adombrata dall'approccio filosofico.

Da un punto di vista logico è perfettamente possibile individuare un metodo giuridico basato sull'approccio filosofico. Non è quello, in ogni caso, che troviamo dispiegato nei discorsi dei giuristi che si appellano alla natura delle cose. Per comprendere quel che fanno i giuristi è necessario ricorrere a un secondo modello, che chiamerò 'approccio giuridico'.

In negativo, l'approccio giuridico è caratterizzato dal fatto di non svolgere alcuna funzione nell'identificazione del carattere giuridico di una norma e di non introdurre considerazioni contenutistiche nel concetto di diritto. In altri termini l'approccio giuridico non ha la pretesa di fornire criteri di giuridicità, ma interviene nel momento della determinazione del contenuto di una norma che abbiamo ragioni indipendenti per considerare giuridica.

Per meglio penetrare il significato di queste differenze è necessaria una breve digressione su alcuni concetti che ho introdotto nel discorso. Anzitutto ho parlato a più riprese di identificazione del diritto. Identificare un oggetto significa dare di un oggetto una descrizione che si applica a esso e a nessun altro<sup>43</sup>. Sono descrizioni identificanti espressioni come 'l'attuale re di Francia', 'quell'isola all'orizzonte', ecc. Come si vede descrizioni simili comprendono un termine che indica un tipo o una classe di cose e un elemento che isola un particolare esemplare di tale tipo o classe (in questi esempi, rispettivamente, l'articolo determinativo e il dimostrativo). Quando applichiamo una descrizione identificante a oggetti che cadono sotto i nostri sensi, identificarli equivale a isolarli da tutto il resto del nostro campo di osservazione<sup>44</sup>.

Per fornire una descrizione identificante dunque dobbiamo applicare almeno un concetto all'oggetto osservato, e precisamente il concetto che designa il tipo di oggetti cui esso appartiene (il concetto di gatto, di isola, ecc.). L'identificazione del diritto non fa eccezione: identificare il diritto significa applicare a particolari oggetti il concetto di diritto, o considerare tali oggetti come esempi di diritto. Correlativamente,

---

43 Così Strawson, *Identifying Reference and Truth-Values*, in Id., *Logico-Linguistic Papers*, Aldershot, 2004, pp. 57-71.

44 Secondo alcuni filosofi, esisterebbero anche descrizioni non identificanti. In linea di massima, possiamo considerare *d* una descrizione non identificante se ha senso chiedersi 'che genere di cosa è *d*?'. Per esempio 'quell'ombra scura all'orizzonte' sarebbe una descrizione del genere perché potremmo venire a sapere da un osservatore meno miope di noi che si tratta di un'isola. Le descrizioni non identificanti o "puramente estetiche" sono discusse da S. Hampshire, *Perception and Identification*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. XXXV, 1961, pp. 81-96. In questa sede non ci interessa la questione se esistano descrizioni non identificanti, ma aver menzionato questa discussione è istruttivo perché mostra che parte di ciò che chiamiamo identificazione è l'ascrizione di un oggetto a un tipo specifico di cose. Si veda anche P.F. Strawson, *Perception and Identification*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. XXXV, 1961, pp. 97-120.

significa anche isolare gli esempi di diritto da tutto ciò che non è diritto.

Il secondo concetto che ho introdotto è ‘determinazione’. Se identificare il diritto è un’attività necessaria per il giurista, la determinazione del suo contenuto ne è probabilmente l’attività più caratteristica e distintiva. Sono esempi di determinazione del contenuto del diritto i ragionamenti dei giudici che concludono per l’applicabilità o l’inapplicabilità di una norma al caso, i trattati monografici su un istituto giuridico, ecc. In un recente libro di Mario Jori, da cui riprendo questo apparato concettuale, la distinzione tra le fasi dell’identificazione e della determinazione del diritto è tematizzata come un nodo cruciale nella comprensione della pratica giuridica<sup>45</sup>.

Saper distinguere cosa è diritto da cosa non lo è (identificazione) e sapere cosa prescrive il diritto (determinazione) richiedono abilità diverse che non sempre si trovano concentrate negli stessi soggetti<sup>46</sup>. Le abilità necessarie per la determinazione del diritto, lungi dall’essere comuni a tutti i membri di un gruppo sociale, sono patrimonio di una *élite* (i giuristi) in possesso di conoscenze tecniche specialistiche. Naturalmente la determinazione presuppone l’identificazione del diritto, poiché i giuristi devono “localizzare” il campo del giuridico prima di poterne specificare i contenuti. Nondimeno è solo nella seconda fase che il giurista impiega il proprio arsenale di conoscenze tecniche, ed eventualmente le proprie teorie particolari; l’identificazione, viceversa, segue per tutti, anche per il giuristi, i percorsi tracciati dal senso comune.

Il tema delle peculiarità teoriche o delle divisioni tra scuole è un banco di prova di grande interesse per questa distinzione<sup>47</sup>. Capita infatti che i giuristi dissentano anche vivacemente sul contenuto del diritto; la distanza però si misura interamente sul terreno delle operazioni tecniche di determinazione del diritto. I dissensi possono maturare sull’interpretazione di una linea giurisprudenziale, sul modo corretto di tracciare i rapporti tra norme di grado diverso (per esempio tra norme della costituzione e leggi), sulla ricostruzione di un istituto positivo; tali discussioni tuttavia presuppongono un accordo di fondo sulle cose che hanno rilevanza per il diritto.

Un ipotetico giurista che elaborasse una teoria sui rapporti tra costituzione e leggi ordinarie ignorando, supponiamo, le decisioni dell’ultimo trentennio della Corte Costituzionale sarebbe probabilmente accusato di grave incompetenza tecnica, ma

---

45 M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit. Le analisi contenute in quel libro, e la griglia concettuale che impiega, costituiscono uno sviluppo di suoi precedenti lavori, tra cui ricordo *Empirismo e dogmatica giuridica*, in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*, cit.; *I concetti di diritto nel pensiero giuridico*, cit.; M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995 (voce *Concetto di diritto*)

46 M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., pp. 21 e sgg., 41 e sgg.

47 Jori distingue in questo senso tra una componente di senso comune e una idiosincratia nel pensiero della maggioranza dei giuristi positivi. Ivi, pp. 75 e sgg.

uno che ignorasse completamente la rilevanza della legislazione o della costituzione per il diritto italiano sarebbe verosimilmente considerato un eccentrico, prima che incompetente. Potrebbe essere il più fine conoscitore di dispute dottrinali, nondimeno il suo approccio al diritto sarebbe considerato aberrante.

Accanto alla identificazione e alla determinazione Jori introduce, in una posizione intermedia, l'individuazione del diritto. L'individuazione può essere caratterizzata come l'identificazione di un particolare diritto, o di un particolare ordinamento giuridico. La necessità di questa distinzione ulteriore è legata alle caratteristiche peculiari della classe di concetti a cui appartiene 'diritto'<sup>48</sup>. Ciò che chiamiamo *un* diritto o (in modo più tecnico) un ordinamento giuridico non è la suddivisione più minuta in cui possiamo operare l'identificazione del diritto. A differenza di quanto avviene con 'gatto' o 'uomo', identificare qualcosa come diritto non comporta che si "isoli" un particolare, benché anche l'individuazione di un ordinamento giuridico sia un caso di identificazione del diritto. Sul piano grammaticale la differenza è resa dal fatto che possiamo usare sia il predicato 'diritto' sia il predicato 'un diritto', mentre lo stesso non avviene ordinariamente per 'gatto'. Un parlante italiano competente non direbbe 'questo è gatto': osservare gatti è sempre osservare felini individuali; viceversa si può affermare 'questo è diritto' (p.e. la stipulazione di un contratto) oppure 'questo è un diritto' (p.e. il diritto italiano).

Secondo Jori è fondamentale osservare che anche l'individuazione del diritto è un'attività scandita dal senso comune, in cui non si insinuano normalmente le idiosincrasie teoriche dei giuristi<sup>49</sup>.

A prima vista la successione delle fasi dell'identificazione/individuazione e della determinazione del diritto può ricordare il passaggio da una descrizione non identificante a una identificante<sup>50</sup>. Come una macchia scura osservata dalla costa può rivelarsi a un'analisi più attenta un'isola oppure un banco di nubi, così dalla consapevolezza sbiadita del profano di trovarsi in un campo di affari retto dal diritto si può passare, attraverso l'impiego di un bagaglio di conoscenze specialistiche, a una

---

48 Peter Strawson ha parlato di *feature concepts* per alludere a concetti dotati di simili peculiarità. Esempi di *feature concepts* compaiono nei seguenti enunciati: 'Snow is falling', 'There is gold here', 'There is water here'. Ecco come Strawson li caratterizza: "The universal terms introduced into these propositions do not function as characterizing universals. *Snow, water, coal and gold*, for example, are general kinds of stuff, not properties or characteristics of particulars. [...] Nor are the universal terms introduced into these propositions sortal universals. No one of them of itself provides a principle for distinguishing, enumerating and reidentifying particulars of a sort. But each can be very easily modified so as to yield several such principles". Così, possiamo parlare di fiocchi di neve, pozze d'acqua (e ordinamenti giuridici) per identificare particolari cui si applicano i *feature-concepts* 'neve', 'acqua' (e 'diritto'). (P.F. Strawson, *Individuals. An essay in descriptive metaphysics*, Londra, 1959).

49 M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 61.

50 Vedi *supra*, nota 44.

descrizione accurata delle regole che lo disciplinano. La similitudine è efficace solo se si trascura che nel caso giuridico il primo momento non corrisponde affatto alla descrizione di un dato senso, ma coinvolge l'applicazione del concetto di diritto. La successiva determinazione, del resto, non revoca in dubbio l'accuratezza dell'identificazione originaria, che anzi ne rimane un presupposto necessario, mentre una descrizione non identificante non è un presupposto necessario dell'identificazione ed è comunque superata e resa superflua dall'avvenuta identificazione<sup>51</sup>.

Dunque una padronanza del concetto di diritto e dei suoi criteri di applicazione è necessaria sin dalla prima fase del processo. Il fatto che si tratti di una padronanza di senso comune implica che i giuristi non hanno la piena disposizione del concetto di diritto, ma lo trovano già formato nella pratica cui partecipano<sup>52</sup>.

Tenendo in mente la griglia concettuale di Jori è possibile ora tornare al nostro problema che, si ricorderà, è di chiarire l'approccio giuridico alla natura delle cose. Una premessa del mio argomento, che mi pare non abbia bisogno di dimostrazioni particolari, è che ogni appello alla natura delle cose si caratterizza come una pretesa di apportare un elemento di sapere tecnico alla conoscenza del diritto. È solo necessario scansare l'equivoco che può derivare dalla cattiva fama, che spesso precede la natura delle cose, di essere un'espressione altamente vaga e imprecisa. Anche se vaga, 'natura delle cose' è certo una nozione tecnica in quanto non appare tra i contrassegni del diritto nei discorsi comuni. Possiamo avere dubbi su quali siano questi contrassegni (la normatività, la coattività, la statualità, ecc.) ma sicuramente tra essi non figurano la conformità alla natura delle cose o l'essere qualcosa di relativo a materie dotate di una certa natura<sup>53</sup>. Anzi, proprio il fatto che la vaghezza costi alla

---

51 Possiamo immaginare circostanze in cui una descrizione "puramente estetica" è richiesta nonostante si sia in grado di identificare l'oggetto osservato, per esempio quando si cercano informazioni sulle percezioni di un osservatore anziché su ciò che egli percepisce. In tali circostanze siamo interessati a una descrizione non identificante proprio perché concentriamo la nostra attenzione sull'osservatore anziché sull'oggetto osservato.

52 Occorre non confondere i criteri di applicazione di 'diritto' con i criteri di validità propri di qualche ordinamento. Sono del primo tipo i criteri che Jori include nella *definizione minimalistica* di diritto: è diritto la sanzione applicata in modo sistematico e organizzato, e con sufficiente effettività. Il giurista trova criteri del secondo tipo quando, sulla scorta di questa definizione approssimativa, "guarda all'area dei fenomeni (sociali) abitualmente considerati giuridici" ed "entra negli ordinamenti giuridici che rinvia in questa area della realtà sociale e che vengono «naturalmente» considerati diritto". Vedi voce *Concetto di diritto*, in M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 47.

53 Si può registrare, nella rigogliosa proliferazione di teorie sulla natura delle cose, anche una tesi che riconduce la natura delle cose al senso comune. Si tratta della tesi di Ilmar Tammelo secondo cui i giuristi, quando si appellano alla natura delle cose, additano le idee indiscusse o gli *endoxa* diffusi in una certa comunità. Vedi I. Tammelo, *La natura dei fatti come "topos" giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 11, 1963, pp. 655-683. Questa tesi, comunque, è relativa agli usi della natura delle cose nell'argomentazione e non dà nessuna ragione per attribuire a questi argomenti

natura delle cose una cattiva fama è un indice della sua pretesa di costituire parte dell'arsenale tecnico del giurista, perché in genere sono le nozioni tecniche quelle cui richiediamo il massimo grado di determinatezza e precisione.

L'approccio giuridico alla natura delle cose ha tutte le carte in regola per soddisfare la griglia concettuale di Jori. Esso limita la rilevanza della natura delle cose alla fase della determinazione del diritto e dunque non introduce quella nozione tecnica nelle fasi precedenti della identificazione e della individuazione del diritto.

Più tardi vedremo perché soddisfare quella griglia sia in qualche modo un titolo di merito. Per ora è importante notare che l'approccio filosofico, al contrario, non la soddisfa. Tale approccio, come si è visto, considera la natura delle cose un concetto chiave per l'identificazione del diritto: possiamo sapere che c'è una norma che disciplina il comportamento umano, che è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, che è applicata coattivamente dai tribunali, ma non sapere ancora se è una norma giuridica perché ignoriamo che cosa essa prescriva. Abbiamo quindi bisogno di sapere che cosa una norma dice, o per lo meno di cosa parla, per stabilirne il carattere giuridico. Nell'approccio filosofico quindi troviamo obliterata, in tutto o in parte, la distinzione tra identificazione e determinazione del diritto, perché un certo grado di determinazione si accompagna alla identificazione di qualcosa come diritto<sup>54</sup>.

Ecco perché nell'approccio filosofico una questione di teoria delle fonti può avere implicazioni relative all'identificazione del diritto. Complessivamente questo approccio traccia un quadro dei criteri per l'applicazione del concetto di diritto più ricco e complesso di quello adottato dai giuristi e dai non specialisti.

Se, come credo, la riconduzione della natura delle cose all'apparato specialistico del giurista è corretta, la conseguenza di un'adozione coerente dell'approccio filosofico sarebbe di non riuscire a farsi capire dagli altri giuristi e di ingenerare continui fraintendimenti. Al contrario autori come Vivante, Asquini e Merusi, e pure i giudici che nel secondo capitolo abbiamo visto alle prese con l'argomento della natura delle cose, si spiegano piuttosto bene pur adottando punti di vista che ad altri paiono errati o persino eccentrici.

Assume ora una fisionomia più chiara un tratto ricorrente, e apparentemente banale, che ho spesso rilevato nel primo capitolo. Quando chiamano in causa la natura delle cose come fonte, come mezzo di integrazione o come strumento di costruzione

---

un carattere specificamente giuridico. In altre parole Tammelo sostiene che la natura delle cose si impiega per giustificare una norma sulla base della sua larga e indiscussa accettazione (o sull'accettazione di qualche credenza rilevante per determinarne il contenuto), ma non dice perché la norma così giustificata sia giuridica (ciò potrà dipendere da altri fattori, come per esempio il fatto che l'argomentazione in esame è addotta da un giudice per giustificare una decisione).

54 Ciò spiega il senso di paradosso che c'è nell'immagine di un giurista indaffarato ad applicare con scrupolo l'approccio filosofico.

dogmatica i giuristi compiono operazioni che presuppongono credenze salde e mai messe in discussione circa la rilevanza giuridica di certi fatti. Per esempio quando si chiedevano se la lista degli atti di commercio contenuta nel codice del 1882 fosse un elenco tassativo o una guida di massima da integrare con considerazioni “naturalistiche”, o si chiedono quale interpretazione del termine ‘contenuto essenziale’ la natura delle cose comporti nell’espressione ‘contenuto essenziale dell’atto richiamato’, i giuristi naturalisti presuppongono che il codice di commercio e le parole ‘contenuto essenziale dell’atto richiamato’ siano diritto, e formino parte dell’oggetto di studio di un giurista italiano. Si può riassumere l’insieme delle presupposizioni che l’impiego dello strumento tecnico della natura delle cose non può revocare in dubbio come la credenza che la questione di cui ci si sta occupando sia rilevante per il particolare ordinamento giuridico in cui si opera.

Dunque l’approccio giuridico colloca il punto in cui il richiamo alla natura delle cose comincia a operare all’inforatura dei rami, piuttosto che alla radice della conoscenza del diritto. Al di sotto si collocano le operazioni di senso comune che sono compiute per identificare e individuare il diritto.

## **II. Una classificazione topografica**

1. *Il luogo della natura delle cose secondo le auto-interpretazioni dei giuristi.* Può sembrare piuttosto singolare che un tentativo di chiarire un metodo di operare dei giuristi riservi tanta importanza a ciò che esso presuppone, specie se si tratta di presupposizioni che non hanno nulla di eccezionale. Eppure la distinzione tracciata tra i due approcci si basa esclusivamente sul diverso condizionamento che su di essi esercitano le presupposizioni di senso comune sull’area delle cose che hanno rilievo giuridico, condizionamento che è scarso o nullo per l’approccio filosofico, di notevole intensità per l’approccio giuridico.

Credo che l’insistenza su questo tipo di distinzione possa essere scusata dal fatto che la distinzione non è mai stata presa in considerazione nelle tassonomie proposte delle diverse teorie della natura delle cose.

Probabilmente questa classificazione diadica ha maglie troppo larghe per catturare una serie di questioni intorno a cui sostenitori di visioni contrastanti della natura delle cose si sono scornati. In particolare può apparire fastidioso il fatto che la classificazione non si basi su un tentativo di analizzare la nozione di ‘natura delle cose’. In realtà l’analisi di ‘natura delle cose’ nei suoi usi giuridici è tra gli obiettivi di questo lavoro, ma si tratta di un obiettivo che un atteggiamento impaziente potrebbe frustrare. Vorrei cercare di chiarire in cosa consiste l’atteggiamento impaziente che mi propongo di evitare attraverso un esempio.

Tra le questioni ricorrenti nei dibattiti sulla natura delle cose ce n’è una che si può

riassumere nella domanda seguente: la natura delle cose consiste in un insieme di fatti empirici contingenti oppure è il frutto di concezioni metafisiche sulla natura dell'uomo e della società? Se riteniamo che la *summa divisio* tra le concezioni della natura delle cose dipenda dal modo di rispondere a questa domanda potremmo essere tentati di adottare una classificazione corrispondente, per esempio chiamando filosofico l'approccio di chi opta per la seconda risposta e sociologico quello di chi opta per la prima; o ancora, potremmo parlare di approccio giusnaturalistico e, rispettivamente, positivistico. L'analisi potrebbe essere abbastanza sottile da smascherare i casi in cui sotto il velo del ricorso a categorie sociologiche si celano in realtà concezioni metafisiche. Essa avrebbe il pregio di isolare due concetti chiaramente contrastanti di 'natura delle cose', a seconda che 'natura' sia inteso in senso metafisico, come l'essenza di qualcosa, oppure, più modestamente, come una somma di caratteristiche empiricamente osservabili.

Sovente una simile classificazione si basa su considerazioni contenutistiche (o semantiche), relative cioè al significato di 'natura delle cose' nei contesti d'uso giuridici. Apparentemente essa è in grado di rendere conto delle differenze metodologiche tra diversi tipi di ricorso alla natura delle cose. A seconda del significato prescelto, infatti, mutano le operazioni che il giurista deve compiere per determinare i contenuti giuridici conformi alla natura delle cose. Se muove dalla nozione metafisica di 'natura delle cose', il giurista compie riflessioni tese a isolare l'essenza del tipo di affare o di situazione in esame. Se per esempio si tratta di decidere in accordo con questo metodo quali organizzazioni sono per propria natura enti pubblici le considerazioni rilevanti verteranno sull'individuazione di beni, valori e interessi essenzialmente pubblici. Ove invece sia la nozione sociologica a guidare il giurista, le sue conclusioni dovranno basarsi su dati empirici relativi alle pratiche di un certo gruppo sociale: per esempio saranno da considerare pubblici gli enti che perseguono beni e interessi che nel gruppo rilevante sono abitualmente attratti nell'orbita del pubblico<sup>55</sup>.

Tutto ciò però è plausibile solo se si adotta un'immagine molto semplificata di queste operazioni, che non tiene conto della rete di concetti in cui esse si collocano. Si può discettare della natura essenziale dei titoli credito perché si ritiene che i titoli di credito sono una categoria *a priori* del diritto, oppure per stabilire l'esatto contenuto di norme di un codice sui titoli di credito, o ancora perché una norma particolare

---

55 Come si è detto, può anche darsi che la nozione sociologica in realtà celi aspetti "metafisici" (nel senso degradante di 'metafisica' proprio del neopositivismo). Sotto questo aspetto si potrebbe cercare di distinguere tra approcci sociologici genuini o spurii a seconda che gli asserti introdotti sotto la rubrica 'natura delle cose' sono autenticamente empirici (per esempio testando la loro verificabilità/falsificabilità) oppure no. Per alcuni spunti critici sulla pretesa del metodo della natura delle cose di essere un metodo genuinamente empirico vedi comunque *infra*, cap. IV, §§ 3 e 4.



subordina una conseguenza giuridica alla circostanza che la fattispecie abbia natura di titolo di credito. Ebbene, si può discettare di cose tanto diverse rimanendo nello stesso lato della classificazione “contenutistica”. Al contrario la classificazione qui proposta, benché contenutisticamente opaca, ha il pregio di cogliere il posizionamento “topografico” degli appelli alla natura delle cose nel quadro delle operazioni che caratterizzano l’attività di un giurista. Come credo sia chiaro, la topografia di cui sto parlando è quella che si basa sulla distinzione tra fasi dell’identificazione, individuazione e determinazione del diritto.

La tesi che intendo sostenere è che nella caratterizzazione del metodo dei giuristi naturalisti l’indagine intorno al contenuto della nozione di ‘natura delle cose’ adottata ha un ruolo logicamente subordinato al problema della collocazione topografica. Per delineare con precisione i contorni del metodo della natura delle cose occorre prima comprendere quali mosse sono rese possibili dall’introduzione della nostra nozione e in quali punti della pratica giuridica esse si possano correttamente compiere; solo in seguito ha senso chiedersi quali siano le strategie e gli obiettivi sottesi a tali mosse<sup>56</sup>.

Non sto sostenendo che filosofi del diritto e giuristi siano complessivamente ignari di questi problemi, ma piuttosto che ne sono per lo più consapevoli in modo confuso e difettoso. All’inizio di questo capitolo si è spesa qualche parola sul dibattito incentrato sul carattere principale o sussidiario della natura delle cose come fonte del diritto; è stato proprio l’approfondimento di alcune questioni sottese a quel dibattito che ha condotto alla distinzione tra approccio filosofico e giuridico. Esso, tuttavia, nei termini in cui è stato condotto, è sintomatico dello stato di consapevolezza approssimativa e confusa in cui versava la discussione sulla natura delle cose negli anni in cui era nell’agenda dei filosofi del diritto europei più in vista e in cui credo versi tuttora nelle rare occasioni in cui riaffiora<sup>57</sup>.

---

56 A ben vedere la possibilità di trattare la questione topografica in modo relativamente autonomo da quella semantica dipende dal fatto che ci sono alcune intuizioni (contenutistiche) di fondo su cos’è il ricorso alla natura delle cose. La principale fra esse è che il ricorso alla natura delle cose è uno strumento tecnico del giurista. Se ne potrebbe citare poi un’altra, e cioè che appellarsi alla natura delle cose ha qualcosa di inusuale e atipico. Se non comprendessimo che l’appello alla natura delle cose è uno strumento tecnico che si differenzia da altri largamente usati dai giuristi non potremmo sapere in anticipo che si tratta di un oggetto suscettibile di collocazione nel quadro più generale del metodo giuridico.

57 Ciò dipende tra l’altro dal fatto che nella produzione più recente lo spazio dedicato all’approfondimento del tema della natura delle cose è alquanto esiguo. Talvolta chi ne parla non sente il bisogno o l’opportunità di riesumare tutto il dibattito in cui si sono scornati autori di quaranta o cinquanta anni prima. Così può accadere che la natura delle cose sia menzionata di sfuggita come un nome venerabile ma obsoleto attinente a un insieme di questioni trattate con un apparato concettuale e una terminologia diversi (si veda per esempio F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003).

Nell'approccio giuridico il ricorso alla natura delle cose si colloca nell'ambito delle operazioni di determinazione del diritto, a valle dei passaggi che conducono alla identificazione e alla individuazione. Si tratta cioè di una mossa che va compiuta sulla scorta di assunzioni, indipendenti dalla natura delle cose, circa la rilevanza giuridica, in un ordinamento particolare, della questione in relazione alla quale la natura delle cose è invocata. Il punto è ben illuminato dalle osservazioni di Vivante sulla società in nome collettivo, su cui ci si è soffermati nel primo capitolo. Possiamo dire di conoscere le norme relative a questo istituto solo osservando un campione sufficientemente ampio delle applicazioni concrete che esso riceve: la prassi plasma l'istituto introducendo regole per ipotesi non considerate dalla legge, uniformandosi alle norme del codice ovvero discostandosi da esse (o, piuttosto, mostrando quali norme dovrebbero essere considerate dispositive e quali imperative). La conoscenza della prassi insegna al giudice e al giurista come si applicano le norme dettate dal codice, qual è la loro importanza relativa e quali sono i difetti da correggere o i punti da integrare. Si può notare di passata che se volessimo applicare l'alternativa contenutistica tra nozione sociologica e nozione metafisica di 'natura delle cose' all'esempio di Vivante dovremmo fronteggiare alcune difficoltà: a tutta prima sembra chiaro che ci troviamo nel versante sociologico, ma per asserire con certezza questa conclusione dovremmo prima accertarci che la fiducia di Vivante intorno alla virtù della prassi di rivelare la reale funzione socio-economica di un istituto sia radicata in osservazioni condotte secondo un metodo scientifico e non celi premesse metafisiche sottaciute<sup>58</sup>.

Una risposta più univoca viene invece dal criterio topografico. Il "luogo" del ricorso alla natura delle cose è individuato dalla rete di operazioni in cui è inserito. Il problema è la determinazione delle norme che esprimono la natura socio-economica della società in nome collettivo. Vivante non si preoccupa di dimostrare che un giurista dovrebbe avere interesse per le società in nome collettivo, dandolo per scontato. In effetti lo è, ma ciò non vuol dire che sia anche poco significativo sul piano metodologico. Invocando la natura delle cose per delineare i contorni di un istituto si assume che quell'istituto è rilevante per il diritto. Come si vede, ci troviamo su un terreno molto diverso da quello in cui si muove lo scritto di Bobbio del 1942: là, la natura delle cose serviva a dirimere un dubbio sulla giuridicità di un certo tipo di

---

58 Come va distinta una prassi legittimamente integrativa del diritto da una prassi antiggiuridica? Come si dovrebbe giudicare nel caso, che non si può escludere aprioristicamente, che non ci sia una funzione uniforme in tutte le istanze di un istituto? Non voglio sostenere che a queste domande non si possano offrire risposte genuinamente scientifiche (anche se il metodo richiesto è sicuramente più sofisticato di quello prefigurato da Vivante), ma solo che la evidente possibilità di offrire risposte basate su premesse metafisiche dimostra che non c'è alcun nesso necessario tra appello alla prassi e nozione sociologica-empirica di 'natura delle cose'.

regolamentazione, qui serve a dirimere una questione (previamente identificata come) giuridica<sup>59</sup>. La prassi che Vivante addita può essere descritta con buona approssimazione come prassi applicativa di norme giuridiche; è vero che essa non si esaurisce nell'applicazione di norme giuridiche, dal momento che ne può creare di nuove, ma è il diritto che ci indica la direzione in cui cercare le integrazioni e le correzioni desiderate.

In secondo luogo, le prassi rilevanti sono anche circoscritte in relazione alle loro coordinate spazio-temporali. Proseguendo con lo stesso esempio, Vivante assume come ovvio che esempi di statuti di società in nome collettivo vadano cercati nelle cancellerie dei tribunali di Venezia, Roma, Firenze e non, diciamo, di Lione o Francoforte<sup>60</sup>. Il giurista indossa le vesti del sociologo empirico o del filosofo della società solo dopo aver delimitato i confini del proprio campo di osservazione. La questione è analoga a quella vista appena sopra, senonché nella delimitazione delle coordinate spazio-temporali non si tratta solo dell'identificazione dell'area della rilevanza giuridica, ma anche dell'individuazione di un particolare ordinamento giuridico, nella specie il diritto del Regno d'Italia intorno al 1900.

Tutto ciò, comunque, non costituisce che un insieme di premesse piuttosto remote del ricorso alla natura delle cose. Esse devono essere menzionate in un resoconto completo, ma sono abbastanza lontane dal cuore degli interessi di un giurista naturalista da non essere mai ricordate esplicitamente. Prima di passare a un esame

---

59 Nell'esempio in esame è piuttosto chiaro che la rilevanza giuridica della società in nome collettivo è dovuta al fatto che si tratta di un istituto contemplato dal codice di commercio allora vigente. Tuttavia non sempre le cose sono così semplici, e in ogni caso, su un piano analitico, è necessario distinguere i diversi passaggi che portano a formulare tale giudizio di rilevanza. Sarebbe troppo semplicistico dire che l'appartenenza al codice di commercio è tra i criteri di identificazione del diritto dei giuristi che si comportano nel modo immaginato da Vivante; piuttosto la stessa rilevanza giuridica del codice di commercio è il risultato dell'applicazione dei criteri di identificazione in un particolare contesto, tanto è vero che non è necessario supporre un cambiamento dei criteri per spiegare il fatto che i giuristi italiani hanno cessato di considerarlo vigente con l'emanazione del codice civile del 1942. Su questi problemi si vedano H.L.A., *Il concetto di diritto*, cit. (che distingue tra criteri – universali – per identificare un sistema giuridico, quali la presenza di una norma di riconoscimento seguita dai funzionari, e criteri – particolari – di validità stabiliti dalla norma di riconoscimento e M. Jori, voce *Concetto di diritto*, cit. (che distingue tra definizione del diritto incorporate nella scelta di un metodo e definizioni trovate *in rebus* quando il metodo viene applicato). A ben vedere il giudizio di appartenenza del codice di commercio al diritto italiano attiene già al momento della determinazione del diritto, sicché l'applicazione della nozione di natura delle cose in questo esempio presuppone anche un certo grado di determinazione del diritto in aggiunta alla sua identificazione e individuazione. Ciò comunque non minaccia la correttezza della tesi che sto sostenendo e cioè che il ricorso alla natura delle cose in questo esempio presuppone avvenuta l'identificazione del campo delle cose giuridicamente rilevanti.

60 Vedi C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, cit., p. XII.

delle premesse più immediate e qualificanti del metodo della natura delle cose è opportuno gettare uno sguardo retrospettivo al percorso svolto fino a questo punto. Abbiamo preso le mosse da alcune aporie che affliggono la discussione sulla natura delle cose come fonte del diritto e abbiamo osservato che esse dipendono dal non aver chiarito che cosa, precisamente, trova nella natura delle cose la sua fonte. Cercando di superare i termini stagnanti di quella discussione abbiamo dapprima delineato un approccio (che abbiamo chiamato filosofico) che assegna alla natura delle cose il compito di distinguere il diritto dal non-diritto. Abbiamo quindi osservato che l'assenza di tale pretesa è proprio ciò che caratterizza l'approccio adottato dei giuristi naturalisti (l'approccio giuridico) testimoniato dai molteplici esempi riportati nei primi due capitoli e abbiamo quindi impiegato la coppia approccio filosofico – approccio giuridico come la dicotomia fondamentale per classificare gli usi giuridici della natura delle cose. Infine abbiamo notato che tale dicotomia è opaca rispetto al significato di 'natura delle cose' e ne classifica piuttosto gli usi giuridici in relazione alla collocazione nello spazio delle operazioni che scandiscono il metodo giuridico.

La collocazione topografica nell'ambito delle operazioni di determinazione del diritto, tuttavia, è ancora piuttosto grossolana. Abbiamo bisogno di una mappa più dettagliata delle immediate vicinanze per mettere capo a un'analisi più soddisfacente del metodo della natura delle cose.

Troviamo ovunque giuristi naturalisti che identificano il diritto seguendo procedure ordinarie e di senso comune; solo quando si tratta di dare una formulazione dettagliata del contenuto di un ordinamento essi ricorrono alla tecnica della natura delle cose. Quale rapporto c'è tra l'oggetto identificato per mezzo di quelle procedure e la credenza che sia legittimo e corretto ricorrere alla natura delle cose per la determinazione del suo contenuto? I giuristi naturalisti hanno prospettato più risposte a questa domanda – alcune delle quali sono già state menzionate nei primi due capitoli – cercando di dare una chiave di lettura per il metodo che essi stessi impiegano. Possiamo farne un breve elenco:

(a) la rilevanza della natura delle cose è stabilita da una meta-norma positiva sulle fonti del diritto<sup>61</sup>;

(b) ci sono norme che rinviano alla natura delle cose per determinati settori del diritto o per particolari questioni;

(c) il legislatore ha talvolta inteso dare a una materia una disciplina conforme alla natura delle cose:

– (c.1) usando concetti che designano pratiche sociali pre-esistenti<sup>62</sup>;

---

61 È la posizioni di Asquini.

62 Questa formulazione si adatta in particolare alla concezione di Vivante che, come abbiamo visto, assegna una funzione classificatoria a molte norme giuridiche. Se ne sente l'eco anche nella

– (c.2) adottando particolari tecniche di *drafting* legislativo, quale l’impiego di indici sintomatici anziché di criteri<sup>63</sup>;

(d) il ricorso alla natura delle cose si rende necessario per correggere norme basate su credenze false – o divenute false in seguito al mutare delle circostanze – e che sarebbero state formulate diversamente in assenza di quegli errori<sup>64</sup>.

Il fatto che i giuristi naturalisti diano auto-descrizioni del proprio metodo non è necessariamente un vantaggio per l’analista, dal momento che potrebbe trattarsi di interpretazioni errate o mistificanti, che tradiscono, intenzionalmente o no, la vera natura delle loro operazioni. Tuttavia queste auto-interpretazioni hanno tutte un punto in comune: esse ascrivono la rilevanza della natura delle cose per il diritto a qualche caratteristica contingente dell’ordinamento in cui operano, caratteristica che avrebbe anche potuto non essere presente. Per esempio, la tesi (a) è compatibile con l’affermazione che in altri ordinamenti nessuna metanorma autorizza i giudici a cercare il diritto nella natura delle cose e la tesi (c) con l’affermazione che in altri ordinamenti o in altri settori dello stesso ordinamento il legislatore non ha inteso dettare norme conformi alla natura delle cose.

In altre parole la rilevanza della natura delle cose si configura come la scoperta di un fatto relativo a un particolare ordinamento giuridico. Peraltro, le risposte (a) e (b) da un lato, e le risposte (c1), (c2) e (d) dall’altro, differiscono sotto un altro importante profilo. La risposta (a) infatti postula l’esistenza di una norma specifica che autorizza il ricorso alla natura delle cose. In questa risposta troviamo un’applicazione concreta molto lineare dell’approccio giuridico, le cui coordinate teoriche ho tracciato nelle pagine precedenti: il giurista, secondo questa auto-interpretazione del proprio metodo, non presuppone la rilevanza della natura delle cose, ma pretende di identificarla con il contenuto di una norma del diritto positivo, che include la natura delle cose tra le fonti del diritto<sup>65</sup>. Tutta l’influenza che la natura

---

teoria di Ascarelli dei concetti tipologici.

63 L’abbiamo visto nei più recenti lavori di Fabio Merusi.

64 La differenza tra b) e c) a ben vedere è piuttosto sottile. In entrambi i casi si presuppone che il legislatore abbia voluto tenere conto della natura delle cose: tuttavia la risposta c) ha la specifica funzione di giustificare interpretazioni non letteraliste ed è quella che troviamo dispiegata per esempio nei casi in cui il richiamo alla natura delle cose si accompagna a un’interpretazione evolutiva; viceversa b) allude all’adozione di interpretazioni letterali, ancorché legate a un procedimento peculiare di determinazione del significato dei termini giuridici, che sarà studiato nel prossimo capitolo.

65 È possibile che tale norma sia implicita, come crede Asquini, oppure che corrisponda a una interpretazione di qualche enunciato giuridico, come l’interpretazione adombrata da Arthur Kaufmann dell’art. 20, c. 3 della *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca che recita: “[I]l potere esecutivo e il potere giudiziario sono vincolati alla legge e al diritto”. Secondo Kaufmann nell’inciso “e al diritto” si può leggere un’allusione al metodo della natura delle cose (che per l’autore si può anche chiamare ‘analogico’, o ‘tipologico’). Vedi A. Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»* (1965), Napoli, 2004,

delle cose dispiega nel diritto dipende da quella norma; tutte le operazioni connotate dal “naturalismo” costituiscono applicazioni di essa. Basterebbe dunque abrogarla per bloccare il rinvio alla natura delle cose.

Analogamente, la risposta (b) ritiene che ci siano norme che autorizzano il ricorso alla natura delle cose in settori circoscritti. Così, secondo Bobbio, avviene per l'accettazione di una proposta di contratto (art. 1326 cpv., c.c.), per l'interpretazione dei contratti (art. 1369 c.c.) e in alcuni altri casi<sup>66</sup>. Anche qui, l'abrogazione delle norme il cui contenuto consiste in un rinvio alla natura delle cose avrebbe un effetto dirimente. Per esempio, l'art. 1326 afferma che l'accettazione “deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi”: eliminando le parole “o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare” il ricorso alla natura delle cose cesserebbe di essere rilevante per stabilire se una proposta valeva ancora al tempo dell'accettazione oppure no.

Nulla di simile avviene con le risposte (c1), (c2) e (d). Esse sostengono che la rilevanza della natura delle cose dipenda da qualche caratteristica delle norme giuridiche che può essere illuminata osservando il modo in cui sono redatte (risposta (c2)) e i concetti di cui si compongono (c1) oppure formulando ipotesi sui fatti che gli autori delle norme avrebbero preso in considerazione se ne fossero stati a conoscenza (d). Non c'è dunque qualche norma in più, che i giuristi che non contemplano il metodo della natura delle cose ignorano; ci sono invece considerazioni nuove rispetto alle stesse norme. Si potrebbe dire che queste risposte si basano su una immagine (o rappresentazione, o interpretazione) idiosincratica del diritto vigente o delle parti di esso che si ritengono sensibili al metodo della natura delle cose. Mentre la tesi della metanorma mantiene inalterata l'immagine complessiva dell'ordinamento aggiungendovi una piccola appendice<sup>67</sup>, e la tesi (b) ritrova sparsi nell'ordinamento

---

pp. 28 e 66. Si ricordi che per il momento l'analisi è neutrale circa il significato di ‘natura delle cose’ sicché sarebbe prematuro chiedersi perché mai per Kaufmann il vincolo del giudice al “diritto” (in quanto opposto alla legge) possa essere tradotto in termini di ricorso alla *Natur der Sache*. Su ciò vedi *infra*, cap. 3 § 3. Più di recente un giurista italiano ha individuato nell'art. 3 cpv. della Costituzione (che stabilisce il cd. principio di uguaglianza sostanziale) la norma desiderata che consente all'interprete “lo scrutinio [...] della realtà fattuale perché la discrezionalità politica s'interrompe qualora l'asimmetria di trattamento non appaia giustificata dalla diversità delle posizioni occupate dai consociati” (R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2, 2003, pp. 715-748).

<sup>66</sup> N. Bobbio, *La natura delle cose nella dottrina italiana*, cit., p. 234.

<sup>67</sup> In realtà la “piccola appendice” può costituire il poderoso gancio cui il giurista appende i propri valori epistemologici o etico-politici e fa dipendere la propria adesione al diritto positivo (su tali questioni rimane fondamentale U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1965); ciò comunque non cambia la ricostruzione del ragionamento su cui si fonda la legittimazione del metodo

casi puntuali di rinvio alla natura delle cose, le altre tre risposte giustificano l'impiego del metodo per mezzo di una mossa molto più impegnativa, che comporta l'assunzione di una prospettiva peculiare sul diritto vigente.

2. *L'immagine del diritto presupposta.* Cerchiamo di caratterizzare in modo sommario l'immagine a cui si è fatto riferimento. Le norme giuridiche hanno innumerevoli addentellati nella realtà sociale. Anzitutto esse sono prodotte da individui situati in un contesto sociale che influisce sulle loro scelte; in secondo luogo esse sono composte da parole in larga parte tratte dalla lingua naturale di un gruppo sociale; in terzo luogo disciplinano campi di azione umana che nella maggior parte dei casi non sono ritagliati arbitrariamente, ma corrispondono ad ambiti socialmente tipici. Circostanze del genere non sono certo ignote ai giuristi, che sfruttano la conoscenza di esse per molteplici scopi. Di solito l'attenzione per i fenomeni e le esigenze sociali che hanno indirizzato la produzione di una norma è tanto maggiore quanto più la produzione è vicina nel tempo<sup>68</sup>. In questi casi capita spesso di trovare nei lavori dottrinali e nelle sentenze un resoconto della genesi della norma.

Nell'immagine tracciata dai giuristi naturalisti questi nessi genetici assumono un rilievo esplicito e metodico. Ovunque si trovi una norma radicata in una pratica sociale pre-esistente, la spiegazione di questo collegamento diviene parte dei compiti del giurista. In questo modo i giuristi naturalisti dichiarano di fare, in modo consapevole e sistematico, ciò che già altri fanno, ancorché in modo più timido e frammentario.

Il metodo per determinare il contenuto del diritto è dunque sensibile alle considerazioni che sono state all'origine della produzione di una norma. Il "radicamento" delle norme in pratiche sociali pre-esistenti è trattato come un marcatore che indica al giurista l'approccio da tenere rispetto a esse, approccio che non vale invece per norme prive di tale radicamento. Per un giurista naturalista si dà dunque un'alternativa di fondo: o il diritto promuove e riconosce pratiche pre-esistenti, e allora il metodo della natura delle cose è quello adeguato per determinarne il contenuto, oppure crea *ex novo* norme prive di questo nesso con le pratiche sociali e

---

della natura delle cose: poiché esso è "attivato" da una singola norma giuridica, sarebbe sufficiente abrogarla per disattivarlo.

68 Si pensi, per fare solo un esempio, all'interesse suscitato dai cosiddetti contratti socialmente tipici. Talvolta – si può menzionare per l'ordinamento italiano il contratto di *leasing* – tali contratti sono definiti dal legislatore, che tuttavia non fornisce per essi una disciplina dettagliata, limitandosi ad indicare un tipo di operazione economica che essi servono a realizzare. I giuristi non mancano quasi mai di rilevare che attraverso il riconoscimento dei contratti socialmente tipici legislazione e giurisprudenza incorporano nel diritto "pezzi" di realtà sociale, pratiche sviluppatasi spontaneamente che in virtù del *fiat* di un organo autorizzato ricevono rilevanza giuridica.

allora l'impiego del metodo della natura delle cose è escluso.

Si tratta di un'alternativa che ha colpito anche alcuni filosofi del diritto e della politica. Friedrich von Hayek, per esempio, ha individuato una classificazione dell'attività legislativa che corrisponde largamente all'alternativa appena indicata: il diritto posto dal legislatore è *nomos*, se assume come criterio ispiratore l'ordine naturale sviluppatosi spontaneamente nel gruppo sociale (*cosmos*); oppure *thesis* se mira a creare un ordine artificiale e deliberato (*taxis*)<sup>69</sup>. Il processo con cui si genera un *cosmos* è descritto da Hayek in un modo che abbiamo già incontrato nel corso di questo lavoro: si tratta della cristallizzazione di regole consuetudinarie che i membri del gruppo seguono intenzionalmente, pur non essendo in grado di darne una formulazione linguistica in termini generali<sup>70</sup>. Un'attività legislativa guidata dal principio del *nomos* produce quale unica novità enunciati che descrivono regole già stabilitesi; essa dunque non crea regole nuove, ma solo formulazioni nuove di regole pre-esistenti.

La dicotomia *nomos-thesis* è interessante per noi perché contribuisce a spiegare l'immagine del diritto vigente che è sottesa al metodo della natura delle cose<sup>71</sup>. Il giurista naturalista si figura un legislatore alle prese con il tentativo di riprodurre fedelmente le articolazioni della realtà sociale che ispirano la sua impresa, e imposta il proprio metodo alla luce di questa rappresentazione.

Nel prossimo capitolo cercherò di arricchire il quadro con dettagli che attengono soprattutto alla teoria del significato dei concetti giuridici implicita in questa immagine<sup>72</sup>. Per ora è importante comprendere perché le osservazioni di un giurista naturalista possano volgere verso il problema del significato dei concetti giuridici. Come si è detto, la raccomandazione fondamentale del metodo della natura delle cose è di attribuire un peso maggiore di quanto non si faccia di consueto al nesso genetico che lega pratiche sociali e norme giuridiche. Quando tale nesso sussiste, la

---

69 F. Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973), Milano, 2000, capp. II (*Cosmos e Taxis*), V (*Nomos*) e VI (*Thesis*).

70 Vedi *supra*, la parte su Rodolfo Sacco nel cap 1.

71 Per inciso, nel libro di Hayek un riferimento all'idea giuridica della natura delle cose si trova in (almeno) due passi: nel primo si ricorda la dottrina di Louis (*sic*) Molina del prezzo naturale, che "deriva dalla cosa stessa"; nel secondo si cita la celeberrima definizione di Dernburg. Vedi F. Hayek, *op. cit.*, pp. 30 e 133.

72 Esiste una distinzione a tutta prima piuttosto chiara tra concezioni dei concetti giuridici e concezioni del diritto. Tuttavia è stato osservato che "il tema dei concetti giuridici è cruciale nel senso in cui Popper, richiamandosi a Bacone, parla di casi cruciali per la scienza; è il luogo, uno dei luoghi principali, in cui le idee fondamentali – descrittive e prescrittive – sul diritto devono affrontare il loro *test*, possono essere saggiate nella loro coerenza interna. Occuparsi dei concetti del diritto è pertanto un modo più circoscritto e interno di occuparsi del concetto di diritto" (A. Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, cit.).



conoscenza della prassi che è stata all'origine della formulazione di una norma è un requisito necessario per la determinazione del contenuto del diritto. Ciò non significa tuttavia che il diritto faccia *rinvio* a regole sociali: questa semmai è soluzione implicata dalla tesi dell'esistenza di una metanorma che autorizza il ricorso alla natura delle cose. Qui, invece di una metanorma siffatta, abbiamo più norme giuridiche che mirano a riprodurre il contenuto di regole sociali. Tali regole, cioè, costituiscono il *referente* delle norme.

L'idea che regole, istituzioni e pratiche sociali possano costituire il referente delle norme giuridiche non è affatto ignota al pensiero giuridico. Benché si tratti di una tesi filosofica piuttosto sofisticata, essa è stata talvolta formulata da giuristi positivi<sup>73</sup>. È stata comunque soprattutto la filosofia del diritto a occuparsene. In un importante articolo del 1993 Letizia Gianformaggio ha sostenuto la configurabilità di una concezione realista del diritto che ha al proprio centro precisamente questa tesi. Secondo Gianformaggio molte teorie istituzionaliste del diritto si baserebbero in effetti sull'assunto che le norme giuridiche abbiano un referente nella realtà sociale. Credo che ciò sia vero non solo per le teorie istituzionaliste, ma anche per l'approccio giuridico alla natura delle cose<sup>74</sup>. È degno di nota che anche sotto questo aspetto esiste una differenza marcata tra approccio giuridico e approccio filosofico alla natura delle cose. Quest'ultimo, utilizzando la natura delle cose già nella fase della identificazione del diritto è incompatibile con l'idea che si possa parlare di natura delle cose in termini di pratiche sociali che assumono rilievo in quanto referenti di norme giuridiche. Se è corretto identificare la natura delle cose con le pratiche seguite dal gruppo, allora l'approccio filosofico deve assumere che esse abbiano rilievo giuridico immediatamente e non in forza di un collegamento con altre norme giuridiche<sup>75</sup>.

---

73 Per esempio, è esplicita in R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit., (cap. VIII.17 "Significante, significato, referente nel discorso giuridico", pp. 202-206); A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. I. Il concetto del diritto* (4<sup>a</sup> ed.), Milano, 1992, p. 252.

74 Vedi L. Gianformaggio, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto*, cit. In quell'articolo peraltro la natura delle cose è menzionata come uno degli argomenti solidali con questa concezione. Nella sostanza la mia prospettiva coincide con quella, ma c'è una sfumatura che va precisata. In questo lavoro non sostengo che la natura delle cose sia un *argomento* giuridico figlio di una particolare concezione del diritto; nel capitolo 2, del resto, credo di aver mostrato che non è possibile trovare uno schema argomentativo unitario per tutti gli appelli alla natura delle cose. Piuttosto credo che si tratti di una concezione del metodo giuridico che sottende un'immagine del diritto coincidente con quella etichettata da Gianformaggio 'realismo giuridico come teoria dell'istituzione', concezione del metodo che a sua volta "genera", tra l'altro, una serie di argomenti quando si tratta di interpretare o integrare norme giuridiche.

75 Peraltro, è assai inverosimile che l'approccio filosofico accolga questa nozione di 'natura delle cose'. Piuttosto, come accade nel caso del libro di Bobbio del 1942, esso ascriverà alla natura delle

La tesi della realtà sociale come referente delle norme spiega perché il metodo della natura delle cose si traduca in operazioni che hanno a che fare con la determinazione del significato di concetti giuridici. Affermare che una pratica o una regola sociale costituisce il referente di una norma giuridica significa affermare, tra l'altro, che il campo di applicazione della norma coincide perfettamente con i confini di tale pratica<sup>76</sup>. Se la coincidenza fosse solo parziale o tendenziale non parleremmo di riferimento, ma, più genericamente, di attinenza di una norma a una data materia. Il metodo della natura delle cose si esplica nelle operazioni attraverso cui una norma che sappiamo attinente a una pratica sociale viene resa esattamente coincidente con i confini di tale pratica. D'altra parte per stabilire il campo di applicazione di una norma occorre stabilire il riferimento dei termini di cui essa si compone. Per sapere quando si applica una norma che stabilisce che una conseguenza per i contratti di vendita, di locazione o di *leasing*, occorre stabilire i riferimenti dei concetti di 'contratto di vendita', 'locazione', o '*leasing*', vale a dire quali contratti siano vendite, locazioni o *leasing* e, prima ancora, quali cose siano contratti. Adottare il metodo della natura delle cose significa riconoscere, da un lato, che la determinazione del contenuto della norma passa attraverso la determinazione del significato di quei concetti ma, dall'altro, che tale significato vada attribuito alla luce della conoscenza che abbiamo delle pratiche sociali corrispondenti.

### **III. L'autoritatività del diritto: un'obiezione al metodo della natura delle cose**

In ragione del modo in cui individuano il proprio oggetto di studio i giuristi naturalisti possono dirsi giuristi positivi. Essi infatti si occupano di un particolare ordinamento positivo che è indubbiamente lo stesso oggetto descritto dai giuristi che praticano scelte di metodo opposte. Non ci sono differenze di rilievo nei criteri di identificazione delle istituzioni autorizzate a creare il diritto, dei testi in cui reperire le

---

cose la funzione di distinguere tra pratiche sociali importanti e meno importanti. Altrimenti l'approccio filosofico avrebbe la conseguenza poco desiderabile di cancellare ogni distinzione tra diritto e altri ordinamenti normativi socialmente effettivi.

<sup>76</sup> Naturalmente per poter determinare il campo di applicazione di una norma non occorre ammettere che la norma, come tale, faccia riferimento a qualcosa, ma è sufficiente che in essa compaiano termini dotati di un riferimento. Molti autori dubitano che le norme, come tali, abbiano un referente; ciò non pregiudica la possibilità di individuare il loro campo di applicazione. Una teoria classica da contrapporre a quella sottesa al metodo della natura delle cose è la teoria di Scarpelli secondo cui ogni norma ha una parte che fa riferimento alla realtà (concepita in termini fiscalisti), benché questa parte non si trovi mai isolata nella formulazione abituale delle norme, e la sua individuazione comporti di conseguenza complesse operazioni di riduzione. Vedi U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit.

norme giuridiche o degli organi incaricati di applicarle. E questo significa che le operazioni peculiari del metodo della natura delle cose non influenzano quegli ambiti della conoscenza del diritto.

Per spiegare queste caratteristiche ho fatto uso di un apparato concettuale piuttosto sofisticato, certamente estraneo agli schemi cui i giuristi stessi ricorrono per rendere conto del proprio metodo. Tuttavia, si è anche mostrato che questo apparato si integra bene con le auto-descrizioni dei giuristi consentendo di collocare certe loro affermazioni nelle caselle appropriate. Quando, per esempio, Vivante sostiene che la rilevanza giurisprudenziale della funzione economica e sociale di un istituto dipende da una rappresentazione complessa dei rapporti tra codice di commercio e prassi dei commercianti; oppure quando Merusi iscrive l'organismo di diritto pubblico tra i concetti naturalisticamente ben fondati in virtù di una certa tecnica legislativa impiegata dalle istituzioni europee: in tutti questi casi non si trovano esplicite attestazioni di una eterogeneità tra fase di individuazione e fase di determinazione del diritto. Nondimeno, è proprio questo strumentario analitico che ci permette di comprendere quelle tesi nella luce più adeguata.

Chiaramente il fatto che il metodo della natura delle cose sia praticato da giuristi positivi informa anche il carattere che una critica di esso deve assumere. Dando una scorsa alla letteratura è possibile individuare due tipi principali di accuse rivolte al metodo della natura delle cose: la prima è l'accusa di fallacia naturalistica<sup>77</sup>; la seconda è l'accusa di ignorare l'importanza del fenomeno dell'autorità del diritto<sup>78</sup>.

La prima accusa si rivolge alla pretesa di inferire dalle caratteristiche naturali di eventi, processi e rapporti un'attribuzione di valore o una norma che li disciplini<sup>79</sup>. La

---

77 Si vedano in particolare N. Morra, voce *Natura delle cose*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol XI, Torino, 1965 e E. Garzón Valdes, *La naturaleza de la cosa*, in Id., *Derecho, ética y política*, Madrid, 1993, pp. 35-72.

78 Sul concetto di autorità vedi soprattutto J. Raz, *The Authority of The Law*, cit.. Una critica di questo tipo è quella rivolta da Brian Bix alle teorie di Moore, Brink e Stavropoulos che, come vedremo anche nel prossimo capitolo, ricordano da vicino il metodo della natura delle cose. Vedi B. Bix, *Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?*, in *Ratio Juris*, 3, 16, 2003, pp. 281-295. Più in generale sono riconducibili all'accusa di ignorare l'autorità del diritto le osservazioni mosse da altri giuristi in nome del metodo tecnico-giuridico (come la critica di Alfredo Rocco menzionata da N. Bobbio, *La natura delle cose nella dottrina italiana*, cit.), di una concezione non sostanzialistica dei concetti giuridici (p.e. G.P. Spattini, "Vere" e "false" golden shares nella giurisprudenza comunitaria. La deriva "sostanzialista" della Corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa", cit.), della necessità di trovare nel diritto positivo la fonte di qualificazione di ogni rapporto (p.e. N. Bobbio, *La natura delle cose*, cit.).

79 La sterminata letteratura sul tema prende le mosse da G.E. Moore, *Principia Ethica*, Londra, 1903 (cap. I, sez. B). In italiano sono fondamentali due scritti corposi: G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969; B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Torino, 1994.

seconda invece imputa ai giuristi naturalisti la colpa di ignorare la differenza che fa per il ragionamento pratico la presenza di una norma dettata da un'autorità normativa<sup>80</sup>. Si tratta di due accuse chiaramente distinguibili, perché la prima riguarda ogni ragionamento pratico, mentre la seconda si applica solo ai campi su cui insiste qualche autorità. Inoltre una tesi può incorrere nell'accusa di trascurare l'autorità pur non commettendo alcuna fallacia naturalistica, o anche se si ritiene che la fallacia naturalistica non sia affatto una fallacia<sup>81</sup>.

Si potrebbe pensare che il metodo della natura delle cose, che si basa sull'approccio giuridico ed è circoscritto alla fase della determinazione del diritto abbia caratteristiche che lo sottraggono a entrambe le critiche: esso infatti riconosce che il diritto trova ovunque radici in un esercizio istituzionalizzato di poteri normativi e che la rilevanza della natura delle cose per il diritto dipende dal modo in cui i titolari di quel potere lo esercitano. L'accusa di fallacia naturalistica sarebbe poi evitata perché tra le premesse di ogni argomento basato sul metodo della natura delle cose si troverebbe sempre una norma (in particolare una norma di diritto positivo).

Che il metodo della natura delle cose incorra nella fallacia naturalistica è stato sovente affermato dai suoi critici<sup>82</sup>. Su questo tema dirò qualcosa di più nel prossimo capitolo. Per ora va osservato che l'argomento appena abbozzato, secondo cui il metodo della natura delle cose si sottrae a quest'accusa perché prende sempre le mosse da qualche norma di diritto positivo, non è sufficiente. Tale argomento infatti serve a giustificare l'assunzione di una norma conforme alla natura delle cose in un ragionamento giuridico, mentre l'accusa di fallacia naturalistica si rivolge alla pretesa di poter predicare *sic et simpliciter* la conformità o non conformità di una norma alla natura delle cose. L'errore starebbe cioè nell'idea che ci siano norme che si identificano con, o possono essere inferite da qualche caratteristica naturale di un oggetto, e non nel passaggio, logicamente successivo, in cui si afferma che tali norme sono giuridicamente rilevanti.

Più attinente alla questioni trattate in questo capitolo è l'accusa di non tenere conto del carattere autoritativo del diritto. In effetti c'è almeno un senso in cui i giuristi naturalisti riconoscono autorità al diritto: un legislatore potrebbe in ogni momento precludere l'impiego del metodo della natura delle cose mediante un esercizio adeguato dei propri poteri normativi. Ciò è particolarmente chiaro nel caso in cui l'autorizzazione al ricorso alla natura delle cose è individuata in una metanorma; sarebbe sufficiente abrogarla per mettere la sordina a tali operazioni. Anche nel caso

---

80 J. Raz, *The Authority of Law*, cit., cap. I.

81 Per esempio le tesi di Raz sull'autorità prescindono interamente dalla questione se sia o no fallace inferire valutazioni o norme dalla natura di qualcosa.

82 Vedi la nota 77.

per noi più interessante, quello in cui la rilevanza della natura delle cose dipende da alcune caratteristiche diffuse della legislazione, il legislatore avrebbe un'autorità sufficiente per prevenire il metodo della natura delle cose: gli basterebbe infatti abrogare tutte le norme che presentano tali caratteristiche o sostituirle con altre che ne sono prive.

Tuttavia chi considera l'autorità un tratto generale del modo in cui il diritto guida i nostri comportamenti – e il nostro modo di valutare comportamenti altrui – mette radicalmente in discussione l'immagine del diritto prodotta dai giuristi naturalisti<sup>83</sup>. Secondo costoro le norme giuridiche sono dotate di autorità a prescindere dalla relazione con le regole che caratterizzano qualche pratica sociale pre-esistente. Si supponga che esista un consenso generale sui fatti che costituiscono la premessa dell'immagine del diritto vigente di un giurista naturalista: per esempio, tutti riconoscono che esiste un preciso nesso storico tra una prassi contrattuale impostasi *praeter legem* e una legge che introduce un nuovo tipo contrattuale. Il legislatore, o gli esperti a cui egli si è rivolto, avevano in mente precisamente quel tipo di operazione nel dettare le linee della nuova disciplina. Per un teorico dell'autorità del diritto, comunque, le vicende genetiche e i nessi causali sussistenti tra determinate circostanze sociali e l'emanazione di una norma giuridica non influiscono sul suo *status* di ragione per decidere.

Vediamo sommariamente come i teorici dell'autorità trattano le norme giuridiche in quanto ragioni per decidere e per agire. Una teoria influente dell'autorità del diritto è stata fornita da Joseph Raz. Secondo Raz le norme giuridiche sono ragioni esclusive che sostituiscono le ragioni par agire che avremmo in una certa situazione, in assenza di quelle norme<sup>84</sup>. Un venditore potrebbe essere spinto ad accertarsi che la merce venduta sia priva di difetti occulti da ragioni prudenziali o dal vincolo sorto dalla promessa di consegnare cose integre e funzionanti. Tuttavia un giudice condannerà un venditore a sostituire la merce difettosa o a risarcire il danno sulla base di una norma giuridica e non sulla base di tali ragioni. L'affermazione che le norme giuridiche hanno autorità significa infatti che esse escludono dal ragionamento pratico di chi le applica tutte le ragioni concorrenti, siano esse solidali o in contrasto con la norma giuridica<sup>85</sup>.

---

83 Si pensi al modo, del tutto incompatibile con questa immagine, in cui è descritto il metodo di scelta pratica dei giuristi rispettivamente in M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980 e F. Schauer, *Le regole del gioco* (1991), Bologna, 2000.

84 Vedi J. Raz, *Practical Reason and Norms* (2<sup>nd</sup> ed.), Oxford, 1990, pp. 35 sgg.

85 E ciò non perché le altre ragioni siano poco importanti; per esempio, secondo Raz esse sono decisive per stabilire se una autorità è legittima. Vedi J. Raz, *Autorità diritto e morale* (1994), in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*. Una antologia, Torino, 2005, pp. 288-291.

Delle teorie dell'autorità del diritto a noi interessa qui solo la ricostruzione che esse forniscono del ragionamento effettivo dei giudici e degli altri soggetti che applicano norme. Tale ricostruzione sottolinea due aspetti: (i) l'autorità è una caratteristica delle singole norme, poiché si manifesta in ogni occasione in cui una decisione è presa sulla base di una norma giuridica; (ii) l'autorità di una norma rende indifferenti per chi la utilizza le considerazioni che hanno ispirato i suoi autori.

Risulta allora chiaro che il metodo della natura delle cose è incompatibile con l'idea che le norme giuridiche sono dotate di autorità. Anzitutto (i) esclude che il resoconto dei giuristi naturalisti sia sufficiente a garantire l'autorità del diritto. Grosso modo infatti tale resoconto afferma che il diritto è in grado di escludere le ragioni collegate a una pratica sociale dal novero delle ragioni giuridiche solo stabilendo norme che non tengono conto o addirittura sono in contrasto con quella pratica pre-esistente. Ma i teorici dell'autorità asseriscono che le norme giuridiche sono esclusive in tutti i casi, ossia anche quando sono pedissequae di una pratica sociale pre-esistente. Il legislatore può avere stabilito la responsabilità illimitata dei soci di una società in nome collettivo alla luce di un apprezzamento di una pratica che tendeva a garantire la solvibilità della società debitrice; ciò non toglie che per un giudice è la norma giuridica e non la pratica – per così dire “soggiacente” – a far condannare il socio che rifiuta di pagare un debito. Sicché, anche se la norma ha seguito solo in parte o frainteso sotto qualche aspetto la prassi che mirava a rafforzare, il debitore non potrà cavarsela additando la vera natura di quella pratica.

Siamo così ricondotti al punto (ii). Il diritto ha autorità non perché disciplini la vita in modo arbitrario e sciolto da regole e principi normativi socialmente diffusi, ma perché assume il compito di contemperare una volta per tutte i fattori in gioco esonerando da questo “calcolo” i singoli cittadini. Ma questa caratteristica sarebbe frustrata se assumessimo che i fattori che costituiscono l'*input* delle norme giuridiche continuassero a contare quando le dobbiamo applicare<sup>86</sup>. È immanente al carattere autoritativo del diritto che ci sia una scissione netta tra le considerazioni che hanno pesato nell'emanazione di una norma e quelle che può addurre chi pretende di seguirla. La pensano esattamente all'opposto i giuristi naturalisti, per i quali non c'è differenza tra applicare una norma giuridica ispirata a una pratica sociale pre-esistente e applicare direttamente la pratica stessa.

L'accusa di non tenere conto dell'autorità è dunque ben indirizzata contro l'immagine del diritto sottesa al metodo della natura delle cose. Se ammettiamo che l'autorità, nel senso chiarito, sia una caratteristica del diritto, dobbiamo concludere

---

86 In questo senso Schauer afferma che le norme giuridiche sono “trincerate” (*entrenched*), non potendo chi le applica fare ricorso direttamente alla loro giustificazione per includere/escludere casi che essi escludono o includono ingiustificatamente.

che i giuristi naturalisti costruiscono un'immagine falsa del loro oggetto. Ciò peraltro è corretto alla luce del fatto che essi pretendono di essere giuristi positivi. Se avessimo ascritto il metodo della natura delle cose alla fase dell'identificazione del diritto, accreditando l'approccio filosofico, la questione ci sarebbe apparsa sotto una prospettiva differente.

Utilizzato nella fase di identificazione del diritto, il ricorso alla natura delle cose serve come criterio contenutistico per decidere quali norme hanno carattere giuridico. Naturalmente questo criterio può sostituire oppure affiancarsi ad altri criteri: nel primo caso la conformità alla natura delle cose sarà considerata condizione necessaria e sufficiente per asserire la giuridicità di una norma, nel secondo condizione sufficiente se il criterio opera in alternativa agli altri, condizione necessaria se esso opera sempre congiuntamente agli altri. In tutti i casi il criterio della natura delle cose contribuisce a ritagliare l'oggetto 'diritto' in un certo modo: non si tratta infatti di un criterio di appartenenza a un determinato ordinamento (in tal caso lo scopriremmo solo nella successiva fase di determinazione), ma di un criterio valido per ogni possibile ordinamento. Anche le teorie dell'autorità del diritto hanno una pretesa di generalità, ma la loro funzione non è di stabilire quali norme sono giuridiche, bensì di mettere in luce caratteristiche di norme che sappiamo già essere giuridiche. Non chiamiamo in causa l'autorità come criterio per identificare il diritto, ma per spiegare come le norme giuridiche entrano nel ragionamento pratico<sup>87</sup>. Di fronte all'affermazione che alcune norme non hanno la caratteristica dell'autorità perché non sono state stabilite da nessuno, ma sono emerse spontaneamente dalla natura delle cose, il teorico dell'autorità del diritto rimane spiazzato perché non è in vista di norme del genere che egli ha formulato le sue tesi. Queste tesi infatti presuppongono per lo meno che le norme giuridiche siano frutto di un'attività di deliberazione, o il caratteristico fenomeno dell'esclusione delle ragioni altrimenti applicabili ai casi regolati dalla norma non avrebbe luogo. Se le norme non sono frutto di decisioni di qualche essere umano, se non sono norme "positive", non ha senso parlare della loro autorità. Dunque l'approccio filosofico porta a costruire – chiamandolo 'diritto' – un oggetto cui nessuno penserebbe di riferire una teoria dell'autorità. Rivolta a questo tipo di approccio, l'accusa di non tenere conto dell'autorità del diritto non è più quella di avere un'immagine errata del proprio oggetto, o di fraintendere il suo funzionamento, ma quella di occuparsi di un oggetto sensibilmente diverso<sup>88</sup>.

I giuristi naturalisti, perciò, condividono con i loro oppositori una competenza

---

87 Ciò non vuol dire che non si potrebbe, in teoria, impiegare l'autorità come *criterio* di giuridicità, nel senso di un tratto che serve da segno di riconoscimento; solo che di fatto ciò non avviene né i teorici dell'autorità ambiscono a modificare le pratiche comuni da questo punto di vista.

88 Si tratterebbe cioè di una controversia terminologica intorno alla parola 'diritto'

concettuale di base e ciò fa di loro dei giuristi positivi. La loro “anormalità” emerge nel momento in cui si tratta di stabilire come funziona il diritto, come le norme giuridiche guidano e coordinano le attività delle persone a cui sono rivolte<sup>89</sup>. Nondimeno, le loro teorie appaiono degne di essere prese in considerazione in quanto teorie circa un diritto positivo. Gli errori del metodo della natura delle cose possono anche apparire grossolani ai suoi critici, ma chi li compie gode comunque dello *status* di membro competente della comunità “scientifica” dei giuristi<sup>90</sup>.

La critica basata sull’autorità del diritto offre un saggio interessante di questo stato di cose. Questa critica addita un fenomeno giuridico, l’autorità delle norme, di cui il metodo della natura delle cose non è in grado di rendere conto; essa può essere rivolta solo a chi sia disposto a riconoscere che quel fenomeno è tra le cose che una teoria del metodo giuridico dovrebbe spiegare. Se un giurista naturalista ammettesse che le norme giuridiche hanno quasi sempre carattere autoritativo e tuttavia non fosse disponibile a modificare il proprio metodo egli si troverebbe, per così dire, messo alle corde e costretto a riconoscere che le sue tesi innovano la pratica giuridica anziché spiegarla e che difficilmente essere potrebbero essere spacciate come il modo corretto per scoprire il diritto vigente. A parte quest’ultima possibilità, la posizione del giurista naturalista è simile a quella di un cosmologo convinto che le conoscenze astronomiche disponibili dimostrino la circolarità delle orbite dei pianeti quando è messo di fronte a dati recalcitranti. Egli non potrebbe appellarsi alla cosmografia, supponiamo, della Divina Commedia per mostrare che gli astri descrivono circonferenze perfette, perché così compirebbe una mossa incompatibile con il suo credo scientifico. Per un giurista naturalista abiurare l’approccio giuridico perché le teorie più convincenti sulle norme prodotte dalle istituzioni politiche di un paese mostrano che esse funzionano secondo i meccanismi dell’autorità, sarebbe, grosso modo, come per il cosmologo del nostro esempio negare che le misurazioni astronomiche contano per il suo lavoro.

Perciò il suo *status* di rispettabile giurista positivo lo obbliga a dimostrare non che ci sono *altre* norme, meno autoritative ed esclusive di quelle che generalmente consideriamo giuridiche, ma che alcune delle norme che generalmente consideriamo giuridiche sono meno autoritative ed esclusive di quanto sostenga la teoria standard dell’autorità.

---

89 Sul rapporto tra autorità del diritto e coordinazione si vedano per esempio J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, cap. IX; M.S. Moore, *Law as a Functional Kind*, in R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, 1994, pp. 188-242 (in particolare 213-217).

90 Ciò spiega perché l’adozione dell’approccio giuridico costituisca in qualche modo un “salvacondotto” per il giurista naturalista. Vedi *supra* il secondo paragrafo di questo capitolo.



*Il metodo della natura delle cose. Una spiegazione teorica*

**I. Natura delle cose e semantica**

1. *Introduzione.* La discussione svolta nel capitolo precedente è servita a chiarificare alcune caratteristiche del metodo della natura delle cose. Esso non si usa per identificare il diritto o individuare ordinamenti giuridici, ma per determinarne il contenuto. La natura delle cose non indica al giurista dove cercare il diritto, ma è uno strumento per stabilire che cosa il diritto dice, che cosa significano le norme giuridiche. Ciò che il diritto dice dipende dalle intenzioni di chi ha posto le norme giuridiche, ma non si identifica affatto con tali intenzioni. Il contenuto del diritto infatti è funzione delle caratteristiche che costituiscono la “vera natura” delle cose che il legislatore ha inteso regolare, sia che tali caratteristiche gli fossero note, sia che non lo fossero. Da questo punto di vista il metodo della natura delle cose fornisce una guida per l’interpretazione accreditando gli argomenti (spesso chiamati “anti-formalisti”) che consentono all’interprete di tenere conto nella misura più ampia delle circostanze in cui la norma si applica.

Nella parte finale del secondo capitolo ho cercato di mostrare che sarebbe frettoloso identificare il metodo della natura delle cose con un metodo di interpretazione, ancorché composito oppure di “secondo grado”: esso piuttosto è indice dell’adesione a una immagine del diritto e a una corrispondente teoria del significato dei discorsi del diritto presupposti dall’adozione di particolari schemi di attribuzione di significato a enunciati giuridici. Lo scopo delle pagine che seguono è di illuminare questa teoria del significato e il modo in cui essa guida le pratiche interpretative e le costruzioni teoriche più specifiche dei giuristi naturalisti.

Anzitutto occorre mostrare in che senso l’immagine del diritto sottesa al metodo della natura delle cose si collega già *prima facie* a una concezione del significato dei discorsi del diritto. Prendiamo ad esempio la tesi di Merusi secondo cui occorre avere una teoria degli enti pubblici ispirata al metodo della natura delle cose. Merusi ritiene che la normativa vigente in materia, in seguito all’emanazione delle direttive europee che introducono la nozione di organismo di diritto pubblico, si integri perfettamente con l’immagine naturalistica del diritto. Il legislatore europeo infatti si è posto l’obiettivo di armonizzare le legislazioni nazionali imponendo agli stati membri di considerare pubblici tutti e solo gli enti che lo sono effettivamente, a prescindere dal fatto che essi corrispondano a qualche definizione stipulativa di ‘ente pubblico’. Per stabilire che cosa sia realmente pubblico il Consiglio europeo ha fatto ricorso a una

lista di indici o sintomi (così si esprime Merusi) che manifestano l'incidenza del potere statale o di altro ente territoriale nella vita di una persona giuridica (una *golden share*, meccanismi di nomina dei vertici di un certo tipo, ecc.). La teoria di Merusi ruota insomma intorno a un'*espressione linguistica*: 'organismo di diritto pubblico'. È nella determinazione del significato di tale espressione, cioè del *concetto giuridico* che essa esprime<sup>1</sup>, che si dispiega il metodo della natura delle cose. 'organismo di diritto pubblico' designa i *veri* organismi di diritto pubblico (o enti pubblici), vale a dire tutte le "cose" che hanno le proprietà essenziali degli organismi di diritto pubblico, quali che siano le caratteristiche di essi che il legislatore ha scelto come criteri di identificazione. Può darsi che applicando un criterio legale si individuino oggetti che a un'indagine più approfondita si rivelano non essere enti pubblici, oppure (più frequentemente, secondo Merusi) che ci siano oggetti dotati della caratteristica 'pubblicità' che i criteri legali non catturano. In questi casi applica correttamente il concetto chi corregge i criteri anziché chi considera pubblici enti che non sono veramente tali – o viceversa.

È facile moltiplicare gli esempi e mostrare che nella maggior parte dei casi in cui un giurista si richiama alla natura delle cose entrano in gioco termini, espressioni e concetti giuridici circa i quali egli invoca la necessità di superare criteri legali o giurisprudenziali per tenere conto della vera natura delle cose che quei termini, espressioni e concetti designano. Le cisterne di cui all'art. 889 cod. civ., le società in nome collettivo, le cambiali, il dolo, le cose mobili, sono tutti casi che hanno ricevuto questo tipo di trattamento dalla dottrina o dalla giurisprudenza<sup>2</sup>.

Dovunque, troviamo alle spalle di operazioni ascritte al metodo della natura delle cose una concezione, per lo meno implicita, del significato dei termini giuridici – o, si potrebbe dire, una teoria dei concetti giuridici – che va di pari passo con l'immagine del diritto delineata nel capitolo precedente.

Come l'esempio degli enti pubblici illustra bene, è piuttosto semplice ricostruire le linee generali di questa teoria del significato. Tuttavia, non appena si scende nei dettagli emergono notevoli difficoltà e ci si imbatte in una serie di casi che sembrano fornire controesempi. Nelle prossime pagine, dopo aver offerto un breve schizzo della teoria semantica accolta dai giuristi naturalisti, mi occuperò delle difficoltà e degli

---

1 Sui concetti giuridici esiste una letteratura copiosa. Anche limitandoci alle sole concezioni analitiche dei concetti giuridici la quantità delle opere da menzionare sarebbe immensa. Per una disamina eccellente che include le concezioni di Hart, Ross, Scarpelli, McCormick, Dworkin e alcuni altri autori si veda A. Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, cit. Altri riferimenti, relativi alla concezione "naturalistica" che a noi preme, saranno forniti nel corso del capitolo.

2 È molto plausibile che operazioni simili si trovino anche senza un riferimento espresso alla natura delle cose. In questi casi ritengo che sarebbe comunque corretto parlare di metodo della natura delle cose.

apparenti controesempi. Nei paragrafi successivi considererò brevemente una ricostruzione alternativa del metodo della natura delle cose che ha avuto fortuna soprattutto tra autori di area germanica. Quindi, dopo aver sostenuto che questa ricostruzione tende in ultima analisi a tradire alcune tesi caratterizzanti del metodo della natura delle cose, cercherò di dare di esse un resoconto più affinato che consenta di venire a capo delle principali difficoltà e obiezioni. Lo scopo di questo capitolo, in linea con il resto del presente lavoro, è di offrire una interpretazione adeguata della semantica dei concetti giuridici associata al metodo della natura delle cose. Ciò richiede che si illustrino le tesi con esempi e le si sottopongano a possibili obiezioni e confutazioni; non tenterei questa strada se non fossi convinto che è possibile offrire una spiegazione unitaria e coerente del metodo della natura delle cose, benché essa non sia sempre perfettamente sovrapponibile all'idea che i giuristi naturalisti stessi hanno del proprio metodo. Le precisazioni e le limature che la chiarificazione implica, tuttavia, dovrebbero servire a far sì che un giurista naturalista sia in grado di comprendere meglio ciò che fa<sup>3</sup>, anziché a mostrare che le sue concezioni sono giuste o plausibili; quest'ultimo obiettivo esula dai confini di una ricerca ricostruttiva ed esplicativa come questa.

2. *La semantica dei giuristi naturalisti.* Le tesi semantiche che possiamo impiegare per spiegare il modo di utilizzare i concetti giuridici diffuso tra i fautori del metodo della natura delle cose rimandano a una teoria che è nota ai filosofi del linguaggio sotto diversi nomi. Il meno originale di essi – semantica Kripke-Putnam – si rifà ai nomi dei due filosofi che hanno fornito tra gli anni settanta e ottanta dello scorso secolo i contributi più rilevanti<sup>4</sup>. Altri nomi, concettualmente più densi, sono teoria causale del riferimento<sup>5</sup> e teoria del riferimento diretto<sup>6</sup>.

È utile ripercorrere per brevissimi cenni le tappe principali che portarono alla sua affermazione. La teoria del riferimento diretto sorse come risposta ad alcune difficoltà generate dalla teoria circa il significato dei nomi propri che allora dominava largamente la scena. Secondo tale teoria, i cui padri erano generalmente indicati in

---

3 Da questo punto di vista si può affermare che lo scopo del lavoro è genuinamente analitico. Sulla nozione di 'chiarificazione' (*elucidation*) vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit. (Prefazione dell'autore).

4 Vedi N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Oxford, 1996 che parla di *K-P semantics*.

5 Questa espressione, o meglio la sua traduzione spagnola ('teoria causal de la referencia') si trova in J.J. Moreso, *Tomates, Hongos y significado jurídico*, in J.J. Moreso, L. Prieto Sanchis, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, 2010.

6 Per esempio M.S. Moore, *Law as a Functional Kind*, cit. e P. Casalegno, *Filosofia del linguaggio*, Roma, 1996.

Frege e Russell<sup>7</sup>, il significato di un nome proprio è costituito dalle descrizioni ad esso associate; per esempio, il significato di ‘Aristotele’ è costituito da descrizioni come ‘il filosofo nato a Stagira’ e ‘il precettore di Alessandro’<sup>8</sup>. Aristotele è quindi l’individuo per cui sono vere contemporaneamente tutte quelle descrizioni. Secondo una variante più elaborata della teoria, proposta da Searle, quando usiamo un nome proprio non impliciamo che tutte le descrizioni ad esso associate sono vere, ma presupponiamo la verità di un numero sufficiente, ancorché imprecisato, di esse. Ciò consente di evitare conseguenze controintuitive della teoria descrittivista dei nomi propri, per esempio la conclusione che ‘Aristotele non fu il precettore di Alessandro’ è analiticamente falso. Nello stesso tempo però la teoria di Searle conserva l’idea che ci sia una relazione logica tra il nome proprio e le descrizioni a esso associate, dal momento che sarebbe contrario alle regole del nostro linguaggio usare il nome ‘Aristotele’ per riferirsi a un individuo che non ha nessuna, o ha un numero insufficiente, delle caratteristiche che si ritiene Aristotele abbia<sup>9</sup>.

La teoria descrittivista dei nomi propri fu messa radicalmente in discussione in un articolo di Saul Kripke del 1972<sup>10</sup>. Le concezioni di Kripke sono assai complesse, ma non è impossibile darne un’idea seppur rudimentale: secondo Kripke i nomi propri sono designatori rigidi che usiamo per fare riferimento all’oggetto che porta quel nome e non, come sosteneva la teoria descrittivista, all’oggetto per cui è vero un certo insieme di descrizioni. Nell’idioletto di Kripke, ‘Aristotele’ si riferisce allo stesso individuo in tutti i mondi possibili, quindi anche in un mondo in cui la madre di Aristotele si fosse recata a Tebe per partorire o il ragazzo si fosse rivelato troppo svogliato per intraprendere la carriera che lo avrebbe portato a essere il discepolo di Platone e l’autore della *Metafisica*. Nella teoria del riferimento diretto quindi le descrizioni associate a un nome non sono parte del suo significato<sup>11</sup>; per Kripke l’assegnazione di un nome *n* a un oggetto può essere paragonata a una cerimonia battesimale a partire dalla quale tutti usano *n* per riferirsi all’oggetto così battezzato.

Naturalmente per persone nate più di due millenni dopo Aristotele un insieme di descrizioni definite è la sola fonte di informazioni su Aristotele. Ciò non significa

---

7 G. Frege, *Senso e significato*, cit.; B. Russell, *On Denoting*, in *Mind*, 1905, pp. 479-493.

8 L’esempio risale allo stesso Frege (*Senso e significato*, cit., p. 40)

9 Vedi J.R. Searle, *Proper Names*, in *Mind*, 67, 1958, pp. 166-173.

10 S. Kripke, *Naming and Necessity*, trad. it. parziale (con il titolo “Nomi e riferimento”) in AA. VV., *Filosofia del linguaggio*, cit. Quelle pagine confluiranno poi in un volume omonimo pubblicato nel 1980: S. Kripke, *Nome e necessità* (1980), Torino, 1999. A dire il vero le critiche formulate da Kripke hanno un antecedente in un articolo di Keith S. Donnellan del 1966 (K.S. Donnellan, *Reference and Definite Descriptions*, in *The Philosophical Review*, 75, 1966, pp. 281-304).

11 I nomi, cioè, hanno denotazione ma non connotazione. Vedi S. Kripke, *Nome e necessità*, cit., p. 30.

però che per noi il riferimento di ‘Aristotele’ sia fissato da quelle descrizioni; piuttosto esse riguardano Aristotele in quanto esiste una catena causale (*causal chain*) che le collega all’individuo così chiamato. Si noti che quando si può stabilire una simile catena causale le descrizioni attraverso cui apprendiamo l’esistenza di un individuo vissuto nell’antica Grecia svolgono la funzione di garantire l’identità di significato di ‘Aristotele’ sia se sono vere, sia se sono false. Ciò che conta è che ci sia in ultima analisi un nesso causale tra la loro formulazione e l’individuo chiamato ‘Aristotele’, sicché continueremmo a riferirci allo stesso individuo di cui sappiamo solo che fu il precettore di Alessandro anche se solo per un errore storico egli fu creduto maestro del futuro re.

La teoria di Kripke circa il riferimento dei nomi propri è fortemente caratterizzata da un elemento che potremmo chiamare “realista”: esiste nel mondo qualche sostanza che costituisce il termine ultimo del riferimento linguistico e che garantisce la costanza nel tempo del significato di un nome proprio<sup>12</sup>. Tale elemento emerge ancor più chiaramente nel libro del 1980, in cui egli estese queste idee sul significato ad altre classi di parole<sup>13</sup>. Kripke si accorse che alcune tesi avanzate riguardo ai nomi propri potevano essere applicate anche a parole come ‘oro’ o ‘tigre’. Supponiamo di voler dare una definizione di ‘oro’: potremmo affidarci a un dizionario e trovare che ciò che chiamiamo ‘oro’ è, tra l’altro, un metallo di colore giallo lucente. Dunque potremmo considerare ‘metallo giallo’ parte della definizione di ‘oro’. Kripke si chiede: è possibile scoprire che l’oro in realtà non è giallo?; e propone la seguente ipotesi fantasiosa:

Supponiamo che sia diffusa un’illusione ottica dovuta alle particolari proprietà dell’atmosfera in Sudafrica, in Russia e in certe altre aree in cui si trovano numerose miniere d’oro. Supponiamo che l’illusione ottica faccia sì che la sostanza sembri gialla; anzi, una volta che si siano eliminate quelle particolari proprietà dell’atmosfera, vedremmo che in effetti è blu [...]. Ci sarebbe allora su questa base un annuncio sui giornali: “è risultato che non c’è oro. L’oro non esiste. Quello che avevamo preso per oro in realtà non è oro.”? [...] A me sembra che non ci sarebbe nessun annuncio del genere. Al contrario, si annuncerebbe che, anche se sembrava che l’oro fosse giallo, in realtà è risultato che l’oro non è giallo, bensì blu<sup>14</sup>.

Anche se Kripke ha argomenti più sofisticati, questo esempio illustra bene che cosa

---

12 Così si esprime Searle su una teoria in cui i nomi propri hanno un riferimento ma non un senso: “The [view] leads to ultimate objects of reference, the substances of the scholastics and the *Gegenstände* of the *Tractatus*” (J.R. Searle, *Proper Names*, cit., p. 169).

13 S. Kripke, *Nome e necessità*, cit. pp. 71 sgg.

14 Ivi, p. 112.

egli intende dicendo che, come per i nomi propri, anche per un nome comune quale 'oro' le proprietà che generalmente consideriamo identificanti (o che in certi contesti possono funzionare come criteri d'uso del concetto 'oro') come il colore giallo, non costituiscono l'ultima parola circa ciò che è corretto chiamare 'oro'. Nuove scoperte, come la scoperta che l'oro ha numero atomico 79, possono persino portare a modificare i nostri criteri di identificazione dell'oro, senza che ciò implichi l'abbandono del nostro concetto di 'oro'. Non che le nuove scoperte debbano essere considerate parte della definizione di oro fin dall'inizio; piuttosto una definizione è un enunciato sintetico, che si crede vero, sulle proprietà dell'oro, ma non ne esplica il concetto. Il contenuto del concetto di oro è costituito da ciò che l'oro è, e l'oro rimane lo stesso tipo di cosa prima e dopo la scoperta della sua struttura atomica.

Negli stessi anni un altro filosofo, Hilary Putnam, sviluppava una teoria molto simile a quella di Kripke, a quanto pare in maniera del tutto indipendente<sup>15</sup>. La teoria di Putnam collega comunque più strettamente di quella di Kripke la questione delle proprietà necessarie (come la struttura atomica) di un genere naturale con il significato dell'espressione linguistica con cui lo designiamo. Egli ritiene infatti che il significato di parole come 'oro', 'acqua' e 'olmo' non sia dato dai *criteri* che utilizziamo per stabilire quali cose rientrano nella loro estensione. Il significato è un'entità complessa che dipende da elementi indessicali (relativi, cioè, al contesto d'uso della parola), dagli stereotipi e dalle proprietà essenziali delle cose. In particolare, secondo Putnam, un errore diffuso consiste nel ritenere che la competenza linguistica si identifichi con la comprensione completa del significato di una parola: ciò ha fatto sì che i filosofi tendessero a escludere dal significato di una parola tutti gli elementi cui solo una *élite* di esperti ha accesso, e solo in seguito alla scoperta di circostanze prima ignote. Così, il fatto che uno specchio d'acqua sia composto da una miriade di molecole ciascuna con due atomi di idrogeno e uno di ossigeno potrebbe costituire parte della natura dell'acqua, ma non del significato della parola 'acqua', per lo meno prima che qualcuno ne scoprisse la struttura molecolare. Sennonché, argomenta Putnam, noi siamo in grado di comprendere anche concetti di cui abbiamo una conoscenza molto più rudimentale della conoscenza che abbiamo dell'acqua. Per esempio, comprendiamo un passo di un libro in cui si parla di olmi, anche se tutto ciò che sappiamo degli olmi (lo stereotipo a cui colleghiamo alla parola 'olmo') è che essi sono alberi<sup>16</sup>. Ora, se ammettiamo che ciò è vero, e riconosciamo che sicuramente 'olmo' non è sinonimo di 'albero', dobbiamo concludere che il significato di un termine non si identifica con gli stereotipi e i criteri in possesso di un parlante ordinario: come nella produzione di beni, esiste nelle pratiche linguistiche una forma

---

15 Vedi H. Putnam, *Il significato di 'significato'*, cit.

16 Ivi, pp. 250-251.

di divisione del lavoro che fa sì che noi possiamo utilizzare concetti che spetta ai chimici e ai botanici (o, si dirà tra poco, ai giuristi) studiare più a fondo<sup>17</sup>.

La teoria del riferimento diretto ha conosciuto una fortuna non trascurabile anche tra i filosofi del diritto, che peraltro l'hanno utilizzata in modi disparati<sup>18</sup>. Non è difficile ammettere che, se riteniamo corretta l'analisi di 'oro' e 'olmo' offerta da Kripke e Putnam, le loro tesi devono valere anche per i testi giuridici in cui simili parole compaiono. Le applicazioni giusfilosofiche più interessanti della semantica Kripke-Putnam comunque si trovano al di fuori dell'analisi delle parole che designano generi naturali. Per esempio Michael Moore ha teorizzato il riferimento diretto di termini che indicano generi "funzionali", tra cui la stessa parola 'diritto'<sup>19</sup>. Moore ha ripreso dai due filosofi principalmente le seguenti tesi: (i) ci sono parole che si riferiscono a cose direttamente, e non mediante descrizioni o criteri di un certo tipo; (ii) le cose hanno proprietà essenziali e necessarie che determinano il significato delle parole che usiamo per designarle<sup>20</sup>. L'aspetto innovativo della sua teoria consiste invece nell'idea che queste tesi si applichino anche a oggetti accomunati da una medesima funzione, anziché da una medesima struttura interna. Lo slittamento non è di poco conto: una caratteristica dei generi funzionali è che essi raggruppano cose (oggetti fisici, processi, "sistemi") che servono a qualche scopo. Anche se riconosciamo funzioni in oggetti e processi che esistono indipendentemente da un intervento o un progetto umano, molti oggetti funzionali cui Moore vorrebbe applicare le teorie di Kripke e Putnam sono artefatti. Ad esempio un ordinamento giuridico è un artefatto che secondo Moore deve essere considerato come un istanza di un genere funzionale le cui proprietà essenziali non dipendono da qualche definizione 'diritto', ma, per così dire, da come è fatto il mondo.

Ora, la plausibilità della semantica Kripke-Putnam sembra riposare proprio sul fatto che i generi naturali sono tipi di cose che i parlanti scoprono, anziché crearli. A prima vista, è plausibile che 'tigre' riferisca a un genere di cose dotate di una natura che le nostre definizioni possono anche non riuscire a cogliere, perché le tigri sono una specie di mammiferi affacciatasi sulla terra (suppongo) centinaia di migliaia di anni fa come risultato di un processo di evoluzione naturale, forse prima che ci

---

17 Ivi, pp. 251-253.

18 I lavori più celebri, entrambi degli anni ottanta, sono M.S. Moore, *A Natural Law Theory of Interpretation*, cit.; D.O. Brink, *Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review*, in *Philosophy and Public Affairs*, v. 17, 1988, pp. 105-148. A questi vanno aggiunti poi N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, cit., (che rappresenta di gran lunga il lavoro più ricco sul tema) e J.J. Moreso, *Tomates, Hongos y significado jurídico*, cit.

19 M.S. Moore, *Law as a Functional Kind*, cit., p. 205: "The meaning of 'law', on this theory, is given by the nature of the thing referred to".

20 Ivi, pp. 204-208

fossero uomini, e sicuramente non per volere di questi ultimi. Ma se chiamassimo ‘tigre’ una pelliccia fulva striata di nero usata in una cerimonia religiosa che richiede proprio quei colori, e chiamassimo per sineddoche ‘tigre’ l’animale che la porta a spasso, probabilmente non saremmo disposti a proferire la parola ‘tigre’ alla vista di una tigre albina, solo perché è un animale della stessa specie di quello da cui ricaviamo la sacra pelliccia. In quel caso infatti ‘tigre’ non starebbe per un genere naturale, ma per un genere funzionale, che selezioniamo proprio in virtù di caratteristiche funzionali. Le proprietà che accomunano i membri di un genere funzionale sembrano cioè non poter essere altre da quelle enucleate dalle descrizioni funzionali attraverso cui li identifichiamo perché, in ultima analisi, siamo noi a crearli. Può accadere che taluno si sbagli nell’individuare i criteri di un concetto funzionale: tuttavia per correggerlo dovremmo additare criteri o regole d’uso più corretti, non una fantomatica, ulteriore, essenza di quei concetti.

La risposta di Moore a obiezioni di questo tipo è dichiaratamente giusnaturalista: le funzioni, siano esse di oggetti indipendenti dall’attività umana o di artefatti, sono funzioni obiettive, mentre i criteri di identificazione possono variare da luogo a luogo. Il diritto, per esempio, ha ovunque la stessa funzione (benché Moore non dica esattamente quale sia) nonostante distinte comunità di parlanti contemplino diversi criteri di giuridicità<sup>21</sup>. La funzione del diritto dipende dalla volontà di chi lo crea tanto quanto il fatto che l’oro abbia numero atomico 79 dipende dagli accordi di Breton Woods, cioè per nulla; la sola differenza è che, essendo il diritto un artefatto, è possibile che l’azione delle istituzioni politiche sia tale da far sì che una comunità non abbia affatto un diritto, mentre l’adozione di un nuovo sistema monetario non fa scomparire l’oro dalla faccia della terra.

Attraverso l’applicazione delle tesi di Kripke e Putnam ai generi funzionali e al concetto di diritto in particolare, Moore giunge insomma a una conclusione tipica del giusnaturalismo: un diritto cattivo, in quanto incapace di svolgere la funzione a esso immanente non è affatto diritto<sup>22</sup>. Ci siamo soffermati abbastanza a lungo sulla questione di quale concetto di diritto si trovi all’opera nel metodo della natura delle cose per affermare che questa non è certamente la conclusione accolta dai giuristi naturalisti. Tuttavia, anche se la teoria del riferimento diretto non serve a spiegare l’uso di ‘diritto’ da parte dei giuristi naturalisti, essa potrebbe aiutare a comprendere come costoro trattino altri concetti giuridici.

Per introdurre la questione con un esempio, torniamo ad occuparci brevemente del tema delle autorità amministrative indipendenti. La domanda che dobbiamo affrontare

---

21 Per questa ragione Moore sostiene che l’analisi del concetto di diritto non consiste nello studio degli usi di ‘diritto’.

22 Ivi, p. 192.



è la seguente: come si determina l'area di competenza di un'autorità indipendente? La prima cosa che possiamo fare è leggere il suo nome: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, per esempio è competente, con tutta evidenza, in materia di energia elettrica e gas. Naturalmente non tutto ciò che riguarda elettricità e gas rientra nell'ambito di azione dell'autorità e per rendercene conto consideriamo le leggi che la regolano: possiamo per esempio escludere in questo modo che l'autorità si occupi di studi sull'estrazione di gas. In ogni caso, la determinazione dei concetti di energia elettrica e gas è un passo necessario per individuare la sua competenza. Allo stesso modo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si occupa di cose che dipendono dai concetti di 'concorrenza' e 'mercato'. Per autorità come l'Isvap e la Consob le cose sono un po' più complesse, perché la loro denominazione è costituita da un acronimo: ad ogni modo nelle leggi che le regolano troveremo concetti (come 'assicurazioni' o 'borsa') indicativi del loro campo di competenza.

Ora, quando si sostiene che è la natura delle cose a determinare la portata dell'azione di un'autorità indipendente si usa un argomento che può essere ricostruito in questo modo: la concorrenza, le assicurazioni, ecc. sono questioni che hanno una tipicità economica e sociale, che c'è sia che il legislatore se ne avveda, sia che non se ne avveda; l'istituzione di una autorità mostra che il legislatore ha riconosciuto rilevanza specifica a quel *tipo* di questione; di conseguenza l'area di competenza dell'autorità va determinato alla luce della migliore teoria disponibile sulla natura della concorrenza, delle assicurazioni, ecc. È possibile che il legislatore fornisca definizioni di 'mercato concorrenziale' o 'impresa d'assicurazione'; tali definizioni possono coincidere con le migliori teorie che la scienza economica ha sviluppato e allora non si sbaglierà seguendole. Ma per il giurista naturalista tali definizioni meritano di essere seguite in quanto buone definizioni reali, cioè giudizi sintetici affidabili sulle proprietà delle cose cui si riferiscono 'mercato concorrenziale' e 'impresa di assicurazione'. Il riferimento di tali parole è fissato (non dalla definizione ma) da una relazione causale, che consiste nel contatto del legislatore con un ambiente economico e sociale in cui ci sono mercati concorrenziali e imprese d'assicurazione<sup>23</sup>.

Si deve notare che c'è uno stretto rapporto fra l'utilizzo del metodo della natura delle cose per determinare l'estensione e la portata dei poteri di un'autorità indipendente e un certo modo di giustificare l'esistenza di ambiti di decisione amministrativa sottratti al controllo e alla direzione delle istituzioni politiche. Mi riferisco all'idea secondo cui le materie di cui si occupano le *authority* avrebbero

---

23 Su tali questioni è utile la sintesi di T. Burge, *Philosophy of Language and Mind: 1950-1990*, in *The Philosophical Review*, 101, 1992, pp. 3-51 (in part. 24-26).

natura genuinamente tecnica e potrebbero essere saggiamente disciplinate senza ricorrere a valutazioni “politiche”<sup>24</sup>.

## II. Obiezioni e confutazioni

1. *Prima obiezione*. La teoria causale del riferimento è stata escogitata per rendere conto delle caratteristiche dei nomi propri e di una categoria di concetti: i cosiddetti concetti di genere naturale. Nessuno dei concetti a cui abbiamo visto applicato il metodo della natura delle cose, tuttavia, è un concetto di genere naturale<sup>25</sup>. La maggior parte di tali concetti designa invece pratiche sociali rette da regole, delle quali i giuristi naturalisti cercano di isolare le proprietà funzionali anziché la struttura interna.

In questo paragrafo prenderò in considerazione due possibili obiezioni al tentativo di spiegare gli usi giuridici di ‘natura delle cose’ come strumento per parlare delle caratteristiche essenziali di oggetti cui le norme fanno riferimento diretto. Entrambe le obiezioni muovono dall’assunto che la semantica Kripke-Putnam sia adeguata per i termini cui i filosofi del linguaggio l’hanno per lo più applicata, ma proseguono osservando che, per varie ragioni, essa non è in grado di rendere conto del modo di operare dei giuristi naturalisti.

L’obiezione più scontata, che lascerò per seconda, è questa: le pratiche sociali non esistono indipendentemente da credenze e da intenzioni e quindi non è possibile fare riferimento a esse prescindendo dalle rappresentazioni mentali degli agenti. Sicché parlare della “vera natura” di una pratica sociale non può essere che una metafora per alludere alle credenze e alle valutazioni di qualcuno (di un gruppo sociale, dei giudice o del legislatore). Lascio per seconda questa obiezione, perché non mina alle fondamenta la presente ricostruzione; anche se fosse corretta, essa sarebbe compatibile con le tesi sostenute in queste pagine ricorrendo a una teoria dell’errore<sup>26</sup>: il metodo della natura delle cose si baserebbe in effetti su intuizioni linguistiche assimilabili alla semantica di Kripke e Putnam, ma conterrebbe un errore

---

24 Vedi *supra*, cap. 1.5.

25 Con la possibile eccezione costituita dalla sentenza n. 36845/2008, studiata nel capitolo II, in cui alcune considerazioni dei giudici vertono sulla struttura fisica delle onde elettromagnetiche in virtù della quale esse sarebbero da considerare corpi. Bisogna comunque osservare che: (i) il concetto giuridico di ‘cosa’ non è certamente un concetto di genere naturale; (ii) l’argomento della struttura interna passa per la discutibile identificazione di ‘cosa’ con il concetto ‘corpo’ impiegato in fisica; (iii) il principale argomento della corte è un altro, e riguarda gli usi che si possono fare delle onde elettromagnetiche e segnatamente la possibilità di “gettare” onde elettromagnetiche.

26 Vedi J.L. Mackie, *Etica: inventare il giusto e l’ingiusto* (1977), Torino, 2001, pp. 25 sgg.

perché quella semantica non è applicabile ai concetti che designano pratiche sociali.

L'altra obiezione, invece, si presenta a prima vista più minacciosa e può essere formulata nel modo seguente. Se i giuristi naturalisti seguissero davvero la teoria causale del riferimento essi dovrebbero in ogni caso applicarla ai concetti designanti generi naturali che compaiono nei discorsi del diritto, quali che siano le altre categorie di concetti a cui la applicano. Infatti questi sono i casi più chiari in cui si può sostenere che le parole fanno riferimento diretto a qualche tipo realtà. Non possiamo ammettere che 'società in nome collettivo' si riferisca direttamente a un tipo di cose se non riconosciamo che lo stesso avviene per parole come 'tigre' o 'oro'. Tuttavia, prosegue l'obiezione, il metodo giuridico della natura delle cose non è mai applicato a concetti di genere naturale e quindi è falso che esso sottenda questa concezione del riferimento.

Il punto può essere illustrato con un esempio tratto dal diritto inglese. L'*Animal Welfare Act* del 2006 vieta le crudeltà inflitte agli animali vertebrati, intendendo per 'vertebrati' gli animali appartenenti al *sub-phylum Vertebrata* del *phylum Chordata*. In una disposizione separata peraltro la legge consente di considerare vertebrati anche animali invertebrati che, sulla base dell'evidenza scientifica, risultino capaci di provare dolore. In questo modo, come nota Daniel Dennett, il diritto inglese tratta alcuni invertebrati, come i polpi, quali vertebrati onorari<sup>27</sup>. Il *sub-phylum Vertebrata* è un candidato credibile per la qualifica di genere naturale; tuttavia la legge inglese esclude che il significato giuridico di 'vertebrati' coincida necessariamente con la classe biologica dei *Vertebrata*: anche i polpi sono vertebrati se capaci di provare dolore. Se l'obiezione che stiamo considerando fosse corretta, dovremmo quindi escludere che il legislatore inglese sia un seguace della semantica Kripke-Putnam, perché ammette che il riferimento della parola 'vertebrati' non sia costituito da tutte le cose che appartengono a una stessa classe naturale, ma da quelle che soddisfano la descrizione 'capaci di provare dolore'. Non inganni il richiamo della legge all'evidenza scientifica: essa non serve a importare nel diritto le classificazioni della scienza naturale, ma solo a richiedere che l'asserzione 'x è un animale capace di provare dolore' sia puntualmente verificata.

Eppure si potrebbe sostenere che qui il legislatore inglese ha seguito in un punto importante il metodo della natura delle cose. Dapprima ha mutuato una definizione di 'vertebrati' dalla scienza, poi ha reso tale definizione defettibile per i casi in cui, in contrasto con le assunzioni più diffuse, anche animali invertebrati si rivelino in grado di provare dolore<sup>28</sup>. È come se egli avesse vietato di trattare con crudeltà gli animali

---

27 Vedi D. Dennett, *Breaking the Spell*, Londra, 2007, p. 8.

28 Sui rapporti tra defettibilità dei concetti giuridici e le teorie semantiche qui in esame si vedano N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, cit., pp. 52 ss; Id., *Hart's Semantics*, in J. Coleman, *Hart's*

che sapeva suscettibili al dolore, più tutti gli altri che in futuro si scopriranno tali. Il fine della norma è evitare che gli animali soffrano senza necessità e il modo migliore per ottenerlo è far sì che la norma si applichi a tutti i casi in cui un animale è capace di provare dolore, anche se questa capacità non dipende, come si era creduto, dall'essere forniti di una colonna vertebrale. Di qui l'obiezione: seguire il metodo della natura delle cose comporta a volte che si travalichino i confini di un genere naturale e dunque non sottende affatto una semantica del tipo analizzato nel paragrafo precedente<sup>29</sup>.

Nella legge contro la crudeltà verso gli animali è il legislatore stesso a consentire di forzare l'estensione di una parola introducendo una *fictio iuris* (alcuni invertebrati capaci di provare dolore diventano vertebrati onorari); più spesso è l'interprete che, appellandosi alla natura delle cose o a uno degli argomenti interpretativi congeniali al metodo della natura delle cose, ricava per sé questo margine di manovra. È ciò che avviene nella sentenza studiata nel secondo capitolo in cui i giudici di cassazione sostengono che l'art. 889 c.c. si applica alle cisterne che raccolgono acque piovane, ma non alle vasche interrato che contengono vino<sup>30</sup>. La norma, che prevede una distanza minima dal fondo limitrofo, secondo la corte si collegherebbe alla pratica di sopperire all'esigenza di risorse idriche mediante la costruzione di cisterne interrato spesso poco impermeabili. I mezzi tecnici disponibili al tempo dell'emanazione del codice, insieme al bisogno di acqua che imponeva a molti di costruire comunque vasche così poco efficienti rappresentano le circostanze in cui una norma del genere trova una propria collocazione "naturale". Al contrario, le vasche per far maturare il vino sarebbero di costruzione più recente e normalmente avrebbero tenuta stagna. È vero che anche un viticoltore potrebbe costruire una cisterna per il mosto soggetta a perdite e infiltrazioni, tuttavia per i giudici questa sarebbe un'ipotesi limite che non corrisponde a *id quod plerumque accidit*.

Non c'è dubbio che anche in questa sentenza echeggino motivi tipici del metodo della natura delle cose. La raccolta dell'acqua piovana e la produzione del vino costituiscono attività differenti collegate a corsi d'azione altrettanto diversi. Se utilizzare cisterne men che perfette è normale e funzionale nel primo caso – e quindi è realistica la presunzione che esse siano pericolose – lo stesso non può dirsi nel secondo. La conclusione della corte è che i serbatoi interrati che raccolgono mosto non devono essere considerati cisterne ai sensi dell'art. 889 c.c.

Il punto per noi più interessante è che la differenza tra "vere" e "false" cisterne non

---

*Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, pp. 59-98; M.S. Moore, *A Natural Law Theory of Interpretation*, cit., pp. 337-339.

29 In altre parole si tratterebbe di un argomento teleologico (nella variante soggettiva).

30 Cass. civ., sentenza n. 505 del 3 marzo 1967, citata *supra*, cap. 2 §2.

risiede in qualche differenza nella struttura o nella composizione materiale, bensì nel fatto che una cisterna non perfettamente impermeabile può essere un buono strumento per raccogliere acqua piovana, ma non per far maturare il mosto. Una cisterna per l'acqua piovana rivestita con un materiale iper-tecnologico rimane una cisterna, perché svolge la stessa funzione dei suoi antiquati omologhi dotati di rivestimenti grossolani.

Il ragionamento dei giudici di cassazione ha in comune un punto con le considerazioni che hanno ispirato gli autori dell'*Animal Welfare Act*: una caratteristica generalmente presente negli oggetti cui la norma si applica (avere una colonna vertebrale, o un rivestimento non perfettamente impermeabile) è trattata come un indice provvisorio e defettibile di una caratteristica più fondamentale (ma verosimilmente meno facile da determinare con esattezza) ai fini del divieto giuridico. Nel primo caso tale caratteristica è la capacità di provare dolore, nel secondo il legame con un'esigenza vitale per persone che vivono in un ambiente in cui vi è scarsità di risorse idriche.

Ciò che in questi casi lascia intravedere un uso del metodo della natura delle cose è proprio la relazione “dialettica” che si instaura tra una proprietà manifesta, ma inessenziale, usata come criterio *prima facie* di identificazione delle situazioni rilevanti e una caratteristica più importante, ma nascosta, che costituisce la vera ragione per avere regole con un certo contenuto e che giustifica il superamento del criterio. Tale relazione può essere spiegata per mezzo della teoria del riferimento diretto. Il legislatore può avere creduto erroneamente (o con deliberata approssimazione) che solo i vertebrati provano dolore e che tutte le cisterne sono adibite alla raccolta di acque piovane; tuttavia non sono gli stati cognitivi o gli atteggiamenti proposizionali a determinare il riferimento delle norme, bensì l'effettiva distribuzione nel regno animale della capacità di provare dolore e l'effettiva linea di demarcazione tra l'attività di raccolta di acque piovane e attività diverse, come la produzione di vino.

Il problema per il giurista è determinare con quale “aspetto” del mondo si trovasse in contatto il legislatore che ha prodotto la norma (o il più remoto antecedente storico della norma). Ciò si traduce, sul piano linguistico, nell'individuazione del concetto decisivo che fissa il riferimento – la suscettibilità al dolore o la pratica di raccogliere acque piovane – intorno al quale gravitano gli altri concetti impiegati nella norma (nei nostri esempi, i concetti ‘vertebrato’ e ‘cisterna’).

L'obiezione prospettata fallisce perché non tiene conto del fatto che, dei concetti che compaiono nel discorso del legislatore, solo alcuni indicano al giurista naturalista il tipo di realtà con cui il diritto ha a che fare, mentre altri si collocano in una posizione ancillare. Un concetto può occupare una posizione ancillare, per esempio, perché l'autore della norma lo impiega per formulare un giudizio sintetico di identità

(organismi che provano dolore = organismi vertebrati). Nonostante il bizantinismo a cui si ricorre dicendo che ai fini della legge possono diventare vertebrati anche organismi invertebrati purché provino dolore, è la falsità empirica di quell'asserto, e non la definizione stipulativa di 'vertebrato', che ne costituisce un epifenomeno, a giustificare l'applicazione della norma al di là dei confini della classe dei *Vertebrata*. È quindi inaccurata la tesi, su cui l'obiezione si basa, secondo cui in casi come questo il concetto 'vertebrato' sarebbe usato in maniera incompatibile con la semantica Kripke-Putnam. L'estensione della norma a un gruppo di organismi dotati di un sistema nervoso complesso ma privi di colonna vertebrale può anche essere paragonata a un diploma *honoris causa* di vertebrato, ma solo perché, una volta superato l'asserto di identità 'vertebrato = organismo che prova dolore', la parola 'vertebrato' funge da mero segna-posto per il concetto di 'organismi suscettibili al dolore'<sup>31</sup>.

A ben vedere il fatto che i giuristi naturalisti non si occupino mai di concetti di genere naturale dipende dall'assenza di casi in cui essi individuano in un concetto di genere naturale l'elemento decisivo per fissare il riferimento della norma. Ciò è coerente con l'immagine del diritto da loro accolta: l'antecedente causale delle norme giuridiche è costituito da pratiche diffuse in un gruppo sociale; sono dunque queste pratiche, e non i generi naturali, i tipi di cose con cui il significato dei concetti giuridici deve confrontarsi. D'altra parte, è difficile immaginare quale interesse potrebbe avere da un punto di vista metagiurisprudenziale il problema dell'applicabilità alle istanze giuridiche dei concetti di genere naturale della teoria del riferimento diretto. In sostanza quella teoria ci dice che è possibile fare scoperte *a posteriori* circa il contenuto concettuale dei nostri discorsi: per esempio la scoperta che la composizione chimica dell'acqua è H<sub>2</sub>O rivela che un antico romano, parlando di acqua, parlava di H<sub>2</sub>O, benché non lo sapesse. Parte di ciò diciamo quando usiamo un concetto di genere naturale può essere noto solo a un piccolo gruppo di esperti e passare del tutto inosservato alla maggior parte di una comunità di parlanti. I giuristi, tuttavia, non sono esperti di generi naturali, ma di altre cose; ed è di queste cose che essi possono pretendere di avere la conoscenza sufficiente per superare definizioni,

---

31 Se ben intendo, una tesi analoga è sostenuta da Stavropoulos in questo passo: "[T]ake the 'no vehicle in the park' rule. Probably such a city ordinance should not be interpreted to prohibit ambulances taking shortcuts through the park. But that is not to say that ambulances are not vehicles. [...] Despite its apparent targeting of vehicles, the ordinance probably enacts a more complex objective – say, the regulation, rather than the outright ban, of traffic in the park. *The point that some concept must be attributed does not mean that attribution must respect some word-to-concept correspondence.* In fact, insistence that attribution is a substantive matter allows that some words may *not* stand for the concept they usually do". (N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, cit., p. 191; il primo corsivo è aggiunto).

criteri o esemplificazioni contenuti nella legge<sup>32</sup>.

Lungi dal costituire un inconveniente per la presente ricostruzione, il fatto che i giuristi naturalisti si occupino solo di concetti che designano attività, pratiche e istituzioni sociali rafforza l'impressione che essi raffigurino se stessi come gli omologhi degli scienziati su cui, per usare l'immagine di Putnam, la divisione del lavoro linguistico fa gravare il peso della determinazione dei concetti di genere naturale.

2. *Seconda obiezione.* Ma esistono davvero “generi sociali”, paralleli ai generi naturali, cui un legislatore può fare riferimento pur non riuscendo a percepirne alcune proprietà essenziali? E che tipo di proprietà sono le proprietà essenziali di un “genere sociale”? Ho già accennato all'obiezione che potrebbe sollevare chi assume un atteggiamento scettico intorno a tali domande. L'obiezione sostiene che una semantica interamente dominata dall'elemento del riferimento non può andare bene per le parole che designano simili generi, come le parole a cui tipicamente si applica il metodo della natura delle cose.

Vediamo come questo punto di vista può essere articolato. Anche se esistesse qualcosa come un genere sociale, esso comprenderebbe oggetti la cui proprietà dipendono da nostri fini, obiettivi e valori<sup>33</sup>. Come abbiamo visto più volte, infatti, le caratteristiche in cui i giuristi naturalisti individuano la natura di una pratica sociale sono quelle che ne delineano la funzione; quelli che ho provvisoriamente chiamato generi sociali appartengono dunque tutti alla categoria dei generi funzionali delineata da Moore (anche se non la esauriscono). Ma poiché una funzione non può essere isolata a prescindere da fini e valori di qualcuno<sup>34</sup>, parlare di generi funzionali in ultima analisi non è che un modo (per alcuni ingenuo e sbagliato, per altri perfettamente adeguato: ciò non influisce in questo punto della mia argomentazione) per oggettivare o proiettare sulla realtà i nostri stati intenzionali. La teoria del riferimento diretto non va bene per i termini che designano generi funzionali perché ci costringerebbe all'affermazione apparentemente contraddittoria che l'esistenza di tali generi di cose dipende da nostri stati mentali, ma che ciò che diciamo quando

---

32 Si potrebbe anche obiettare che per alcuni dei concetti cui si applicherebbe il metodo della natura delle cose ci sono soggetti più esperti dei giuristi. Per esempio gli economisti sanno probabilmente di concorrenza più dei giuristi. D'altro canto, non è casuale che alcuni giuristi abbiano ritenuto di dover diventare anche economisti per svolgere nel miglior modo il proprio lavoro. Mi riferisco ovviamente alla scuola economica del diritto, ma anche a posizioni come quelle espresse in G. Santini, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979. Forse non è implausibile suggerire una affinità di fondo tra questi orientamenti e il metodo della natura delle cose.

33 Vedi J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, cit., p. 28.

34 Vedi *supra*, cap. 2.2

parliamo di un genere funzionale è indipendente da tali stati mentali<sup>35</sup>.

Questo punto può essere sviluppato attraverso un'argomentazione più tecnica, basata su una caratteristica degli enunciati che attribuiscono funzioni messa in luce da John R. Searle. Sia F la funzione di un genere funzionale G e X una caratteristica estensionalmente equivalente a F. Secondo Searle dalla verità di (1) 'la funzione di G è F' e dall'identità (2)  $F = X$  non segue la verità di (3) 'la funzione di G è X'<sup>36</sup>. Per esempio possiamo riconoscere (1<sub>i</sub>) nella garanzia dell'affidabilità di chi esercita un'attività commerciale la funzione della società in nome collettivo<sup>37</sup>, e, in più, sapere che (2<sub>i</sub>) tale funzione si identifica empiricamente con un insieme I di disposizioni dei soggetti coinvolti a comportarsi in un certo modo. Da ciò non segue che (3<sub>i</sub>) I è la funzione della società in nome collettivo. I contesti di attribuzione di funzione, afferma Searle, sono intensionali: non vale per essi la sostituibilità *salva veritate* di termini coreferenziali (come F e X). L'intensionalità delle attribuzioni di funzione dipende dal fatto che la funzione non è una proprietà intrinseca di un oggetto, ma è relativa alle *intenzioni* di qualche soggetto<sup>38</sup>. Quando affermiamo che la società in nome collettivo ha la funzione di mettere al sicuro il commercio dai rischi che derivano da un patrimonio sociale ridotto o dall'insolvenza di un singolo socio, non diciamo soltanto che la presenza di società in nome collettivo tende a produrre queste conseguenze, ma anche che tali conseguenze hanno una relazione speciale con le intenzioni di coloro che le costituiscono.

Dunque i generi funzionali non possiedono, a differenza dei generi naturali, una natura intrinseca cui possiamo fare riferimento diretto mediante le parole che li designano. In altri termini, i generi funzionali hanno un'essenza solo nominale<sup>39</sup> (cioè analitica, o data per definizione). Se l'obiezione è corretta, il metodo della natura delle cose o si basa su un errore, oppure non incorpora un teoria del riferimento diretto. Come ha già accennato, la prima ipotesi è perfettamente compatibile con la mia ricostruzione: tuttavia si potrebbe cercare di combinare l'obiezione con la seconda ipotesi e sostenere che in realtà il metodo della natura delle cose è qualcosa di diverso da quanto che si è finora supposto.

Cerchiamo di esplorare questa ulteriore possibilità. Le tesi semantiche finora messe al centro del mio tentativo di chiarificazione sviluppano alcuni temi ricorrenti negli

---

35 Tali questioni sono ampiamente in N. Stavropoulos, *The Objectivity of Law*, cit.

36 J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, cit., p. 21 sgg.

37 F. Galgano, *Lex Mercatoria*, cit.

38 J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, p. 10 sgg. e *passim*. L'autore ha trattato il tema più estesamente in un'altra opera. Vedi J.R. Searle, *Della intenzionalità. Un saggio di filosofia della conoscenza* (1983), Milano, 1985.

39 La nozione *nominal essence* risale a J. Locke, *Saggio sull'intelligenza umana* (1690), Bari-Roma, 2006 (libro Terzo, cap VI).



scritti dei giuristi naturalisti: l'opera del legislatore è fortemente condizionata dall'ambiente sociale ed economico in cui opera; il diritto riflette in molte sue parti pratiche sociali sviluppatesi prima dell'emanazione di una norma autoritativa; il compito del giurista-interprete è di prendere decisioni, sostenere interpretazioni e costruire tesi dogmatiche che sviluppino e rafforzino la corrispondenza tra diritto e realtà sociale, quando essa è imperfettamente realizzata. La teoria causale del riferimento è sembrata adeguarsi perfettamente al fenomeno del contatto tra legislatore e contesto sociale e all'importanza che la giurisprudenza della natura delle cose attribuisce alla genesi di una norma. Tuttavia è possibile che i giuristi naturalisti, o alcuni di loro, impieghino questi temi in un senso piuttosto metaforico e che certe loro affermazioni vadano prese con le molle. Qualche indizio al riguardo si può trovare nella tesi, sostenuta da qualche esponente di questa prospettiva metodologica, che, dopo tutto, ciò che i giuristi chiamano con un po' di esagerazione natura delle cose, non è che la rappresentazione che la coscienza sociale fa di un istituto o di una pratica. Da questo punto di vista, applicare il metodo della natura delle cose vuol dire attribuire un peso maggiore di quanto si faccia di solito a valutazioni e valori diffusi in un gruppo sociale. Non spostiamo insomma il nostro sguardo sulle cose per scoprire come esse sono realmente, ma per trovare rappresentazioni di esse alternative a quelle che si possono ricavare dalla legge.

Così intese, le operazioni in cui si estrinseca il metodo della natura delle cose potrebbero essere ricondotte ad altri fenomeni meglio studiati dai giuristi e dai teorici del diritto. Si pensi per esempio alla presenza nel diritto di clausole generali, che secondo l'opinione più comune costituiscono strumenti di rinvio a criteri di valutazione esterni al diritto<sup>40</sup>. Come avviene per la clausole generali, il ricorso alla natura delle cose permetterebbe all'interprete di tenere conto del mutamento delle opinioni intorno a una certa questione; la differenza, peraltro, è che, mentre le clausole generali sono espressioni caratterizzate da una marcata e tipica vaghezza<sup>41</sup> (che ne costituisce, per così dire, il contrassegno esteriore), non è possibile specificare in anticipo il grado di vaghezza che un'espressione deve avere perché si possa ricorrere alla natura delle cose per determinarne il significato<sup>42</sup>.

---

40 La letteratura sul tema è sterminata. Per una disamina recente e una ricca bibliografia si veda V. Velluzzi, *Le clausole generali*, Milano, 2010, il quale sostiene peraltro una tesi diversa da quella classica e che mi pare stia trovando un consenso crescente tra i giuristi positivi. Secondo Velluzzi la caratteristica principale delle clausole generali è che sottendono criteri di valutazione potenzialmente concorrenti; non che tali criteri siano (necessariamente) extragiuridici.

41 C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 302-303

42 È curioso a questo proposito che Merusi abbia parlato per la prima volta di natura delle cose in una risalente monografia sulla buona fede, la clausola generale *par excellence*. Vedi F. Merusi,

La lettura moderata e soggettivista che riduce la natura delle cose alla “coscienza sociale” dunque consente di aggirare l’obiezione dell’intensionalità dei contesti in cui parliamo di istituzioni e pratiche sociali: possiamo correggere o integrare le valutazioni del legislatore su una certa questione non perché abbiamo accesso a una pretesa natura intrinseca di quelle situazioni, ma perché la collettività le *intende* in un certo modo.

A questo punto è possibile dire qualcosa di più su una questione che finora ho lasciato in sospeso. Mi riferisco alla critica secondo cui il metodo della natura delle cose incorrerebbe nella fallacia naturalistica. La versione moderata è stata spesso considerata preferibile in quanto relativizza la nozione di natura delle cose, sottraendola all’accusa di essere una forma larvata di giusnaturalismo<sup>43</sup> e in particolare all’accusa di fallacia naturalistica, perché è plausibile scorgere nelle rappresentazioni della coscienza sociale un insieme di giudizi di valore che il giurista assume apertamente come base per giustificare le proprie conclusioni normative. L’inclusione nel quadro delle rappresentazioni della coscienza sociale, cioè, consente di fornire le premesse normative necessarie per costruire argomenti validi e coerenti.

Tuttavia le controindicazioni di questa manovra sono estremamente spiacevoli. Che cosa conferisce alle rappresentazioni dei privati cittadini un’autorevolezza sufficiente a scalzare quelle del legislatore? Naturalmente capita spesso che il diritto attribuisca alle persone un potere autonomo di regolare i propri interessi nel modo che preferiscono. Taluni settori del diritto sono congegnati in modo tale da consentire ai privati di attribuire forza normativa a particolari assetti di interessi. Così, l’atipicità vigente in Italia nel diritto dei contratti consente, entro certi limiti<sup>44</sup>, all’autonomia privata di escogitare schemi contrattuali nuovi. Ciò può dare vita a prassi uniformi che introducono nuovi “tipi” di contratti. In questi casi, comunque, la forza normativa di ciascun contratto dipende dall’esercizio di un potere conferito da una norma di competenza. Attraverso l’esercizio di questi poteri può avvenire che le rappresentazioni e le intenzioni della collettività si prendano una “rivincita” su quelle del legislatore, per esempio facendo sì che uno schema contrattuale previsto dalla legge rimanga lettera morta o uno non previsto prosperi.

La versione soggettivista del metodo della natura delle cose però non si limita, chiaramente, a sottolineare simili caratteristiche di un ordinamento giuridico, bensì

---

*L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

43 N. Bobbio, *La natura delle cose*, cit.; vedi anche V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., pp. 276 sgg.

44 Mi riferisco ovviamente all’art. 1322 c.c.: “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”.

afferma che dottrina e giurisprudenza dovrebbero muovere dalle rappresentazioni diffuse nella collettività per determinare il contenuto dei concetti impiegati nelle leggi, smentendo e discostandosi dalle scelte del legislatore quando queste non sono conformi all'interpretazione che il giurista dà del sentire comune. Si tratta di una tesi in cui si sente l'eco di Savigny e della scuola storica, cui si collega probabilmente anche l'uso di una categoria come la "coscienza sociale"<sup>45</sup>. Nella sua variante soggettivista il metodo della natura delle cose è scopertamente "ideologico", perché si basa sull'attribuzione di valore alle opinioni e alle valutazioni diffuse in un gruppo<sup>46</sup>.

Pur nei limiti entro cui ciascun autore circoscrive l'esperibilità di questo metodo, il fenomeno caratteristico a cui assistiamo è la sostituzione dei valori e degli obiettivi incorporati nelle decisioni degli organi politici di uno stato con valori e obiettivi che il giurista reperisce altrove. Credo che pochi oggi sarebbero disposti a riconoscere in operazioni simili un approccio adeguato per chi volesse descrivere il diritto vigente o determinare il contenuto delle norme positive; piuttosto le considereremmo forme di legislazione surrettizia (per lo più non autorizzata) da parte di giuristi e giudici. La variante soggettivista si sottrae all'accusa di fallacia naturalistica solo rendendo manifesto il carattere arbitrario e altamente idiosincratico delle premesse normative del giurista che l'adotti: cessando di essere un approccio plausibile all'impresa di descrivere il diritto, il metodo della natura delle cose si trasforma nella raccomandazione di registrare lo stato della moralità positiva intorno alle questioni di cui il diritto si occupa<sup>47</sup>.

In conclusione, la variante soggettivista del metodo della natura delle cose presenta aspetti problematici che sconsigliano di adottarla come chiave di lettura del metodo che i giuristi naturalisti credono effettivamente di seguire. Del resto, essa appartiene al novero di quelle auto-descrizioni che talvolta i giuristi impiegano, ma che nell'indagine metagiurisprudenziale devono essere lasciate da parte in caso di

---

45 Sulla concezione della giurisprudenza e delle legislazione di Savigny si veda P. Chiassoni, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, 2009, pp. 179 sgg.

46 In questo senso può essere letta l'apologia del diritto inglese di Radbruch (G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, cit.). Secondo alcuni, inoltre, posizioni del genere avrebbero anche un ulteriore aspetto ideologico, questa volta nascosto, poiché in ultima analisi costituirebbero tentativi di legittimazione politica del ceto dei giuristi, che sono i custodi e gli interpreti privilegiati della coscienza sociale riguardo alle questioni giuridiche. Si veda N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 51 sgg.

47 Sulla nozione di moralità positiva vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit. e Id. *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963. Servendosi del linguaggio hartiano si potrebbe dire che i giuristi naturalisti, secondo questa lettura, ritengono di dover applicare solo le norme che sono effettivamente accettate dalla comunità, mistificando così una caratteristica dei sistemi giuridici storici, che sono composti da norme prodotte in modi stabiliti da una norma di riconoscimento accettata – almeno – dai "funzionari" (*officials*) del sistema.

evidenza contraria<sup>48</sup>. Qui l'evidenza contraria è molto forte: non accade mai, nelle applicazioni giudiziali e dottrinali del metodo che ho preso in considerazione, che le rappresentazioni della coscienza sociale ricoprano un ruolo importante e tanto meno decisivo. I giuristi naturalisti credono al contrario che le loro soluzioni siano conformi a qualche realtà oggettiva, benché costituita da azioni e intenzioni di esseri umani: che si parli di organismi di diritto pubblico, di concorrenza o di raccolta di acque piovane, ciò che conta agli occhi del giurista naturalista è che il diritto li consideri per come essi sono e non secondo la rappresentazione di qualcuno (sia egli il legislatore, la maggior parte della comunità, o l'uomo medio).

Il metodo della natura delle cose, insomma, non può fare a meno dell'assunto che la natura stessa di qualcosa, e non il giudizio valutativo di qualcuno *su* di essa, sia decisiva per stabilire il modo corretto di regolarla. La "fallacia naturalistica", lungi dal costituire un effetto collaterale e involontario del metodo, ne è un tratto costitutivo<sup>49</sup>.

Per quanto ciò possa apparire paradossale, credo che la fallacia naturalistica sia una "virtù" che i ragionamenti dei giuristi naturalisti dovrebbero curarsi di possedere per essere coerenti con le proprie premesse. La fallacia naturalistica è stata descritta da Moore come l'errore (di cui sarebbe stato responsabile, fra l'altro, l'utilitarismo) che consiste nel definire 'buono' in termini di proprietà naturali di un oggetto. La tesi di Moore è che la bontà di un oggetto non si identifica con qualche sua proprietà naturale, sicché nessuna descrizione, per quanto accurata, dell'oggetto è in grado di fornire una base sufficiente per un giudizio di valore sullo stesso<sup>50</sup>.

Tutto ciò che sappiamo sul metodo della natura delle cose contribuisce però a caratterizzarlo come un approccio che mira a realizzare proprio il progetto che Moore criticava. Il metodo della natura delle cose si candida a essere uno strumento per determinare, attraverso l'osservazione dei fenomeni sociali, il contenuto delle norme vigenti e non per crearne di nuove: è solo garantendo che le soluzioni proposte si fondino sulla rilevazione di un tratto naturale delle cose di cui il diritto parla che tale obiettività può essere raggiunta. Da questo punto di vista il problema non è trovare una scappatoia che consenta al metodo della natura delle cose di sfuggire alla fallacia naturalistica, ma decidere qual è il modo più coerente per perseguire tale progetto "naturalistico": cercare nelle pratiche sociali funzioni indipendenti dalle valutazioni e dalle preferenze della gente, oppure impegnarsi a registrare le opinioni diffuse tra i

---

48 Vedi *supra*.

49 Per questo ritengo preferibili le ricostruzioni dei ragionamenti a partire dalla natura delle cose che ne mettono in luce la derivazione di *deve* da *è* (come P. Di Lucia, *Normatività*, cit.) rispetto a quelli, troppo premurosi, che cercano di eluderla (per esempio N. Morra, voce *Natura delle cose*, cit.).

50 G.E. Moore, *Principia Ethica*, cit., chap. 1 sect. B; chap. 2. La bontà sarebbe al contrario una proprietà semplice e indefinibile, che cogliamo per intuizione.

membri del gruppo su ciò che la pratica serve a fare<sup>51</sup>.

A dire il vero, anche la versione moderata e soggettivista può essere lievemente modificata in modo da assicurare il desiderato naturalismo o un suo surrogato abbastanza prossimo. Torniamo per un momento all'obiezione originaria: alle parole che designano generi sociali (funzionali) non possiamo applicare la semantica Kripke-Putnam perché non è possibile sostituire *salva veritate* all'espressione F che ne indica la funzione termini coreferenziali, e quindi, *a fortiori*, non è possibile scoprire qualcosa circa la loro funzione che non sia già incluso nell'intensione di F.

Non c'è dubbio che alla versione soggettivista del metodo della natura delle cose questa obiezione non sia applicabile. Ma la versione in questione fa qualcosa di più che negare ai concetti giuridici la caratteristica del riferimento diretto a qualche tipo di realtà: assume che di fatto ciò che conta per il metodo non è la funzione di una pratica sociale, ma ciò che ne pensa la maggior parte delle persone, o la collettività nel complesso. L'obiezione, però, non mirava a mostrare che non ci sono fatti obiettivi corrispondenti a enunciati come 'la funzione di G è F', bensì che tali fatti dipendono da stati intenzionali, cioè sono, in definitiva, creati dalla mente umana (anziché trovarsi già dati nella realtà esterna). D'altra parte, è noto che l'esistenza di fatti che costituiscono la realtà sociale e che sono il prodotto dell'intenzionalità umana<sup>52</sup> è un caposaldo del pensiero di John Searle, il filosofo a cui mi sono ispirato per formulare l'obiezione in esame. In relazione a tali fatti le rappresentazioni della collettività giocano un ruolo chiave; si tratta peraltro di una relazione costitutiva e non di mera inerenza delle seconde ai primi.

Perciò non c'è alcun bisogno di operare uno sdoppiamento tra fatti sociali (come il fatto che una pratica, o un istituto ha la funzione F) e valutazioni collettive di essi né di affermare che solo queste ultime contano per il metodo della natura delle cose. È sufficiente riconoscere che i fatti che costituiscono le premesse dei ragionamenti pratici in cui si articola il metodo della natura delle cose sono dipendenti dalla mente umana. Dunque, ciò da cui muove il giurista, in questa rilettura della versione moderata (che a questo punto sarebbe oltraggioso chiamare soggettivista), sono questioni di fatto, e ciò lo mette al riparo dal sospetto (paradossale, ma non troppo, come abbiamo visto) che egli non commetta alcuna fallacia naturalistica<sup>53</sup>.

---

51 Come è noto non tutti i filosofi accettano la tesi che ci sia una *fallacia* naturalistica e il tipo di teoria etica (o, più generalmente, di teoria del ragionamento pratico) che essa sottende. Si veda, per un esempio di tale atteggiamento e per ulteriori riferimenti, P. Foot, *La natura del bene* (2001), Bologna, 2007.

52 Anche se nella versione peculiare che Searle chiama intenzionalità collettiva. Vedi J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, cit., pp. 33-36 e *passim*.

53 È il caso di ricordare che Searle, oltre ad aver concepito la teoria dei fatti sociali cui si è alluso nel testo e nelle precedenti note è anche l'autore di uno dei più celebri tentativi di mostrare la

Il suo naturalismo, o il surrogato di esso, consiste in ciò: alle spalle delle norme giuridiche ci sono pratiche sociali le cui caratteristiche essenziali sono costituite da funzioni che incorporano valori e scopi di esseri umani. Da questo punto di vista sono tanto (poco) naturali quanto ogni creazione della cultura<sup>54</sup>; tuttavia esse pre-esistono alle norme che le qualificano come giuridicamente rilevanti; sono, per così dire, le cose che un concetto giuridico “ha nel mirino”<sup>55</sup>; hanno una natura propria in quanto non è il diritto a costituirle. Appare allora chiaro che in quest’ottica considerare rilevante la vera natura della pratica che il legislatore ha regolato, anziché la descrizione che il legislatore stesso ha associato a essa significa trattare valori, scopi e funzioni suddetti come l’oggetto di riferimento della norma, e considerarli come caratteristiche oggettive del mondo. A questo punto però l’obiezione può anche essere trascurata. Si può dubitare finché si vuole della legittimità filosofica dell’insieme di concezioni che ho appena descritto; per esempio si può pensare che sia incoerente affermare che un’entità è creata dalla cultura umana e poi credere che si possano fare scoperte oggettive o scientifiche sulla sua vera natura; oppure si può sostenere che ogni “scoperta” siffatta sia in realtà una surrettizia attribuzione di funzioni e valori nuovi<sup>56</sup>. Nondimeno tutte queste perplessità riguardano non l’ascrizione ai giuristi naturalisti di determinate credenze, ma il merito delle stesse. Come ho già detto più volte, infatti, è ben possibile che il metodo della natura delle cose riposi su una serie di assunzioni erranee.

---

derivabilità di ‘deve’ da ‘è’. Vedi J.R. Searle, *How to Derive ‘Ought’ from ‘Is’* (1964), in W.D. Hudson (ed.), *The is/ought question*, London-Basingstoke, 1969, pp. 120-134.

54 Che le pratiche create dalla cultura umana e le disposizioni che si assumono solo con l’istruzione e l’addestramento possano essere considerata parte della natura umana è controverso. Una risposta positiva viene da alcuni filosofi che hanno recentemente riportato in auge il tema aristotelico della seconda natura. Vedi J. McDowell, *Mind and World*, Cambridge (MA), 1996; vedi anche M. Ricciardi, *Virtù e fioritura umana. Un’indagine sulla seconda natura*, in Προβλήματα, III, 2003, pp. 141-155.

55 Con l’espressione ‘avere nel mirino’ traduco grosso modo l’espressione utilizzata da Nicos Stavropoulos (*targeting*) per indicare le caratteristiche dei concetti cui egli ritiene applicabile la semantica Kripke-Putnam.

56 Queste e altre obiezioni sono puntigliosamente esaminate in N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, cit., cap. 4. Il lavoro di Stavropoulos è molto ambizioso perché ritiene (credo giustamente) che per argomentare la compatibilità tra semantica Kripke-Putnam e concetti che si riferiscono a pratiche sociali occorra mostrare la falsità dello scetticismo morale (sia nella forma del non-cognitivism – emotivismo, prescrittivism, espressivismo – sia in quella della teoria dell’errore di Mackie). Un’argomentazione molto più accessibile e scarna si trova in M. Thompson, *Life and Action*, cit., pp. 185-186; egli si limita a mostrare la ragionevolezza apparente dei giudizi con cui correggiamo i criteri di applicazione di una pratica come la promessa che riteniamo basati su una comprensione inadeguata di essa. Credo che tale apparente ragionevolezza possa contribuire a spiegare perché il metodo della natura delle cose risulta attraente per un certo numero di giuristi.

Piuttosto, vorrei ora sostenere che la versione moderata del metodo della natura delle cose, nella forma che accoglie l'esistenza di fatti obiettivi – ancorché dipendenti dalla mente e dalla cultura umane – circa la natura di una pratica sociale, non rappresenta un'alternativa a una presunta versione più radicalmente oggettivista o esternalista, ma piuttosto un affinamento e una precisazione della ricostruzione fin qui tentata. Ho sostenuto che il metodo della natura delle cose può essere compreso come l'applicazione a una serie di concetti giuridici (quelli per cui vale l'immagine naturalistica del legislatore intento a classificare la realtà sociale seguendo le sue nervature naturali) della semantica del riferimento diretto. Ho quindi aggiunto che questa visione presuppone un parallelismo tra generi naturali e generi sociali (funzionali). Parallelismo non significa, comunque, identità: proprio perché si tratta di pratiche *sociali* occorre ammettere che la ricerca delle loro caratteristiche essenziali non investe questioni come la composizione chimica delle persone che fanno una promessa o la forza che occorre esercitare per far arrivare al mio creditore un biglietto di banca. È chiaro che una scoperta della chimica non influisce sulla nostra conoscenza delle promesse e dei pagamenti, mentre può essere decisiva per afferrare la natura fino ad allora nascosta dell'oro o dell'acqua. Piuttosto le scoperte che si possono ipotizzare in questi campi riguardano casi di applicazione ed eccezioni non contemplati o norme implicite non codificate e presuppongono l'accesso ai valori, agli scopi e alle funzioni sottese a promesse e pagamenti. Ciò che garantisce il parallelismo non è dunque la presenza di una struttura fisica o una composizione chimica nelle pratiche sociali (ciò equivarrebbe a trattarle *quali* generi naturali), ma il fatto che esse siano costituiti da tratti (valori, scopi, funzioni) che possono anche sfuggire a chi le introduce in un discorso, come avviene per le proprietà fisiche o chimiche dei generi naturali.

### III. Il metodo tipologico

Questa ricostruzione del metodo della natura delle cose ha alcuni capisaldi: (i) ci sono concetti giuridici che vanno concepiti come designatori rigidi di realtà sociali pre-esistenti al diritto; (ii) attraverso questi concetti il diritto opera classificazioni che sono sempre rivedibili perché (iii) tali realtà sociali hanno caratteristiche obiettive che possono costituire oggetto di scoperte *a posteriori*; (iv) applicare correttamente questi concetti può voler dire discostarsi dalla loro intensione, anche quando essa è incorporata in una definizione legislativa. In questo paragrafo prenderò in considerazione una teoria alternativa, codificata nel 1965 da Arthur Kaufmann<sup>57</sup>, che

---

57 A. Kaufmann, *Analogia e natura della cosa*, cit.

mette implicitamente in discussione la spiegazione che ho adottato. La teoria di Kaufmann è interessante perché accoglie alcuni dei punti raccolti nell'elenco mentre ne rigetta altri. In particolare questo autore ammette che il ricorso alla natura delle cose abbia a che fare con le questioni sollevate dai punti (ii) e (iv), ma ne offre un resoconto incompatibile con l'idea che ci sia una realtà sociale "esterna" a cui il diritto fa riferimento attraverso designatori rigidi. Piuttosto i concetti giuridici sono infinitamente malleabili e questo fa sì che non se possano precisare in anticipo e una volta per tutte le intensionali.

Kaufmann ritiene che per il loro carattere malleabile, insaturo e flessibile i concetti giuridici a cui si applica il metodo della natura delle cose costituiscano una categoria *sui generis*, irriducibile ai concetti generali, e propone per questo di chiamarli 'tipi'.

Cito dal suo libro:

[I]l tipo si distingue, innanzitutto, dal concetto generale in senso astratto, il quale è "definito" (circoscritto) mediante un insieme ristretto di caratteri delimitativi. [...] Invece il tipo, nella sua maggiore vicinanza alla realtà, evidenza e concretezza, non è definibile, bensì soltanto "esplicitabile"; ha certamente un nucleo fisso, ma non confini fissi, sicché può anche mancare l'una o l'altra delle 'caratteristiche' peculiari di un certo tipo, senza che si debba per ciò solo porre in dubbio la tipicità di un determinato fatto. Il concetto [...] è chiuso, il tipo è aperto. (p. 65)

Poche pagine dopo prosegue:

[C]ompito del legislatore è descrivere tipi. A tal riguardo, i concetti astratti sono di grande importanza nella costruzione della legge, in quanto le danno forma e garantiscono la certezza del diritto. Tuttavia, è impossibile descrivere precisamente un tipo; la descrizione può sempre soltanto approssimarvisi, esso non può mai essere compreso fino agli estremi particolari. (p. 67).

Kaufmann afferma che i tipi hanno una spiccata concretezza e vicinanza alla realtà e sono indefinibili e ciò potrebbe suscitare l'equivoco che egli condivide l'idea che impiegando tipi facciamo qualche sorta di riferimento diretto alla realtà sociale. Ciò tuttavia diventa implausibile non appena si considerino più da vicino le sue parole. Anzitutto i tipi hanno un "nucleo fisso": non c'è alcuna ragione per credere che non si possa definire il nucleo minimo di un tipo. Ma tale definizione equivale a una specificazione *a priori* di una serie di caratteristiche necessarie, proprio ciò che ci è precluso nel caso dei designatori rigidi. Dunque i tipi non fanno riferimento diretto, ma si riferiscono alla realtà in un certo *modo*; ciò che li distingue, per questo tratto, dai "concetti generali" è che il modo di riferirsi di un tipo è esplicitabile nelle forme più diverse dai diversi interpreti, fermo restando il nucleo fisso (che possiamo



supporre immodificabile).

Poco più oltre egli chiama i tipi ‘rappresentazioni modello’ sottostanti alla legge<sup>58</sup>. Sicché per Kaufmann precisare ed elaborare un tipo significa affinare un modello: l’esito finale di questo processo – che per Kaufmann non è mai raggiunto in modo definitivo – consiste nella specificazione di un esemplare che costituisca un’istanza ideale del tipo. Come ha osservato Peter Strawson, il modo in cui operano i tipi (egli fa esempi come le composizioni musicali, gli enunciati e i modelli automobilistici) può essere adeguatamente compreso come la costruzione di un “prototipo” che serva da standard per la produzione di altre particolari istanze del tipo<sup>59</sup>. Secondo Strawson questa caratteristica dei tipi – il fatto di essere modelli di oggetti particolari – spiega perché enunciati come ‘la Ferrari Testa Rossa raggiunge i 300 km/h’ o ‘l’aria della Regina della Notte del Flauto Magico raggiunge un Fa6’ non siano normalmente parafrasati in enunciati sulla maggior parte o la media delle Ferrari Testa Rossa o delle esecuzioni del Flauto Magico. ‘Testa Rossa’ e ‘aria della Ragina della Notte’ sono tipi, ma le affermazioni sulla velocità massima o sull’estensione coperta dal soprano sono descrizioni che tendono a isolare istanze ideali, impeccabili del tipo.

Credo che quando Kaufmann parla della vicinanza del tipo alla realtà abbia in mente esattamente il fenomeno descritto da Strawson. Un tipo legale, come la rapina aggravata o l’assassinio (*Mord*), se ci sforziamo di fornirne una descrizione particolareggiata, tende a “incarnarsi” in un particolare concreto. La “saturazione” del modello finisce così per coincidere con la descrizione di un (possibile) caso concreto, ossia con una esemplificazione. La dicotomia che spiega l’approccio di Kaufmann non è dunque quella tra linguaggio e realtà, ma tra universale e particolare: il tipo si avvicina alla “realtà” per la sua tendenza alla concretezza, in quanto cioè si tratta di un universale (come i concetti astratti) che tuttavia ha molti tratti di affinità con i particolari. Credo che ciò basti a chiarire che il terreno su cui ci troviamo è diverso da quello in cui si colloca la mia ricostruzione del metodo della natura delle cose: i tipi di cui parla Kaufmann sono modelli ideali che tendono a confluire nel “reale” per il loro alto grado di dettaglio, non perché essi additino una realtà pre-esistente dotata di una natura propria come i designatori rigidi<sup>60</sup>.

A questo punto però occorre chiedersi quale possa essere il modo corretto di integrare i modelli insaturi costituiti dai tipi giuridici. Kaufmann non dice quasi nulla al riguardo se non che tale operazione richiede l’intervento dell’interprete e viene

---

58 L’idea che il tipo costituisca una rappresentazione modello è solo uno dei molteplici modi in cui la nozione di ‘tipo’ è stata intesa da filosofi e giuristi. Se questa varietà di posizioni si veda la ricca rassegna di L. Passerini Glazel, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell’atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, 2005 (che però non parla della concezione di Kaufmann).

59 P.F. Strawson, *Individuals*, cit., p. 233

60 Kaufmann, *Analogia e “natura della cosa”*, cit., cap. VII

sovente chiamata metodo della *Natur der Sache*. Per fare maggiore chiarezza, proviamo a tornare a esempi come le composizioni musicali o i modelli di automobili. I compositori e i progettisti impartiscono direttive, costruiscono prototipi o dirigono una prima esecuzione in modo da far sì che le diverse riproduzioni successive realizzino al meglio ciò che hanno in mente: il tipo costituisce cioè un modello normativo per tutte le sue repliche. Questo schema funziona bene nel caso in cui le istanze del tipo sono costituite da artefatti, come le esecuzioni orchestrali o gli esemplari di automobili<sup>61</sup>. Nel caso dei tipi giuridici però le cose vanno in modo diverso. Finché si tratta, supponiamo, di un tipo contrattuale che il legislatore mette a disposizione dei privati per realizzare determinati assetti standard di interessi questa spiegazione sembra tutto sommato accettabile; tuttavia Kaufmann si occupa per lo più di esempi tratti dal diritto penale e non si può certo dire che in questi casi il tipo di condotta vietata costituisca un modello normativo che i consociati dovrebbero replicare.

In realtà questa difficoltà può essere superata assumendo che per Kaufmann gli “artefatti” che costituiscono repliche o perfezionamenti del tipo non sono le azioni degli individui che osservano una norma, ma le ricostruzioni delle fattispecie concrete operate dagli interpreti: sono queste ricostruzioni ciò che Kaufmann chiama l’*essere* che si dovrebbe far corrispondere al *dover essere* rappresentato dal tipo<sup>62</sup>. In altri termini l’interprete dovrebbe specificare e arricchire il tipo fino al punto in cui esso può costituire una descrizione completa di un particolare storico. Ma il principio in base al quale questa specificazione dovrebbe avvenire (la “idea del diritto”<sup>63</sup> incorporata in un tipo) è tutto interno al tipo stesso: non è la natura, parzialmente nascosta, delle cose a cui il diritto si applica, ma l’idea, parzialmente inarticolata, che ha portato il legislatore a raggruppare secondo certe descrizioni gli oggetti delle norme giuridiche. In altre parole la concretizzazione del tipo da parte dell’interprete è un processo ermeneutico che si svolge all’interno del discorso giuridico e non rimanda ad alcuna indagine genuinamente fattuale delle realtà cui il diritto si riferisce.

Nel complesso le posizioni di Kaufmann mantengono un certo margine di indeterminazione perché egli non si spinge mai a dire che ciò che guida il metodo tipologico è in ultima analisi un sistema di valori e di fini che l’interprete attribuisce all’ordinamento e che la flessibilità dei tipi è un espediente per consentire

---

61 P.F. Strawson, *loc. cit.*

62 A. Kaufmann, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 65: “[S]otto il tipo non si può propriamente «sussumere» come sotto il concetto; al massimo gli si può, in misura maggiore o minore, «correlare», «condurre in corrispondenza», un fatto concreto”; “[I] due ‘poli’ del dover essere e dell’essere si avvicinano progressivamente nel processo di realizzazione del diritto fino a essere condotti in corrispondenza (*adaequatio*) nella concreta decisione giuridica” (p. 92).

63 Ivi, p. 75.

all'interprete di cooperare a realizzare la congruenza teleologica del sistema. Questo ulteriore passaggio, che mi pare implicito nelle tesi di Arthur Kaufmann, è compiuto *apertis verbis* da due altri autori più volte menzionati in questo lavoro. Mi riferisco a Tullio Ascarelli e Letizia Gianformaggio. Sulla concezione di Ascarelli dei concetti tipologici si rimanda a quanto si è detto nel primo capitolo.

Qualcosa di nuovo invece va detto sulle tesi di Gianformaggio a questo riguardo. Come si ricorderà, dobbiamo a questa autrice il resoconto di una famiglia di concezioni del diritto che si possono definire “teorie dell’istituzione o dell’ordinamento concreto”. Tali teorie costituiscono una matrice di argomenti (come l’argomento *a simili*, l’argomento naturalistico e l’argomento equitativo) che hanno un tratto in comune: “tutti si richiamano in ultima analisi alla *coerenza*, cioè tutti tendono a giustificare la scelta che si compie evidenziandone, in ultima analisi, la coerenza (non ovviamente la coerenza rigorosamente logica, ma la coerenza nel senso della *coherence*, che meglio – come è noto – si direbbe ‘congruenza’) con altre scelte diverse, già compiute”<sup>64</sup>. D’accordo con tali teorie la coerenza delle decisioni sarebbe una condizione necessaria affinché il diritto rispecchi il carattere organico – intrinsecamente coerente – di una società. Ora, secondo Gianformaggio l’interna coerenza delle pratiche sociali non è affatto dimostrata da queste teorie, ma è assunta *ex hypothesi*, quasi come un mito di fondazione per un metodo di scelta pratica basato su argomenti *a cohaerentia*; sicché “ciò che davvero giustifica [...] non è tanto il riferimento ad una realtà giuridica indipendente dalle credenze, dalla volontà e dai procedimenti di giustificazione, ma è, semplicemente, *la coerenza*”<sup>65</sup>.

Opportunamente demitizzate, dunque, le concezioni di questo tipo finiscono per coincidere con un appello a promuovere la congruenza delle decisioni e delle norme con i fini e i valori fondamentali dell’ordinamento. Tutto il linguaggio in cui si articolano le operazioni del metodo della natura delle cose sembra esibire la credenza nella possibilità di fare scoperte sintetiche e *a posteriori* sul modo corretto di classificare e disciplinare un caso; l’argomento di Gianformaggio mira a ricondurre tali operazioni sul versante della ragione analitica, attraverso l’esplicitazione dei principi, dei fini e delle *rationes* che ne costituiscono le premesse. Da questo punto di vista, l’immagine della natura delle cose, come le altre immagini “realistiche”, non sarebbe che una complessa metafora, o una mitologia fondante, per alludere a un insieme di premesse normative abbastanza profonde da poter sembrare (o essere spacciate come) dati di fatto che il diritto si limita a registrare.

---

64 L. Gianformaggio, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell’istituzione o dell’ordinamento concreto*, cit., p. 56-57.

65 Ivi, p. 61.

#### IV Regole naturali di una pratica

Se il modello tipologico sviluppato da Kaufmann rappresentasse un resoconto adeguato del metodo della natura delle cose, gran parte delle tesi sostenute nei primi due paragrafi di questo capitolo andrebbe abbandonata. L'elemento "realistico" di un concetto (*rectius*, di un tipo) giuridico infatti consisterebbe nella sua capacità di essere continuamente rielaborato al fine di cogliere distinzioni "di grana fine"<sup>66</sup> nel tessuto della realtà, anziché, come si è sostenuto in precedenza, nella sua capacità di riferirsi in modo rigido a un tipo di realtà sociale dotato di una natura propria. Tuttavia non credo che questo modello possa essere impiegato per illuminare il metodo dei giuristi e dei giudici di cui mi sono occupato in questo lavoro.

Per comprendere le ragioni di questa affermazione è utile richiamare un aspetto centrale del metodo della natura delle cose che va perso nel modello tipologico di Kaufmann. Il giurista naturalista attribuisce un peso speciale al fatto che alcune norme giuridiche sono il portato delle prassi di un gruppo sociale perché ritiene che in questi casi una conoscenza diretta dei fenomeni sociali da cui le norme traggono origine offra un contributo decisivo alla comprensione delle norme stesse. In particolare le indagini del giurista mirano a mettere in luce la funzione socio-economica di una pratica, la cui conoscenza può riflettersi in un duplice modo nella determinazione dei contenuti del diritto: in primo luogo, in prospettiva classificatoria, intervenendo nella ridefinizione dei confini di fattispecie che appaiono troppo o troppo poco inclusive<sup>67</sup> (perché, rispettivamente, raggruppano insieme fenomeni la cui funzione è eterogenea, o non catturano tutti i fenomeni la cui funzione è omogenea); in secondo luogo consentendo di calibrare le conseguenze giuridiche nel modo che appare idoneo alla realizzazione della funzione.

Come i giuristi naturalisti, Kaufmann nota che le norme giuridiche possono aderire più o meno alle cose che le persone fanno effettivamente e che tale caratteristica è funzione della formulazione della fattispecie. A tale riguardo il metodo tipologico richiede che le fattispecie delle norme giuridiche siano specificate in un modo

---

66 Sul tema delle distinzioni concettuali di grana fine (*fine-grained*) vedi J. McDowell, *Mind and World*, cit., pp. 56-60 e F. Schauer, *Le regole del gioco*, cit., che in più luoghi impegna la coppia grana grossa/grana fine in relazione al predicato fattuale che compare in una regola (p.e. a p. 88 e a pp. 224 sgg.). Jori usa invece una metafora tratta dal commercio parlando di scelte pratiche fatte all'ingrosso e al dettaglio (M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980, p. 4 e *passim*). È chiaro che tutti questi esempi hanno qualcosa in comune tra loro e con il problema affrontato da Kaufmann, ma sono allo stesso tempo solcati da profonde differenze perché diversi sono gli oggetti di cui si predica la finezza/grossolanità. La prospettiva di Schauer, incentrata sul predicato fattuale che compare in una regola, è quella che più si avvicina a quella di Kaufmann (anche se sono antitetiche e speculari le rispettive posizioni a riguardo).

67 Vedi F. Schauer, *Le regole del gioco*, cit.

sufficientemente attento e scrupoloso da potersi applicare senza forzature alle situazioni reali. In altre parole, chiede di operare sulle fattispecie astratte in modo che le descrizioni dei fatti che si desidera sussumere sotto di esse (le fattispecie concrete) siano quanto più possibile corrispondenti alle descrizioni che un osservatore di quelle situazioni sarebbe spontaneamente propenso ad adottare<sup>68</sup>. Così, per esempio, per ritenere colpevole del reato di rapina grave chi sottrae l'incasso brandendo una fiala di acido muriatico occorre che il giudice equipari l'acido muriatico a un'arma<sup>69</sup> sicché le descrizioni dell'azione del reo: "minacciava il commesso con acido muriatico" e "minacciava il commesso con un'arma", si possano considerare intercambiabili. Si noti che per Kaufmann non c'è bisogno che un giudice abituato a chiamare armi solo cose come fucili e pugnali modifichi il proprio concetto di arma<sup>70</sup>, ma solo che riconosca che non c'è alcuna differenza rilevante tra il caso in cui il cassiere è minacciato con un fucile e il caso dell'acido muriatico<sup>71</sup>: il tipo di misfatto è lo stesso. Non fa differenza, circa le ragioni che abbiamo per disapprovare un piano d'azione criminale, che il rapinatore porti con sé dell'acido muriatico o un fucile, perché in entrambi i casi si attenda allo stesso modo alla proprietà altrui.

Le analogie con il metodo della natura delle cose tuttavia sono molto limitate. Il fatto che quasi tutti gli esempi offerti si collochino sul terreno delle fattispecie penali mostra che per Kaufmann il corretto utilizzo del metodo tipologico non comporta l'adozione del punto di vista degli agenti. Quando Kaufmann afferma che per una rapina a mano armata non fa differenza che il malvivente brandisca un fucile o una fiala di acido muriatico non vuole ovviamente asserire che i due mezzi siano indifferenti nell'ottica del malvivente stesso: per varie ragioni le regole da seguire per una "buona" rapina possono contemplare l'uso di alcune armi e non di altre, ma tali regole non sono rilevanti secondo Kaufmann per qualificare il tipo di azione criminale a cui assistiamo. Anziché il punto di vista dell'agente, infatti l'interprete kaufmanniano assume la prospettiva degli scopi perseguiti o dei beni protetti dal

---

68 Quanto precede è un modo a mio avviso più accurato di caratterizzare il tipo di operazione che Kaufmann chiama "corrispondenza tra dover essere ed essere". Vedi A. Kaufmann, *Analogia e natura della cosa*, cit., cap. III. Sul punto, anche G. Zaccaria, *L'analoga come ragionamento giuridico* (1989), ora in L. Pelliccioli, V. Velluzzi, *L'analoga e il diritto, antologia breve*, cit., pp. 39-59.

69 L'art. 250 del codice penale tedesco giudica grave la rapina se "l'autore della rapina o chi vi partecipa reca con sé armi al momento della commissione del fatto".

70 Il metodo tipologico, infatti, non si applica a singoli concetti, ma a fattispecie astratte (*rectius*, al tipo che le fattispecie sottendono).

71 Vedi A. Kaufmann, *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 41. Perciò sono compatibili con l'obiettivo di Kaufmann due diverse strategie di decisione: o l'inclusione dell'acido muriatico nella denotazione di 'arma' oppure l'estensione analogica della fattispecie di rapina grave a chi reca con sé acido muriatico. Circa questo ultimo punto occorre dire che Kaufmann sostiene la tesi, a mio avviso bizzarra, che non sussistono divieti di analogia anche in presenza di leggi che li stabiliscono.

divieto penale che nel caso esemplificato richiedono di prendere in considerazione la posizione (non degli agenti ma) dei soggetti pazienti (le vittime del reato).

Viceversa il metodo della natura delle cose (e in ciò sembra esserci accordo tra i diversi giuristi che lo hanno impiegato) esige che le condotte disciplinate dal diritto siano comprese dal punto di vista delle persone che le pongono in essere, o meglio di coloro tra di essi che esibiscono le intenzioni appropriate per quella pratica<sup>72</sup>. Supponiamo che i membri di un club di rapinatori convergano sull'idea che coloro che si servano nelle proprie imprese di fiale di acido o di grossi cani da combattimento siano da censurare severamente in quanto persone che azzardano imprese con un'alta percentuale di fallimento e pericolose per sé e per i propri complici. Se applicassimo il metodo della natura delle cose all'”arte” della rapina a mano armata dovremmo probabilmente prendere atto di questi casi come esempi difettosi<sup>73</sup>. Ciò appare paradossale dal momento che il diritto *vieta* le rapine, e non le considera invece prassi sociali da cui mutuare regole sagge o ragionevoli. In ogni caso

---

72 Sulla nozione di punto di vista dei partecipanti a una pratica è ovviamente fondamentale H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit.

73 E quindi punirle meno severamente in quanto l'archetipo della fattispecie penalmente sanzionata è costituito da rapine condotte a regola d'arte che producono effettivamente il risultato sperato dal malfattore? L'ipotesi suona assurda e sembra suggerire che il metodo della natura delle cose come ricostruito in questa sede non ha alcuna applicazione genuina nel diritto penale. In effetti ho trovato scarse testimonianze di un'attitudine dei penalisti ad applicare il metodo della natura delle cose.

Per completezza di informazione, menziono qui due casi di impiego della natura delle cose in terreno penalistico, entrambi giudiziali. Il primo è costituito dalla sentenza della Cassazione penale, sez. 4, del 16 ottobre 2007, n. 42728. Si tratta di una richiesta di equa riparazione per ingiusta detenzione, avanzata da una persona assolta dall'accusa di aver commesso una serie di rapine. Il ricorrente era stato in precedenza condannato per una rapina condotta con modalità del tutto simili ed era accertata la sua frequentazione di un soggetto condannato per tutte queste rapine. La corte d'appello respinse la richiesta notando – tra l'altro – che egli “non [era] mai stato in grado di fornire alibi trancianti che escludessero la sua presenza sui luoghi dei reati”. Si sarebbe cioè trattato di uno di quei casi in cui il comportamento gravemente colposo dell'imputato esclude il diritto all'equa riparazione (art. 314 c.pp.). La cassazione però riforma il giudizio e respinge quell'argomento dei giudici di secondo grado osservando che “è nella natura delle cose che non di rado non si sia in grado di dimostrare di non essersi trovati in un certo luogo in un determinato momento, senza che ciò possa essere attribuito ad una condotta rimproverabile” Qui è evidente che il problema è quello di individuare una circostanza che scusi o giustifichi un comportamento diverso da quello che ha portato a una condanna penale. Si direbbe che qui l'appello alla natura delle cose, ammesso che si tratti di un uso avvertito e tecnico della nozione, è speso (*in bonam partem*) per chiarire un aspetto delle pratiche sociali della scusa e della giustificazione (sul tema si veda J.L. Austin, *Saggi filosofici*, Milano, 1990, pp. 167 sgg.). Nel secondo caso (Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2007, n. 11972) i giudici menzionano la natura delle cose per stabilire il nesso causale tra condotta ed evento necessario alla configurabilità di una fattispecie penale e rappresenta un caso di applicazione dell'argomento naturalistico al di fuori del suo ambito più caratteristico nel pensiero giuridico (quello delle pratiche e istituzioni sociali).

è chiaro che Kaufmann reputerebbe eccentrico un simile suggerimento, perché egli non ha in mente la rapina grave come una pratica sociale da cui trarre regole da importare nel diritto, ma come un tipo di azione anti-giuridica. La *ratio* che ispira le operazioni di raffinamento tipologico – su cui mi sono soffermato nel paragrafo precedente – non ha dunque nulla a che vedere che l’elaborazione di un prototipo della rapina perfetta, ma è tutta interna al diritto e si identifica con lo scopo che giustifica un divieto penale.

Invece, è proprio la speranza di individuare casi particolarmente felici di società in nome collettivo o di mercati concorrenziali a motivare le indagini della realtà sociale che informano il metodo della natura delle cose. In altre parole i giuristi naturalisti cercano nelle pratiche sociali corsi d’azione che possano servire da modelli per il raffinamento dogmatico o giurisprudenziale di un istituto (o possano essere impiegati in una prospettiva *de lege ferenda*), ciò che presuppone l’individuazione di una funzione benefica nella pratica stessa.

Ho già esposto in precedenza, nel capitolo II, le ragioni per rifiutare un resoconto degli appelli alla natura delle cose come argomenti teleologici “soggettivi”, cioè come argomenti in cui il ruolo della natura delle cose si limita all’identificazione dei mezzi più adeguati per realizzare un fine ascritto alle scelte di un’autorità normativa. Si è detto allora che i giudici che impiegano l’argomento della natura delle cose concepiscono la funzione di un istituto come qualcosa che possiamo reperire *in rebus*.

Ora siamo in grado di aggiungere un tassello a quel quadro: la pretesa di trovare “nelle cose” la funzione propria di una pratica cui il diritto si riferisce è sorretta dalla credenza quella pratica svolga un compito benefico o vantaggioso per la società. Solo assumendo che una pratica sociale arrechi un beneficio è possibile infatti elaborare criteri per individuare quei casi felici di applicazione della pratica, cui si alludeva sopra, che devono servire come modello per l’elaborazione dogmatica e giurisprudenziale<sup>74</sup>.

Ovviamente il metodo della natura delle cose tratta il beneficio o il vantaggio che rappresenta il fine di una pratica come un fine incorporato dal diritto positivo e le regole che contribuiscono alla sua realizzazione come regole giuridiche. Ma è il modo in cui avviene l’ascrizione di quel fine e di quelle regole che è incompatibile con il resoconto teleologico-soggettivo. Quegli elementi sono esattamente ciò che sostanzia

---

74 Dunque la nozione di pratica sociale che possiamo ascrivere ai giuristi naturalisti è, com’era prevedibile, intimamente normativa, nel senso che attribuire rilevanza giuridica ad azioni *in quanto* istanze di una pratica significa assumere i criteri di valutazione dell’azione inscritti nella pratica, a differenza di quanto avviene nel modello di Kaufmann. Per la scelta dell’attributo “benefico” mi sono rifatto alla caratterizzazione del concetto di virtù di Philippa Foot, *Virtù e vizi*, Bologna, 2008, p. 6. Una trattazione parallela dei concetti di pratica sociale e disposizione (come *genus* comprensivo della *species* virtù) è stata tentata da M. Thompson, *Life and Action*, cit., sulle cui tesi tornerò tra poco.

la natura della pratica e la loro rilevanza giuridica segue a ruota, per così dire, la rilevanza giuridica della pratica. Non è necessario che il giurista conosca in anticipo quali fini il diritto persegue; gli basta sapere a quali aspetti della realtà sociale il diritto ha attribuito rilevanza (attraverso l'adozione dei concetti appropriati); è per il carattere intrinsecamente teleologico di questi che l'incorporazione di una pratica si traduce in una incorporazione di fini.

Queste considerazioni da un lato illuminano, dall'altro rendono problematica, la questione del peso che i giuristi naturalisti attribuiscono alla conoscenza empirica e fattuale nel metodo giuridico. L'insistenza sulla necessità di indagini empiriche è stata sottolineata spesso nel corso del lavoro ed è emersa come un tratto caratterizzante del metodo della natura delle cose, o per lo meno delle auto-descrizioni dei giuristi che lo praticano.

Da un lato, la questione è illuminata da ciò che si è appena detto, perché non c'è dubbio che per soddisfare i *desiderata* di un metodo così concepito occorre una quantità di informazioni fattuali maggiore di quanta se ne richieda abitualmente ai giuristi. Per esempio, a un giudice non basterà conoscere i fatti su cui è chiamato a pronunciarsi, perché l'elaborazione di una soluzione conforme alla natura delle cose richiede che si conoscano anche altri casi che istanziano la medesima pratica. Lo stesso si può dire del tipo di indagine richiesto a chi tratti i requisiti individuati da una norma come sintomi, anziché come criteri, per l'applicabilità della norma stessa. Mentre la soddisfazione di un criterio rappresenta il punto di arrivo della ricerca, l'identificazione di un sintomo equivale alla formulazione di un'ipotesi per la cui conferma sono necessarie osservazioni supplementari.

D'altra parte le stesse considerazioni rendono la questione problematica, perché le indagini fattuali dovrebbero tra l'altro consentire al giurista di identificare la funzione di una pratica e di sceverare le istanze felici – in cui il bene o il vantaggio cui la pratica tende è effettivamente realizzato – da quelle infelici. Fino a che punto questi obiettivi sono alla portata di una indagine puramente empirica e non comportano invece l'impiego di criteri di valutazione soggettivi o l'adesione alla morale positiva del particolare gruppo sociale cui l'indagine si rivolge? Sotto un aspetto, questo problema confluisce in quello, già trattato un paio di paragrafi più sopra, della pretesa di oggettività delle scoperte intorno alla natura di una pratica sociale, e non occorre ritornarci. Come si è detto allora, tutto ciò che si può stabilire circa quel punto è che i giuristi naturalisti hanno bisogno di credere in tale oggettività per poter perseguire con coerenza le proprie convinzioni metodologiche.

Tuttavia, questa discussione solleva un aspetto nuovo che merita di essere sottolineato. L'appello alla necessità di indagini empiriche e fattuali che si trova in molti sostenitori del metodo della natura delle cose ha suscitato alcuni dilemmi interpretativi tra gli autori interessati al modello di scientificità presupposto da tale



metodo. Per alcuni<sup>75</sup> il metodo della natura delle cose ha rappresentato un tentativo fallimentare (anche se forse suscettibile di rettifica) di innalzare la scienza del diritto al livello di una scienza empirica. Ho già cercato di chiarire come vada inteso questo “empirismo”: si tratta della credenza che è possibile fare scoperte *a posteriori* – ossia non accessibili per mezzo di una riflessione puramente concettuale – sulla vera natura di ciò a cui un concetto giuridico si riferisce.

L’idea di una natura essenziale che è illuminata da indagini *a posteriori* è sufficiente a sollevare dubbi sulla compatibilità tra il metodo della natura delle cose e i più abituali modelli di scienza empirica. A dire il vero, credo che l’impiego di nozioni come ‘essenza’ o ‘vera natura’ susciti un’immagine piuttosto anacronistica o per lo meno inusuale degli obiettivi della scienza<sup>76</sup>. La stessa idea di un parallelismo tra generi sociali e generi naturali è sospetta sul piano epistemologico perché oblitera ogni distinzione forte tra scienze naturali e scienze sociali.

Anche negando che sia in grado di raggiungere gli standard epistemologici contemporanei per una scienza empirica, comunque, rimane qualcosa della pretesa del metodo della natura delle cose di ancorarsi a una base empirica. Si tratta della richiesta che un giurista sia in grado di indicare una pratica effettiva, attuale, a sostegno delle conclusioni che afferma<sup>77</sup>.

L’attualità di una pratica, o di una regola a essa collegata<sup>78</sup> è proprio ciò che fa ritenere ben fondata nella natura di una società umana una soluzione a essa conforme adottata dalla scienza giuridica. In altre parole il requisito che impone alla scienza giuridica un fondamento empirico non è altro che una reiterazione, o una specificazione) del requisito che impone di scegliere soluzioni naturalisticamente ben fondate (in tutti i casi in cui il diritto positivo lo consente).

C’è dunque un collegamento significativo tra attualità e natura che ci consente di dire qualcosa di più sulla nozione di pratica sociale presupposta dal metodo della natura delle cose. Molti dei concetti in cui si sviluppano i discorsi dei sostenitori della natura delle cose rimandano all’idea di attualità: mi riferisco a concetti come ‘storia’

---

75 Per esempio Bobbio e Di Robilant; entrambi caratterizzano come sociologico il metodo che il giurista naturalista si propone di (ma non riesce a) perseguire; in particolare il secondo attribuisce ai fautori della natura delle cose “l’atteggiamento mentale del sociologo”, senonchè egli osserva e incasella la realtà sociale alla luce di un sistema di valori precostituito (vedi E. Di Robilant, *Sui principi di giustizia*, cit., p. 227).

76 Credo che molti scienziati empirici contemporanei sarebbero pronti a negare che il proprio lavoro consista nella scoperta della vera natura delle cose e sicuramente sarebbero pronti a negarlo gli scienziati e gli epistemologi che si ispirano all’empirismo filosofico.

77 Vedi M. Thompson, *Life and Action*, cit., p. 158 e *passim*.

78 La nozione di attualità in riferimento alle norme (intesa come nozione comprensiva dell’effettività, ma più ampia) è studiata da P. Di Lucia, *Normatività*, cit. (nel capitolo intitolato “Norma in actu”)

(Vivante, Fassò), ‘vita’ (Dernburg, Geny, Vivante e molti altri), ‘concretezza’ (Maihofer, Baratta). In tutti questi casi sembra che si annoveri tra i requisiti necessari della conformità alla natura delle cose di una regola o di una pratica il suo essere in atto in una società.

Sulla questione disponiamo di un lavoro recente di Michael Thompson che riguarda il posto di questi concetti nella filosofia morale, ma le cui conclusioni si rivelano illuminanti anche per il nostro tema<sup>79</sup>. Secondo Thompson esiste una nozione di ‘pratica sociale’ peculiare alla filosofia pratica (e distinta da una nozione sociologica<sup>80</sup>) che fa leva sull’idea aristotelica di attualità<sup>81</sup>. Una classe importante di giudizi che abitualmente si predicano di un gruppo sociale dipendono dal possesso di tale nozione. Quando diciamo per esempio che i membri della società S adempiono alle promesse attribuiamo a S la pratica della promessa. Che S abbia tale pratica significa senz’altro che un numero non trascurabile dei membri di S adempie normalmente alle promesse fatte o considera riprovevole il non onorarle, ma non è possibile ancorare la verità di simili giudizi a una soglia numerica, come presumibilmente dovremmo essere in grado di fare se adottassimo una nozione sociologica di pratica sociale.

Giudizi come ‘i membri di S seguono la pratica della promessa’ per Thompson sono intrinsecamente privi di quantificazione<sup>82</sup> e tutto ciò che si può dire sul loro fondamento empirico è che essi esprimono l’attualità della pratica della promessa in S.

Mi pare che questi giudizi “aristotelici”<sup>83</sup> svolgano un ruolo significativo anche nel metodo della natura delle cose. Essi consentono di comprendere – senza dover ipotizzare una sistematica sciatteria applicativa – perché i giuristi naturalisti si appellino a pratiche sociali effettive senza mai fornire dati statistici rilevanti.

Ma le analisi di Thompson permettono di spingerci ancora oltre. I giudizi non

---

79 Ivi, pp. 149 sgg.

80 Ivi, p. 177

81 La nozione aristotelica di atto (e la nozione correlativa di potenza) è impiegata anche da un altro autore che abbiamo menzionato parlando di ‘seconda natura’. Vedi McDowell, *Mind and World*, pp. 84-85.

82 M. Thompson, *op. cit.*, pp. 63 sgg. Cioè, essi non sono traducibili né con ‘alcuni membri di S seguono la pratica della promessa’ (di cui pure presuppongono la verità), né con ‘tutti i membri di S seguono la pratica della promessa’ (la cui falsità non implica quella del giudizio che dovrebbe tradurre). Sul punto vedi anche, dello stesso autore, *The Representation of Life*, in R. Hursthouse, G. Lawrence, W. Quinn (eds.), *Virtues and Reasons. Philippa Foot and Moral Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 247-296.

83 Un nome che Thompson attribuisce loro è *aristotelian categoricals*. Come vedremo subito ce ne è un altro che presuppone l’assimilazione di questi giudizi a quelli a quelli con cui descriviamo le specie viventi diverse dall’uomo.

quantificati che utilizziamo per parlare delle società umane sono dello stesso genere di quelli che utilizziamo per descrivere una specie vivente, come ‘i lupi cacciano in branco’, oppure ‘gli uomini hanno trentadue denti’. Essi non pretendono solo di essere veri di qualche lupo o di qualche uomo in particolare, ma, in generale, della specie: anzi, se qualche membro della specie manca di quel carattere esso può essere indicato come esemplare “difettoso” in relazione al carattere in questione. Per questo Thompson li chiama *natural-historical judgments*: essi riassumono la storia naturale della specie, e sono plasmati sulle operazioni o i comportamenti di *buoni* esemplari della specie. La descrizione della natura di una certa specie (o società umana), in quanto distinta da descrizioni di esemplari o membri particolari, o da un campione di essi, sembra debba consistere in un elenco di asserzioni di questo tipo<sup>84</sup>.

Per finire, Thompson caratterizza l’uso che può essere fatto dei giudizi sull’attualità di una pratica sociale nel discorso morale in un modo che lascia aperta la possibilità di criticare alcune applicazioni tipiche della pratica nel gruppo come esempi perversi. Il problema affrontato espressamente da Thompson è quello del grado di specificità dei concetti che si riferiscono a pratiche sociali: se due società, S1 e S2, convergono sul grado di obbligatorietà delle promesse tranne che per il fatto che in S1, ma non in S2, si ritiene vincolante anche la promessa di incontrare un amico per discutere del più e del meno quando il promittente potrebbe salvare la vita della propria figlia violandola<sup>85</sup>, se ne deve concludere che S1 e S2 seguono due pratiche parzialmente diverse, oppure che hanno la stessa pratica, ma S1 (o S2) la applica in modo perverso? Da un punto di vista sociologico la prima soluzione sembra essere la più corretta, ma secondo Thompson la filosofia morale dovrebbe optare per la seconda. Se lo interpreto bene, egli sostiene che nei due gruppi la pratica è la stessa perché essi condividono lo stesso modello di azione e lo raccomandano per le medesime ragioni; sicché S1 e S2 avrebbero due pratiche diverse solo se avessero un’idea diversa della funzione di un certo modello di azione anche nei casi in cui entrambi ritengono che debba essere seguito<sup>86</sup>. È significativo che Thompson descriva la situazione di una società “legalistica” in cui le promesse sono ritenute vincolanti anche in circostanze estreme (come le promesse fatte nel sonno, o quelle il cui adempimento procura un bene triviale e ne sacrifica uno fondamentale) come un caso di errore generalizzato, richiamandosi all’esempio dell’oro di Kripke e Putnam<sup>87</sup>.

---

84 Il genere televisivo dei documentari naturalistici si affida spesso (anche se non sempre) a criteri di “storia naturale” nella scelta dei contenuti e gli enunciati proferiti dalla voce narrante sono spesso giudizi di storia naturale nel senso di Thompson.

85 L’esempio si trova a p. 183.

86 Thompson afferma che nei due casi la pratica ha la stessa “inner constitution” (p. 186).

87 Ivi, pp. 185-6.

Il metodo della natura delle cose, come si è ripetuto *ad nauseam*, identifica la natura di un istituto con la sua funzione sociale, e ritiene che non si possa parlare di funzioni reperite *in rebus* se non riguardo a istituti che fanno presa su qualche pratica sociale attuale. Ma i giuristi naturalisti (o la maggior parte di essi), se credono che le società siano abbastanza sagge da elaborare regole adeguate alla realizzazione di finalità benefiche, e che quindi le regole e funzioni “naturali” di un istituto vadano trovate tra quelle effettivamente praticate, non credono anche che siano così sagge, o giuste, da applicarle anche in tutti i contesti appropriati. Possono intervenire privilegi di ceto, retaggi del passato, pregiudizi, e altre cause ancora, che impediscono a una pratica benefica di realizzare tutte le sue potenzialità. Il metodo della natura delle cose tuttavia non tiene conto di queste limitazioni ed esige che le stesse regole siano applicate a tutte, e soltanto, le situazioni che la migliore comprensione della funzione di una pratica suggerisce. Ciò è reso possibile da una nozione di attualità di una pratica che non imbriglia il giurista alla scrupolosa rilevazione empirica dei comportamenti sociali, ma richiede solo che le soluzioni elaborate siano radicate nella prassi, anziché concepite a tavolino a imposte *ab estrinseco* alla società. Un diritto e una scienza giuridica conformi alla natura delle cose non sono, dunque, un diritto e una scienza che rispecchino a tutto tondo le opinioni socialmente diffuse<sup>88</sup>, ma, per così dire, che sappiano sfruttare abilità e disposizioni che la società ha sviluppato spontaneamente nel corso della propria “storia naturale”, avanzando soluzioni che le persone – come auspicava Lord Mansfield – siano in grado di comprendere e accettare<sup>89</sup>.

---

88 Anche se, bisogna ricordarlo, alcuni giuristi naturalisti (come Asquini) hanno affermato proprio questo. Per questo aspetto la mia ricostruzione tratta simili casi come eccentrici o marginali.

89 Vedi Introduzione.

## *Conclusioni*

L'intento di questo lavoro è stato di mostrare che è possibile individuare e descrivere da un punto di vista metagiurisprudenziale uno specifico metodo della natura delle cose, cioè un insieme di concezioni relative al modo di determinare il contenuto del diritto tra loro coerenti e complessivamente originali, ossia non interamente traducibili in termini di altre concezioni note del metodo giuridico. Per la realizzazione di questo obiettivo, comunque, si è osservata la necessità di un'analisi a più strati, e in alcune circostanze piuttosto sottile, che mettesse in luce la compresenza nel pensiero dei giuristi che ho convenuto di chiamare naturalisti di tratti idiosincratichi accanto ad elementi più conformisti. Sia gli uni, sia gli altri sono importanti per collocare il metodo della natura delle cose nella prospettiva migliore.

L'aspetto "conformista" non emerge solo nell'obiettivo dichiarato di offrire una ricostruzione del diritto vigente, anziché di un diritto ideale o alternativo, e che potrebbe ben essere solo un modo per dissimulare un intento in ultima analisi riformatore del diritto, ma anche e soprattutto in molte operazioni che i giuristi naturalisti pongono in essere per individuare la "materia prima", il materiale giuridico, da elaborare attraverso il richiamo alla natura delle cose, l'input del processo che dovrebbe dare come esito finale una soluzione adeguata alla natura delle cose. Nessuno di loro ha infatti una nozione di 'natura delle cose' così sofisticata e ricca da includere criteri che possano guidare anche le operazioni preliminari di individuazione della materia prima. Semplicemente, per usare una felice espressione di Jori<sup>1</sup>, essi si muovono a tentoni, sfruttando le nozioni di senso comune che hanno appreso come membri di una comunità e come persone che hanno ricevuto una formazione giuridica. Per questo nessun seguace del metodo della natura delle cose dubita che le parole e i concetti contenuti in un codice generalmente applicato dai giudici in un territorio siano rilevanti per il proprio mestiere e siano anzi quelle parole e quei concetti che egli deve usare (ed eventualmente manipolare) per mostrare che il diritto è, tutto sommato, conforme alla natura delle cose.

Il punto è difficile da cogliere finché ci si limita a studiare le pagine che i giuristi dedicano espressamente alla natura delle cose, o le controversie teoriche che li vedono contrapposti a colleghi di orientamento diverso. Qui infatti si tendono a enfatizzare gli elementi di frizione piuttosto che il terreno comune su cui gli uni e gli altri si muovono. Tutto risulta comunque molto più chiaro non appena si allarga lo sguardo ad alcune concezioni sofisticate della natura delle cose approntate dai filosofi del

---

1 M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 34 e passim.

diritto e che, se impiegate da un giurista naturalista, ne cancellerebbero immediatamente ogni tendenza al conformismo nell'individuazione dell'area di questioni giuridicamente rilevanti. Teorie del genere si trovano piuttosto frequentemente tra i filosofi del diritto e rappresentano l'approccio alla natura delle cose che nel terzo capitolo ho chiamato 'filosofico'. In quella sede mi sono soffermato su alcune tesi sostenute da Bobbio nel suo libro sulla consuetudine giuridica del 1942, ma avrei potuto fare altri esempi. Piuttosto nota è per esempio la teoria di Hans Welzel delle "strutture logico-materiali", secondo cui da alcuni tratti costitutivi della natura umana discende l'esistenza di materie e di istituti che necessariamente un diritto deve contemplare. Credo che i dati raccolti e le indagini compiute in questo lavoro portino ad abbandonare l'idea, sostenuta da alcuni, che sia per lo più qualche tesi del genere a caratterizzare le occorrenze del tema della natura delle cose nella cultura giuridica. Non è per decidere quali norme o istituti sono giuridici che ci si appella alla natura delle cose, ma per determinare quando una norma o un istituto del diritto positivo sono radicati, o rispecchiano pratiche diffuse, nella realtà sociale.

È a questo punto che interviene l'elemento idiosincratico del metodo della natura delle cose, che prescrive al giurista (i) di ascrivere importanza al fatto che il diritto abbia in qualche sua parte un nesso genetico con una pratica sociale pre-esistente e (ii) di impiegare tutte le conoscenze di tale pratica di cui dispone per determinare il contenuto delle parti del diritto che esibiscono questa caratteristica.

Anzitutto, quindi, il metodo della natura delle cose considera una discriminante metodologica la circostanza che un aspetto del diritto abbia un addentellato nei "fatti", rispecchi cioè qualche aspetto attuale della realtà sociale. Ho introdotto una distinzione tra istituti (e concetti) naturalisticamente ben fondati e istituti (e concetti) privi di tale fondamento per esprimere questa duplice possibilità, gravida di conseguenze metodologiche<sup>2</sup>.

Come si può facilmente intuire per un giurista naturalista è preferibile che il diritto sia ben fondato nella natura di una società, e le sue scelte di politica del diritto si orientano in tale direzione<sup>3</sup>. Ancor prima di indirizzare le sue proposte di riforma del diritto, comunque, la distinzione rileva nella determinazione del contenuto del diritto

---

2 Si è pure osservato che questo schema ritorna nella distinzione di Friedrich von Hayek tra diritti conformi all'ordine naturale di una società (nomos) e diritti che mirano alla progettazione deliberata di un modello nuovo (thesis). Lo studio di questa parte del pensiero di Hayek contribuisce a chiarire in che senso si parli di natura delle cose nel primo caso: Hayek propone infatti una nozione di natura abbastanza ampia da includere artefatti umani la cui creazione è spontanea e non dipende dalle scelte di individui particolari. Si veda F. Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., cap. I.

3 In un'ottica di riforma Cesare Vivante dedicò una sua già ricordata prolusione ai difetti sociali del codice di commercio; un recente scritto in cui Fabio Merusi critica una serie di scelte in materie economiche del legislatore italiano tra il secondo dopoguerra e gli anni Novanta si intitola *Diritto contro economia*, Torino, 2006.

vigente, che costituisce l'oggetto specifico del metodo della natura delle cose.

Il rilievo che un aspetto del diritto è ben fondato in pratiche attuali non costituisce infatti tanto una conclusione, quanto una premessa per l'impiego del metodo della natura delle cose. La ricostruzione che ho proposto dell'argomento cui i giuristi naturalisti ricorrono in questi casi corre come segue: poiché il legislatore non ha inventato un istituto, ma lo ha mutuato dalla società, il modo corretto per determinarne la configurazione giuridica è studiare la pratica in atto anziché cercare nei testi giuridici l'idea che se ne è fatta il legislatore.

La corrispondenza che in alcuni casi si realizza tra diritto e realtà sociale<sup>4</sup> dunque rappresenta la ragione addotta per sostenere che la conoscenza della natura delle cose diventa rilevante per la determinazione del contenuto del diritto. Perché l'argomento non apparisse circolare è stato necessario distinguere tra la fase in cui si rileva detta corrispondenza e quella in cui si integra la conoscenza del diritto con le informazioni ricavabili dall'osservazione diretta della pratica o dell'istituzione sociale cui un aspetto del diritto si riferisce.

In questa prospettiva mi sono occupato dei concetti giuridici cui i giuristi naturalisti "appendono" le proprie operazioni (per esempio 'società in nome collettivo', 'titolo di credito', 'concorrenza', 'organismo di diritto pubblico'). Non è possibile riassumere in questa sede l'intero ragionamento svolto nel capitolo IV di cui ricordo qui solo le conclusioni:

(i) un concetto giuridico è naturalisticamente ben fondato se esiste un nesso, esprimibile in termini di una catena causale, tra il suo impiego giuridico e una pratica diffusa in un gruppo. In altri termini si deve trattare di un concetto che il legislatore ha usato, o ha ereditato da qualcuno che lo aveva usato, o a sua volta l'aveva ereditato da qualcuno che lo aveva usato... e via dicendo, per riferirsi a tale pratica;

(ii) il contenuto di concetti siffatti è funzione della vera natura del fenomeno sociale che denotano e non dipende dalle intensioni che il legislatore o i suoi predecessori nella catena causale vi hanno ascritto. Sicché una eventuale definizione legislativa del concetto deve essere interpretata come un tentativo di cogliere la vera natura del fenomeno e non è vincolante per il giurista.

Nell'ultimo paragrafo del quarto capitolo ho cercato di esplicitare in forma più diretta alcune chiavi di lettura del metodo della natura delle cose che questa ricostruzione, invero piuttosto tecnica, dischiude. Le soluzioni che si possono

---

4 O, più in generale, tra diritto e realtà. In alcuni casi un argomento tratto dalla natura delle cose è impiegato per illuminare un concetto che si riferisce ai fatti fisici (anziché ai fatti sociali). Si veda per esempio la disamina del concetto di 'cosa', ricca di ambiziose affermazioni sulla comune struttura fisica delle entità che sono cose, offerta dai giudici di cassazione nella cosiddetta sentenza Radio Vaticana, studiata supra, cap. II. Ciò non toglie che l'impiego tipico della nozione di natura delle cose nel diritto investa casi di asserita corrispondenza tra diritto e realtà sociali. Il punto è discusso supra, cap. IV, in chiusura del §II.1.

argomentare attraverso il ricorso alla natura delle cose sono soluzioni “secondo natura” perché riflettono pratiche e disposizioni che un gruppo ha sviluppato spontaneamente. Peraltro nelle sue ricostruzioni il giurista si considera tanto poco schiavo delle opinioni e dei valori diffusi in un gruppo quanto lo è delle definizioni legislative.

Le pratiche sociali sono modelli di azione classificati attraverso l'individuazione di una funzione omogenea, concepita in termini di un beneficio o di un vantaggio apportato alla società. Ciò che importa è che esse sfruttino abilità e disposizioni diffuse in un ambiente sociale e non che tutti i membri del gruppo (o un campione statisticamente determinabile di essi) impieghino sempre quei modelli esibendo le intenzioni adeguate. Il metodo della natura delle cose è persino compatibile con un errore generalizzato circa l'applicabilità di una pratica in un certo tipo di casi. È in questo spirito che Cesare Vivante afferma per esempio che il Codice di Commercio incorpora alcune pratiche sorte nelle corporazioni medievali malgrado i modelli di azione corrispondenti fossero erroneamente concepiti come privilegi dei membri della corporazione<sup>5</sup>. Possono dunque possedere una pratica anche gruppi che ne restringono o ne estendono arbitrariamente l'area di applicazione, purché a essi non sia ignota la funzione della pratica e la relazione tra impiego di determinati mezzi e realizzazione di quella funzione<sup>6</sup>.

L'affermazione che il metodo della natura delle cose mescola elementi conformisti ed elementi idiosincratici non implica che il suo impiego abbia conseguenze limitate e modeste. In particolare questa tesi non va confusa con quella secondo cui la natura delle cose avrebbe il rango di fonte sussidiaria cui si ricorre solo ove un caso non trovi una regolamentazione alla luce delle altre fonti dell'ordinamento<sup>7</sup>.

Invero, spesso i giuristi naturalisti affermano che la natura delle cose soccorre solo come strumento di integrazione nei casi in cui il diritto presenta lacune. Tuttavia la loro lettura idiosincratice del rapporto tra un concetto giuridico e il suo referente nella realtà sociale si ripercuote sull'individuazione dei modi in cui il diritto può essere lacunoso. Il metodo della natura delle cose infatti consente di individuare lacune in tutti i casi in cui il legislatore ha previsto istituti naturalisticamente ben fondati, ma ha manifestato una conoscenza approssimativa della realtà su cui essi si fondano. È l'immagine, descritta alla fine del capitolo III, di un legislatore “naturalista”, alle

---

5 Mentre la loro funzione ne avrebbe richiesto un uso generalizzato. Vedi C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, cit., pp. 4 e sgg.

6 Si potrebbe suggerire un collegamento tra questa posizione e l'amara – ma filosoficamente pregnante – considerazione di Hart che i benefici arrecati da un diritto che incorpora da quel che egli chiama un contenuto minimo di diritto naturale possono essere limitati a una fascia circoscritta della società, sicché un ordinamento può essere insieme “benefico” e profondamente ingiusto. Vedi H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 233-235.

7 Vedi supra, il § 1 del cap. III.



prese con il tentativo di riprodurre fedelmente le articolazioni della realtà sociale che soggiace a questa possibilità estremamente ampia di individuare “lacune” o “difetti” nella legislazione.

L’aspetto più sorprendente del metodo della natura delle cose (e che mi ha portato a parlare di un metodo *naturalistico*) è probabilmente la credenza che esso incorpora che l’individuazione del diritto adeguato a un determinato insieme di circostanze storiche e sociali sia un’impresa genuinamente conoscitiva e sia anzi frutto della conoscenza di una realtà empirica. Molti critici, per sottolineare l’implausibilità di questo aspetto, hanno fatto appello all’argomento della fallacia naturalistica. Come ho sostenuto nel corso del lavoro credo che non ci siano dubbi sul fatto che il riconoscimento della intrinseca normatività di alcuni fatti naturali sia una necessità per il metodo della natura delle cose.

È interessante che i giuristi naturalisti cerchino di soddisfare questo requisito includendo in qualche modo nella sfera di ciò che è naturale le istituzioni e le pratiche che caratterizzano un gruppo sociale. La presenza, per lo più implicita, nel loro pensiero di una nozione comprensiva di ‘natura’ che ricalca il pensiero aristotelico e scolastico non è sorprendente se si tiene conto della genesi storica del tema della natura delle cose nella cultura giuridica. Nell’introduzione di questo lavoro ho ricostruito per sommi capi quella vicenda e ho fornito alcune indicazioni bibliografiche utili al lettore che volesse approfondirla.

In ogni caso, in nessun punto della mia analisi ho dato per scontata quella nozione di ‘natura’ e anzi ho assunto per un lungo tratto un atteggiamento agnostico nei confronti della difficile questione della definizione di ‘natura delle cose’, invertendo una tendenza diffusa a proporre (o, peggio, ad assumere surrettiziamente) una definizione come primo passo dell’analisi. Un intreccio di tesi collegate all’idea di natura è emerso un pezzo alla volta, come conseguenza del tentativo di rendere conto di alcune operazioni tipiche del metodo della natura delle cose: dapprima nell’immagine del legislatore naturalista, intento a usare lo strumento giuridico come un flessibile “regolo lesbio” che si adatta a rilievi e concavità naturali e restituisce un quadro affidabile della realtà che intende regolare<sup>8</sup>; quindi nella convinzione che si possano fare scoperte *a posteriori* circa la vera natura di una pratica che il diritto incorpora e che le definizioni legislative siano frammenti di teorie su tale vera natura; infine nell’ulteriore convinzione che esista qualcosa come una storia naturale delle società umane<sup>9</sup> che si può descrivere in termini di funzioni che l’agire sociale consente di perseguire.

---

8 La metafora del regolo lesbio, risalente all’*Etica Nicomachea* di Aristotele, ricorre più volte nel testo, accanto a quella platonica di una corrispondenza tra i confini dei nostri concetti e le nervature naturali delle cose.

9 Sull’idea di storia naturale di una specie vivente e sulla sua estensione al caso delle società umana vedi

## Bibliografia

- AA.VV., *Filosofia del linguaggio*, Milano, Cortina, 2003
- ALCHURRON C., E. BULYGIN, *Sistemi normativi* (1971), Torino, Giappichelli, 2005
- ALEXY R., A. PECZENIK, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, in *Ratio Juris*, 3, 1990
- ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998
- ALPA G., *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996
- AMSELEK P., N. MCCORMICK, *Controversies About Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1991
- ANSCOMBE G.E.M., *Intention*, Oxford, Blackwell, 1957
- ANSCOMBE G.E.M., "Under a Description" (1979), rist. in *Collected Philosophical Papers*, vol. 2, Oxford, Blackwell, 1981
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, Bompiani, 2003
- ASCARELLI T., *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955
- ASCARELLI T., *Saggi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952
- ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), in *Problemi giuridici*. Vol. I, Milano, Giuffrè, 1959
- ASCARELLI T., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, in *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959
- ASQUINI A., *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico*, Quarta serie, Vol. I, 1921
- AUSTIN J.L., *Saggi filosofici*, Milano, Guerini e Associati, 1990
- AZZONI G., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, CEDAM, 1988
  
- BAR-HILLEL Y., *Espressioni indessicali* (1954), in A. Bonomi (a cura di), *La struttura logica del linguaggio*, pp. 455-477
- BARATTA A., *Natura del fatto e giustizia materiale*, Milano, Giuffrè, 1968
- BARATTA A., *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 36, 1959
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, Il

---

supra, cap. IV, §4.

- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2004
- BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Londra, Athlone Press, 1970
- BIX B., *Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?*, in *Ratio Juris*, 3, 16, 2003
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996
- BOBBIO N., *La natura delle cose* (1958), in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 4<sup>a</sup>ed., Milano, Edizioni di Comunità, 1984
- BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, CEDAM, 1942
- BOBBIO N., *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1969
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Milano, Giuffrè, 2006
- BODEI R., *La vita delle cose*, Roma-Bari, Laterza, 2009
- BONOMI A. (a cura di), *La struttura logica del linguaggio*, Milano, Bompiani, 2001
- BRENONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, Laterza, 1998
- BRINK D.O., *Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review*, in *Philosophy and Public Affairs*, 17, 1988, pp. 105-148
- BURGE T., *Philosophy of Language and Mind: 1950-1990*, in *The Philosophical Review*, 101, 1992, pp. 3-51
  
- CALVO R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contratto e impresa. Europa*, 3, 2003
- CASALEGNO P., *Filosofia del linguaggio*, Roma, Carocci, 1996
- CAZZETTA G., *Responsabilità civile e abuso del diritto tra Otto e Novecento* (in corso di pubblicazione)
- CELANO B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994.
- CERUTTI S., *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime (Torino XVIII secolo)*, Milano, Feltrinelli, 2003
- CHIASSONI P., *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009

- CHIASSONI P., *L'utopia della ragione analitica*, Torino, Giappichelli, 2005
- CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007
- CHIASSONI P., *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi (giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)*, in S. Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*
- COLEMAN J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oup, 2001
- COLIVA A., (a cura di), *Filosofia analitica*, Roma, Carocci, 2007
- CONTE A.G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1967
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, CEDAM, 1970
  
- DEL VECCHIO G., *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, Quarta serie, vol. I, 1921
- DENNETT D., *Breaking the Spell*, London, Penguin, 2007
- DI LUCIA P., *Normatività. Diritto, linguaggio, azione*, Torino, Giappichelli, 2003
- DI ROBLANT E., *Sui principi di giustizia*, Milano, Giuffrè, 1961
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999
- DONNELLAN K.S., *Reference and Definite Descriptions*, in *The Philosophical Review*, 75, 1966, pp. 281-304
- DREIER R., *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, Berlino, De Gruyter, 1965
  
- EHRLICH E., *Über Lücken im Rechte* (1888), in Id., *Recht und Leben*, Berlino, 1967
  
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima*, Milano, Giuffrè, 1992
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2001
- FIFOOT C., *Lord Mansfield*, Oxford, Clarendon Press, 1936
- FINNIS J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980
- FORIERS P., *La motivation par référence à la nature des chose* (1978), in Id., *Le pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982
- FOOT P., *La natura del bene* (2001), Bologna, Il Mulino, 2007
- FOOT P., *Virtù e vizi*, Bologna, Il Mulino, 2008

- FREGE G., *Senso e significato* (1892), in AA VV, *Filosofia del linguaggio*, Milano, 2003
- GALGANO F., *Lex Mercatoria* (5<sup>a</sup> ed.), Bologna, Il Mulino, 2010
- GALGANO F., F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, CEDAM, 2010
- GARZÓN VALDEZ E., *La naturaleza de la cosa* (1970), in Id., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 13<sup>a</sup> ed., Napoli, ESI, 2007
- GENY F., *Science et Technique en Droit Privé Positif*, Paris, Sirey, 1922
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, Pichon, 1954
- GEORGE R.P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994
- GIANFORMAGGIO L., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008
- GIANFORMAGGIO L., *L'analogia giuridica* (1985), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*
- GIANFORMAGGIO L., *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione*, in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*
- GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del diritto commerciale*, trad. di V. Pouchain e A. Scialoja, Torino, UTET, 1913
- GOMETZ G., *Le regole tecniche*, Pisa, ETS, 2008
- GRECO V., *L'interpretazione evolutiva della legge*, Firenze, L'autore Libri Firenze, 2006
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006
- GROSSI P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1968
- GROSSI P., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000
- GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992
- GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio*, Torino, Giappichelli, 2001
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004
- GUASTINI R., *Marx. Dalla filosofia del diritto alla scienza della società*,

Bologna, Il Mulino, 1974

- HAMPSHIRE S., *Perception and Identification*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. XXXV, 1961
- HARE R.M., *Philosophical Discoveries*, in *Mind*, 69
- HARE R.M., *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002
- HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963
- HACKER P.M.S., J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, OUP, 1977
- HAYEK F. VON, *Legge, legislazione e libertà* (1973), Milano, 2000
- HONORÈ Y., *Real Laws*, in P.M.S. HACKER e J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, 1977
- HUDSON W.D. (ed.), *The is/ought question*, London-Basingstoke, Macmillan, 1969
- HURSTHOUSE R., G. LAWRENCE, W. QUINN (eds.), *Virtues and Reasons. Philippa Foot and Moral Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1995
  
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato* (4<sup>a</sup> ed.), Roma-Bari, Laterza, 2008
- IRTI N., *Scuole e figure del diritto civile*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2002
  
- JORI M., A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995
- JORI M., *Del diritto inesistente*, Pisa, ETS, 2011
- JORI M., *Empirismo e dogmatica giuridica*, in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*
- JORI M., *I concetti di diritto nel pensiero giuridico*, in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*
- JORI M., *Il formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1980
- JORI M., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985
  
- KAUFMANN A., *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo* (1965), Napoli, Vivarium, 2004
- KAUFMANN A., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 2003
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934) Torino, Einaudi, 1952
- KRIPKE S., *Nome e necessità*, Torino, Bollati-Boringhieri, 1982

- KRIPKE S., *Nomi e riferimento*, in Aa.Vv., *Filosofia del linguaggio*
  
- LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966
- LEITER B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2007
- LOCKE J., *Saggio sull'intelligenza umana* (1690), Roma-Bari, Laterza, 2006
- LORINI G., *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Padova, CEDAM, 2000
- LORINI G., Praxeografia. *Descrivere un'azione vs. descrivere un atto costituito-da-regole*, in AA.VV., *Le culture di Babele. Saggi di antropologia filosofico-giuridica*, Milano, Medusa, 2008, pp. 115-134
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990
- LUZZATI C., *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino, Giappichelli, 2010
- LYCAN W., *Filosofia del linguaggio. Un'introduzione contemporanea*, Milano, 2002
  
- MACKIE J.L., *Etica: inventare il giusto e l'ingiusto* (1977), Torino, Giappichelli, 2001
- MAIHOFER W., *Die Natur der Sache*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1958
- MASCHI C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti romani*, Milano, Vita e Pensiero, 1937
- MAUSS M., *Saggio sul dono* (1923), Torino, Einaudi, 2002
- MCCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978
- MCCORMICK N., *Dworkin as Pre-Benthamite*, in *The Philosophical Review*, 4, vol. 87, 1978
- MCDOWELL J., *Mind and World*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996
- MERONI M., *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, Giuffrè, 1989
- MERUSI F., M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003
- MERUSI F., *Diritto contro economia*, Torino, Giappichelli, 2006
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007
- MILANI F., *La natura dei fatti e delle cose nei contratti agrari*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario, vol. 1*, Milano, Giuffrè,

- 1954, pp. 655-692
- MOORE M.S., *A Natural Law Theory of Interpretation*, in *Southern California Law Review*, 58, 1985
  - MOORE M.S., *Law as a Functional Kind*, in R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*
  - MOORE G.E., *Principia Ethica*, London, Cambridge University Press, 1903
  - MORESO J.J., *Tomates, Hongos y significado jurídico*, in J.J. Moreso, L. Prieto Sanchis, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
  - MORESO J.J., L. PRIETO SANCHIS, J. FERRER BELTRÁN, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundacion Coloquio Juridico Europeo, 2010
  - MORRA N., voce *Natura delle cose*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1965
  
  - OMAGGIO V., voce *Natura della cosa*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. VIII, Milano, Bompiani, 2006
  - ORRÙ G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, III-IV, 1977
  - ORRÙ G., *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Torino, Giappichelli, 1988
  
  - PASSERINI GLAZEL L., *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, Quodlibet, 2005
  - PATRUNO L. *La "natura delle cose"*, (saggio online, URL <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Patrano-Natura.pdf>)
  - PELLICCIOLI L., V. VELLUZZI (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, ETS, 2011
  - PERELMAN C., L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966
  - PINO G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010
  - PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990
  - PIOVANI P., *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953
  - PUTNAM H., *'Il significato di 'significato'*, in Id. *Mente, linguaggio e realtà*, Milano, 1987
  
  - W.V.O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays*, New York, Columbia University Press, 1969



- RADBRUCH G., *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in RIFD, 19, 1941
- RADBRUCH G., *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1948
- RADBRUCH G., *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in RIFD, 19, 1941
- RADBRUCH G., *Lo spirito del diritto inglese* (1958), Milano, Giuffrè, 1962
- RAZ J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford, OUP, 2009
- RAZ J., *The Authority of The Law* (2<sup>nd</sup> ed.), Oxford, OUP, 2009
- RAZ J., *Practical Reason and Norms* (2<sup>nd</sup> ed.), Oxford, OUP, 1999
- RAZ J., *Autorità diritto e morale* (1994), in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005
- RICCIARDI M., *Ritorno del diritto naturale?*, in A. CAMPODONICO (a cura di), *Tra legge e virtù*, Genova, Il Melangolo, 2004, pp. 159-180
- RICCIARDI M., *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, 2008
- RICCIARDI M., *Diritto naturale minimo*, in A. Coliva (a cura di), *Filosofia analitica*
- RICCIARDI M., *Virtù e fioritura umana. Un'indagine sulla seconda natura*, in Προβλήματα, III, 2003, pp. 141-155
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, Il Mulino, 1981
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947
- ROSS A., *Tû-Tû* (1951), in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 165 ss.;
- ROSS A., *Diritto e giustizia*(1958), Torino, 2001
- RUSSELL B., *On Denoting*, in *Mind*, 1905, pp. 479-493
- RUSSELL B., *The Philosophy of Logical Atomism*(1972), Londra-New York, Routledge, 2010
- RYLE G., *Il concetto di mente* (1949), Roma-Bari, Laterza, 2007
- SACCO R., *Antropologia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007
- SACCO R., *Il diritto non scritto*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco. I.2. Le fonti non scritte*, Torino, UTET, 2005, pp. 3-78
- SACCO R., voce *Crittotipo*, in *Digesto italiano*, vol V, Torino, 1989
- SANDULLI A., *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del*

- legislatore*, in *AIPDA, Annuario 2004*, Milano, 2005
- SANTINI G., *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979
  - SAVIGNY F.K. VON, *Antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1980
  - SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, ESI, 1965
  - SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milano, Giuffrè, 1985
  - SCARPELLI U. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1976
  - SCHAUER F., *Di tutta l'erba un fascio*, Bologna, Il Mulino, 2010
  - SCHAUER F., *Le regole del gioco* (1990), Bologna, Il Mulino, 2000
  - SCIALOJA A., *Sistema del diritto della navigazione*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, s.d.
  - SCIALOJA V., *Studi giuridici. III*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932
  - SEARLE J., *How to Derive 'Ought' from 'Is'* (1964), in W.D. Hudson (ed.), *The is/ought question*, pp. 120-134
  - SEARLE J., *La costruzione della realtà sociale*, Torino, Einaudi, 2006
  - SEARLE J., *Proper Names*, in *Mind*, 67, 1958, pp. 166-173
  - STAVROPOULOS N., *Hart's Semantics*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, pp. 59-98
  - STAVROPOULOS N., *Objectivity in Law*, Oxford, OUP, 1996
  - SPATTINI G.C., "Vere" e "false" golden shares nella giurisprudenza comunitaria. La deriva "sostanzialista" della Corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2008
  - STONE J., *The Nature of Things on the Way to Positivism?*, in *Archiv für Rechts und Sozial-philosophie*, 44, 1964
  - STRATENWERETH G., *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957
  - STRAWSON P.F., *Identifying Reference and Truth-Values*, in Id., *Logico-Lingustic Papers*
  - STRAWSON P.F., *Individuals. An essay in descriptive metaphysics* (1959), London, Routledge, 1996
  - STRAWSON P.F., *Logico-Lingustic Papers*, Aldershot, Ashgate, 2004
  - STRAWSON P.F., *Perception and Identification*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. XXXV, 1961

- TAMMELO I., *La natura dei fatti come “topos” giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 11, 1963
- TARANTINO A., *La problematica odierna della natura delle cose* (2<sup>a</sup> ed.), Milano, Giuffrè, 2008
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980
- THOMPSON M., *Life and Action*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2010
- THOMPSON M., *The Representation of Life*, in R. Hursthouse, G. Lawrence, W. Quinn (eds.), *Virtues and Reasons. Philippa Foot and Moral Theory*, pp. 247-296
  
- UNGARI P., *In memoria del socialismo giuridico. I. Le scuole del diritto privato sociale*, in *Politica del diritto*, 2, 1970
  
- VELLUZZI V., *Analoga giuridica, eguaglianza e giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, rivista online (URL <http://www.lex.unict.it/tcrs/numero/2009/velluzzi.pdf>)
- VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto* (testo della relazione tenuta al Convegno nazionale della Società Italiana di Filosofia del diritto, Torino, 16-18 settembre 2008), in *Criminalia*, 2008
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002
- VELLUZZI V., *Le clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2010
- VILLA V., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 1993
- VILLEY M., *Il concetto «classico» di natura delle cose*, in *Jus*, 18, 1967, pp. 28-46
- VILLEY M., *Law in Things*, in P. Amselik, N. McCormick, *Controversies About Law's Ontology*
- VIOLA F., G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003
- VIVANTE C., *I Difetti sociali del Codice di Commercio. Prolusione* (1899), rist. anast. 2011, La Vergne, Kessinger
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, 4<sup>a</sup> ed., vol. I, Milano, Vallardi, 1911
  
- WILLIAMS B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, London – New York, 1985
- WITTGENSTEIN L., *Libro blu e libro marrone* (1958), Torino, Einaudi, 1983

- WRIGHT G.H. VON, *Norma e azione*, Bologna, Il Mulino, 1989
- ZACCARIA G., *L'analogia come ragionamento giuridico* (1989), in L. Pelliccioli, V. Velluzzi, *L'analogia e il diritto, antologia breve*
- ZORZETTO S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2008