

I.

IL “CASO GIURIDICO”. INTRODUZIONE AL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Posizione della domanda. – 2. Retroduzione e analogia. – 3. Impostazione del lavoro.

1. *Posizione della domanda*

Il concetto di «caso giuridico» ha rappresentato un tema costante di discussione all’interno della filosofia del diritto, se pure di rado abbia ricevuto trattazioni ad esso specificamente dedicate. Se la riflessione giusfilosofica è più volte ritornata sui motivi e le questioni inerenti al problema di un “diritto del caso singolo” – il quale, tradizionalmente, ha corrisposto alla definizione di equità, in quanto contrapposta alla *regula juris*¹ –, è però soltanto a parti-

¹ Sul punto, per un’introduzione ai diversi significati di “equità” nella storia e nella teoria del diritto, cfr. V. Frosini, *Equità (Nozione di equità)*, in «Enciclopedia del diritto», XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 69 ss.; M. Barberis, *Equità*, in «Il Mulino», XXXV, 2, 1986, pp. 304-312; O. Bucci, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, ESI, 2000; L. Solidoro Maruotti, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’aequitas. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2013. Il problema che qui affronteremo consente, tuttavia, di prescindere dall’opposizione tra equità e *regula iuris* nella giurisprudenza, nella misura in cui se, per il giudice, ossia nella sua “applicazione”, il diritto è sempre – in senso stretto – diritto del caso singolo, allora il problema, dal punto di vista teorico, non si articola più a partire dal problema di quell’opposizione, bensì come questione relativa al concetto stesso di caso *singolo*. Resta, tuttavia, la complessità dei rapporti tra equità e di giustizia, che non può risolversi nell’ambito del presente studio. Per una presentazione e discussione di tale tema si rinvia, da ultimo, a F. Viola, *Equità e giustizia*, in M. Ferrari (a cura di), *Il problema della giustizia*, Milano, Mimesis, 2017, pp. 79-94.

re dall'affermarsi, soprattutto dalla fine del XIX secolo, di movimenti e scuole "antiformaliste" che il tema è stato problematizzato e indagato in modo esplicito.

Lo stesso dibattito in corso nella filosofia del diritto, anche italiana, ha del resto visto una sempre maggior attenzione per i processi di creazione e produzione del diritto "nel caso concreto", nella convinzione che non soltanto il «cuore della funzione giudiziale», e con essa del diritto, consista nel «rendere giustizia alle persone nel caso concreto»², ma anche che il «caso al posto della regola» costituisca in fondo la «ragion d'essere» stessa del diritto³.

Pure, le stesse soluzioni e proposte presenti nelle correnti che hanno più insistito sulla rilevanza teorica del "caso" singolo – in particolare, il realismo giuridico americano e l'ermeneutica giuridica tedesca – vanno oggi ripensate, nella convinzione che esse non siano riuscite a delineare in maniera chiara il problema essenziale cui questo testo è dedicato.

La domanda che cercheremo di articolare, nel corso del testo, è infatti la seguente: che cosa significa, propriamente, diritto *del caso*? Come pensare il diritto del caso *in quanto caso*, in quanto caso singolare? "Singolare" non dice la stessa cosa di "particolare", ed è a partire da questa distinzione che, nel corso del presente lavoro, si tenterà di mettere in questione l'idea che il rapporto tra norma e caso possa essere articolato nel senso di un'"applicazione" della prima al secondo. L'applicazione presuppone – come vedremo – che il singolare non venga mai considerato *in quanto tale*, ma soltanto nella misura in cui esso venga iscritto all'interno di una "classe" di cui costituirebbe un "caso".

Laddove, pertanto, il singolare indica il caso "come tale", come ciò che non è altro che se stesso, l'idea di un "diritto del caso", per come tradizionalmente intesa, sembra invece restare interna ad una logica diversa: non vi sarebbe modo di risolvere, di decidere, di giudicare un caso, se non facendone un caso "particolare" di una regola, di una norma da applicare⁴.

² M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 194.

³ F. Viola, *La legalità del caso*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, ESI, 2007, p. 317.

⁴ Comunemente, infatti, dire "un caso" – come osservava già Hans Lipps –

Si tratta di questioni e di aspetti che andranno, ovviamente, pensati e discussi con ordine. Eppure possiamo evidenziare fin d’ora come, laddove il caso fosse inteso semplicemente come ciò che forma la previsione di una legge, esso non verrebbe mai colto nella sua singolarità, ma sempre e soltanto come caso “particolare”⁵. Al contempo, però – ed è questo l’aspetto essenziale del problema che qui si intende affrontare – il caso non sembra mai poter venire ad esistenza senza il ricorso ad una (o più) norme che lo determinino, appunto, come caso “giuridico”.

Non saremo, allora, sempre destinati a seguire un movimento “circolare” nel corso del quale il caso diverrebbe sempre caso *di* quella norma (anche se non di fonte “legale”)⁶ che esso stesso consente di individuare come norma *del* caso? La relazione tra norma e caso, in altri termini, sembra sempre articolarsi all’interno di una circolarità in cui:

(a) da una parte, non c’è norma se non *nel e del* caso; non c’è norma, cioè, se non a partire da quel caso concreto che, accadendo, le consente di essere enunciata come norma di quel caso (la norma *segue*, dunque, logicamente il caso);

significa dire “un caso *di* ...”, caso cioè di una norma per il quale è esso tale: esso sarebbe, in altri termini, ciò che appunto “cade” al di sotto di una norma che lo comprenderebbe come “proprio” caso particolare. Cfr. H. Lipps, *Beispiel, Exempel, Fall und das Verhältnis des Rechtfalles zum Gesetz*, in Id., *Die Verbindlichkeit der Sprache*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1977³, p. 49: «In den üblichen Darstellungen der Logik erscheint “ein Fall” als gleichbedeutend mit “ein Fallo von ...”, nämlich von einem Begriff, der als Allgemeinbegriff einfach das enthält, was “unter ihn fällt”».

⁵ Correttamente F. Viola, *Le sfide del diritto contemporaneo alla scienza giuridica*, in L. Vacca (a cura di), *Scienza giuridica e prassi*, Napoli, Jovene, 2011, p. 84 osserva: «Il primato del caso mette in crisi il concetto tradizionale di legalità. Questa si basa sull’esigenza della generalizzazione, cioè della costruzione di categorie entro cui sussumere i casi singoli. La regola che si applica al caso concreto deve essere valevole per tutti i casi appartenenti alla stessa categoria».

⁶ Intendo pertanto, qui, “norma *in senso stretto*”, ossia «prescrizione dotata di struttura condizionale», in cui l’antecedente si riferisce sempre ad una «classe di circostanze di fatto» (R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 34). Per i significati di norma, cfr. anche R. Guastini, *Intorno all’uso di «norma» nel linguaggio giuridico*, in «Nuova civiltà delle macchine», III, 3-4, 1985, pp. 47-54. Nel prosieguo del testo, si farà ricorso anche al termine “regola”, con significato identico, salvo quanto verrà precisato al termine della trattazione dedicata al realismo giuridico.

(b) dall'altra, non c'è caso se non *per* la norma, perché è essa che lo riconosce come tale, come “caso” della sua applicazione (il caso *seguirebbe* sempre logicamente la norma, in quanto sarebbe, appunto, tale solo se *costituito* dalla norma come il proprio “caso”).

Si può certamente ammettere che non vi sia norma giuridica, non vi sia regola, se non a partire dal verificarsi del caso concreto⁷. Nel momento in cui, tuttavia, la norma viene ad esistenza, nel corso del giudizio, essa sembra destinata ad essere impiegata come regola che in quel caso trova la propria applicazione, facendo pertanto di esso un suo caso “particolare”. Ma, in questo modo, non si sarà affatto realizzato il diritto del caso, il diritto cioè che è *proprio* di quel caso nella sua singolarità; ciò che avrà trovato realizzazione, piuttosto, sarà stata la regola, la norma, in quanto applicata al caso che pure l'ha resa possibile. Il caso, in altri termini, «lascia così il posto alla regola del caso»⁸.

Il diritto non sarà, in definitiva, più proprio del caso in quanto accadimento *singolare*, ma sarà il diritto di quel caso in quanto considerato come caso *particolare* di una regola.

La distinzione tra singolare e particolare andrà, ovviamente, approfondita nel corso del testo. Con “particolare”, intendo riferirmi ad un “caso” quando esso viene considerato come tale solo in quanto rientrante all'interno di una *classe* di casi previamente o successivamente identificata (in quanto “caso di ...”); con “singolare”, intendo invece riferirmi alla possibilità che il caso, nella sua individualità, venga considerato in quanto tale.

⁷ Ciò, ovviamente, accettando l'idea che anche la dottrina – e in particolare la filosofia del diritto – possa costituirsi come pratica di interpretazione orientata ai casi concreti. Critico, rispetto a tale concezione, è l'orientamento di chi insiste, per contro, sul fatto che una simile impostazione trascurerebbe quel lavoro dottrinale sia di «interpretazione in astratto» – che «consiste nell'interrogarsi sul significato (o sui significati) di un testo normativo senza riferimento ad alcun caso concreto» e che certamente «è pratica comune dei giuristi accademici» –, sia di «interpretazione meramente cognitiva» – che consiste invece «nell'identificare i possibili significati di un testo normativo, senza sceglierne alcuno» (R. Guastini, *Discutendo di ermeneutica giuridica*, inedito, in corso di pubblicazione).

⁸ F. Barra, *Decidere «per caso»*, in «Politica del diritto», 4, 2013, p. 568; A. Corbino, *Caso, diritto e regola. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, in «Revue Internationale des Droits de l'Antiquité», 61, 2014, pp. 47-82.

È vero che in un metodo “casistico”, come quello proprio della giurisprudenza romana, è solo attraverso un processo di progressive astrazioni, di caso in caso, che la norma viene infine formulata⁹. Ma, una volta venuta ad esistenza, quella regola sarà tale per essere stata la norma di quei casi che hanno reso possibile ricavarla. Essi non saranno altro, a quel punto, che i casi particolari ai quali la norma avrà trovato applicazione. Per quanto, cioè, la decisione del caso possa precedere nel tempo la formulazione della relativa regola, quest’ultima, logicamente, sarà infine prodotta come regola di quel caso.

Se allora la logica (e l’ideologia) della sussunzione costituisce, oggi, un tema su cui non occorre tornare criticamente, altro discorso deve invece farsi con riguardo all’applicazione della norma giuridica al caso concreto. Occorre non confondere i due aspetti. In campo giuridico, si ricorre solitamente al termine “sussunzione” per rappresentare «il processo di individuazione del diritto nelle forme di un sillogismo, soprattutto di un sillogismo giudiziale, al fine di garantire un esito certo, razionale, logico, unico di ogni procedimento giuridico»¹⁰. La critica al modello sussuntivo è, pertanto, essenzialmente finalizzata alla critica del «formalismo nell’applicazione del diritto», ossia dell’idea «di poter applicare le norme attraverso inferenze logiche o catene di inferenze logiche»¹¹. Essa non giunge, però, a criticare l’idea che la pratica giuridica si configuri come applicazione delle norme. Anche quanti hanno maggior-

⁹ F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934; trad. it. a cura di V. Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 34. Occorre da subito precisare, tuttavia, come la nostra ricerca riguardi il concetto di “caso giuridico” quale problema di una *filosofia* del diritto (e della giurisprudenza), e non passi, pertanto, in alcun modo per il “recupero” di una certa tradizione storica, come quella della giurisprudenza romana, il cui “metodo” viene spesso presentato – nell’ambito degli stessi studi romanistici – come “casistico”. Cfr., per un’introduzione, L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1976; T. Giaro, *L’art de comparer les cas*, in «*Studia et documenta historiae et iuris*», 60, 1994, pp. 507-531.

¹⁰ F. Riccobono, *Sussunzione e discrezionalità nella individuazione del diritto. Momenti di un percorso antilogicistico nella teoria giuridica novecentesca*, in «*Sociologia*», 2, 2009, p. 31.

¹¹ U. Scarpelli, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in Id., *Etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, p. 252.

mente insistito sulla natura “casistica” della scienza giuridica, non hanno, in fondo, dubitato che sia «il discorso applicativo» a «ricondurre i casi concreti al significato delle regole»¹². Da questo punto di vista, si potrebbe affermare che il pensiero filosofico-giuridico non abbia mai messo in discussione, almeno a partire dalla definizione dell’applicazione come *imputatio*¹³, l’idea che la relazione tra norma e caso si risolva, sempre, in un rapporto di «applicazione in senso stretto» (*applicatio, Anwendung*) della prima al secondo.

Nella teoria generale del diritto contemporanea, la «definizione standard di applicazione di una norma a un caso» consiste nel pensare l’applicazione come «sussunzione del caso individuale sotto il caso generico disciplinato dalla norma, con il fine di attribuire le conseguenze giuridiche del caso generico al caso individuale»¹⁴. Se, pertanto, la regola, per quanto ricavata a partire dal

¹² A. Baratta, *Ricerche su essere e dover essere nell’esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 74.

¹³ A partire dal XVIII secolo, *adplicatio* indica *imputatio*, dove imputare significa, propriamente, *aliquid in alterius rationes, vel expensi tabulas referre*. Se *imputatio* indica l’applicazione della legge al fatto, osserverà Heineccius, essa si strutturerà per *sylogismum*: «*imputatio sit syllogismus vel ratiocinatio, cujus maiorem propositionem lex, minorem actio, conclusionem sententia absolvit*» (J.G. Heineccius, *Elementa juris naturae et gentium*, 1715). Si inaugura qui la tradizione che riprenderà Baumgarten – e, attraverso di lui, Kant – distinguendo l’*imputatio facti* dall’*imputatio legis* e definendo quest’ultima in termini di una “sussunzione” sillogistica del fatto sotto la legge (cd. *sylogismus imputatorius*). Kant, come si è accennato, riprenderà, anche attraverso la lettura di Joachim Georg Daries, l’idea dell’*imputatio legis* come sussunzione, o *applicatio legis ad factum sub lege sumtum*. Sul punto, cfr. J. Hruschka, *Zur Logik der Zurechnung in der Vigilantius-Nachschrift*; Id., *Kant und der Rechtsstat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, Freiburg/München, Karl Alber, 2015, pp. 151-169. Si veda anche, dello stesso autore, *Die species facti und der Zirkel bei der Konstitution des Rechtsfalles in der Methodenlehre des 18. Jahrhunderts*, in J. Schröder (a cura di), *Theorie der Interpretation vom Humanismus, bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie*, Stuttgart, Franz Steiner, 2001, pp. 203-214.

¹⁴ P. Comanducci, *Alcuni problemi relativi alla applicazione del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 10, 2010, p. 133. Per “applicazione di una norma” si intende, pertanto, «l’uso di una norma da parte degli organi dell’applicazione al fine di giustificare una decisione autoritativa; una norma è applicata quando figura nelle motivazioni che accompagnano le decisioni autoritative

caso, è sempre destinata ad “applicarsi” ad esso¹⁵, a diventare “regola del caso”, il caso stesso finirà per venire, in ultima istanza, “riportato” sotto la regola.

Per questa ragione il concetto di caso – in quanto caso “particolare” di una norma – non è stato, di per se stesso, messo in questione neppure dall’avvenuto riconoscimento, comune ormai nella cultura giuridica sia americana che europea, che tra processo di applicazione del diritto e attività creativa da parte dell’interprete non sussista una rigida separazione. Anche le teorie che, con differenti argomentazioni, hanno più insistito sulla cosiddetta “indeterminatezza” delle regole e sul fatto che nessuna norma potrebbe mai determinare il proprio ambito di applicazione, non giungono a negare che una norma, una volta creata, sia sempre e comunque destinata ad essere applicata al caso¹⁶.

degli organi dell’applicazione» (G. Pino, *L’applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 11, 2011, p. 809). Cfr. anche R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 432: «Applicare una regola vuol dire usarla quale premessa in un ragionamento deduttivo la cui conclusione è un precetto individuale e concreto». Non è certo questa la sede per affrontare la distinzione tra applicabilità e applicazione, e tra creazione e applicazione del diritto. Ci limitiamo, qui, ad evidenziare come, dal punto di vista teorico, ciò che vorremmo mettere in questione è l’idea che nella decisione di un caso concreto la norma, la regola, non possa che essere “applicata”, non trovi altra funzione, in ultima istanza, che quella della sua applicazione ad esso. Per un tentativo – differente però da quello qui proposto – di definire l’“applicazione” secondo un approccio “istituzionale” non come sussunzione della condotta nella norma, ma come qualificazione del caso mediante istituto, si veda l’interessante lavoro di L. Di Carlo, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹⁵ Da questo punto di vista, la distinzione kantiana tra giudizio determinante e giudizio riflettente resta del tutto interna a tale concezione. Come osserva correttamente P. Ricoeur, *Il momento della decisione nell’atto medico e nell’atto giudiziario*, in Id., *Il Giusto*, II, trad. it. a cura di D. Iannotta, Cantalupa, Effatà, p. 260: «[...] giudicare significa collocare un caso singolo al di sotto di una regola: è quello che Kant chiama giudizio determinante, quando si conosce la regola meglio della sua applicazione. Ma significa anche cercare una regola per il caso, quando si conosce il caso più che la regola: per Kant questo è il giudizio riflettente». In entrambi i modi, tuttavia, la relazione fondamentale resta quella determinata dall’“applicazione” della regola al caso, e dunque dalla qualificazione del caso come “caso della regola”. Se, nel giudizio riflettente, il caso «genera la propria normatività», come scrive altrove ancora Ricoeur, ciò significa che esso *fa di se stesso* il caso di una regola, a cui una regola si applica.

¹⁶ Sul dibattito, si rinvia ai lavori di J.L. Coleman-B. Leiter, *Determinacy, Ob-*

L'indagine qui proposta intende, diversamente, riflettere sulla possibilità di delineare una relazione tra regola e caso che non si risolva nell'applicazione dell'una all'altro, e che consenta di non fare del caso il "caso di una regola". O, nei termini cui d'ora in avanti ci riferiremo: che consenta di giungere ad una giurisprudenza del *singolare*, e non del *particolare*.

È evidente, del resto, come un diritto del caso non possa comunque prescindere dal riferimento, dal venire in gioco di (almeno) una regola (o norma), e per tale ragione la questione – complicandosi – diventa qui: come far sì che la giurisprudenza possa dire il diritto del caso, il quale implica e presuppone necessariamente la presenza di una regola, senza farne il caso *di* una regola, senza "riportarlo" alla regola? Che posizione e funzione riveste, qui, la regola, il ricorrere di una norma, se essa deve restare irriducibile ad ogni logica della "sussunzione" e alla stessa idea di "applicazione" della norma al caso?

2. Retroduzione e analogia

Il tentativo qui intrapreso di ripensare la relazione tra caso e regola secondo una logica diversa da quella dell'"applicazione", seguirà due percorsi differenti, i quali consentiranno di individuare due strategie complementari.

Nella prima parte del libro, sarà discusso quello che definiremo il *modello realista* del caso giuridico. A partire dalla riflessione propria del realismo giuridico statunitense (sulla linea, per intendersi, definita dai lavori di autori quali Llewellyn e Frank)¹⁷, ver-

jectivity, and Authority, in A. Marmor (a cura di), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 203-278; D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* (fin de siècle), Cambridge, Harvard University Press, 1997. Per l'Italia, cfr. M. Barberis, *Seguire norme giuridiche, ovvero: cos'avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell'interpretazione giuridica?*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 32, 1, 2002, pp. 245-273; A. Schiavello, *Modest Objectivity ed interpretazione del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2001, pp. 23-52.

¹⁷ Vale la pena precisare come, con il termine "realismo giuridico", intenderemo nel corso del presente lavoro esclusivamente la posizione propria del cosiddetto "realismo giuridico americano", pur tenendo conto di come oggi, in

rà presentata una rilettura delle concezioni del diritto e della giurisprudenza proprie di tale corrente di pensiero attraverso il confronto e le corrispondenze con il “pragmatismo” americano classico (Dewey, James, Peirce).

In particolare, è a partire dal concetto di abduzione introdotto da Peirce che tenteremo di fornire un possibile modello di ragionamento giuridico tipico, a nostro avviso, di una mentalità “realista”, nel quale l’«inferenza del caso» viene a costituire il momento centrale e maggiormente significativo del “sillogismo” giudiziale. Ciò condurrà ad una prima sistemazione di alcuni risultati teorici, la quale dovrà, tuttavia, essere ulteriormente elaborata seguendo il passaggio – che è leggibile nella filosofia peirceana – che va dall’abduzione alla «retroduzione».

Nella seconda parte verrà, invece, discusso un possibile *modello ermeneutico* del caso giuridico, il quale muoverà dai temi propri della cosiddetta “ermeneutica giuridica tedesca contemporanea” e, in particolare, dal concetto di “analogia” per come elaborato da Arthur Kaufmann. Obiettivo del lavoro sarà, qui, quello di rileggere il “circolo” (o spirale) ermeneutico tra regola e caso alla luce di una concezione *analogica* del diritto e del ragionamento giuridico.

Il lavoro intende, pertanto, giungere alla definizione di due logiche diverse – ma alternative a quella dell’*applicazione* – che possano però consentire entrambe di pensare il caso giuridico senza ridurlo a “caso di una regola”.

Prima di chiarire ulteriormente i problemi e le questioni cui si è qui solo accennato, occorre dar conto di come vada letta la scelta di affrontare due percorsi differenti – il primo realista (logica della *retroduzione*) ed il secondo ermeneutico (logica *analogica*) – anziché di tentare di elaborare un unico modello teorico in grado di proporsi come valida alternativa a quello logico-sussuntivo. La

filosofia del diritto, l’espressione “realismo giuridico” sia utilizzata per riferirsi ai tre distinti movimenti del «realismo scandinavo, statunitense e “genovese”» (M. Barberis, *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 24-31). Dal punto di vista teorico, inoltre, “realismo giuridico” (o “giusrealismo”), oggi, viene inteso anche per indicare (a) una teoria scettica dell’interpretazione; (b) una ontologia empiristica del diritto; (c) la considerazione della “dottrina” come parte integrante del diritto stesso (cfr., sul punto, R. Guastini, *Il realismo giuridico ridefinito*, in «Revus», 19, 2013, pp. 97-111).

nostra convinzione è che questi due percorsi possano, in concreto, corrispondersi, e non costituiscano tra loro una alternativa¹⁸. E ciò, soprattutto, laddove la distinzione tra *common law* e *civil law* – che potrebbe, in astratto, giustificare la scelta qui seguita – appare, storicamente, meno netta di un tempo, e rappresenta una classificazione ormai ampiamente messa in discussione dalla dottrina¹⁹. Logica retroduttiva (tradizione realista) e logica analogica (tradizione ermeneutica) costituiscono, potremmo dire, due prospettive *complementari*: nessuna delle due prospettive, isolatamente, è cioè in grado di render conto di ciò che l'altra riesce a mostrare, senza, tuttavia, che si dia, nel contempo, una teoria più ampia che possa unificarle.

Eppure, se i modelli teorici proposti mostrano affinità, corrispondenze e convergenze, per poterli elaborare è stato necessario, almeno provvisoriamente, mantenere distinte due tradizioni giusfilosofiche che sono giunte ai risultati a nostro avviso più significativi nel definire il rapporto tra regola e caso secondo percorsi e presupposti giusfilosofici, politici e culturali comunque differenti.

3. *Impostazione del lavoro*

Il testo sarà suddiviso come segue. Nel prossimo capitolo (*Definizioni e funzione del "caso giuridico"*), il quale costituisce un completamento necessario dell'impostazione del problema per come qui delineata, verranno presentate e discusse alcune possi-

¹⁸ La trattazione "parallela" di realismo americano ed ermeneutica tedesca – va precisato – non ha l'obiettivo di verificare "somiglianze" o "legami" concettuali tra i due movimenti. Pure, non si può negare, come è stato sottolineato, un significativo «tratto di strada comune che ermeneutica e realismo hanno percorso, portando a quelle convergenze sul tema del rapporto tra giudice e diritto» (così C. Faralli, *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2004, p. 537).

¹⁹ Per un'introduzione al tema, si vedano i contributi raccolti in F. Carpi (a cura di), *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano, Giuffrè, 2009; J. Gordley, *Common Law v. Civil Law: una distinzione che va scomparendo?*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Milano, Giuffrè, 1994, p. 559 ss. Il testo fondamentale, sul punto, resta quello di H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it. a cura di D. Quaglini, Bologna, Il Mulino, 2006.

bili definizioni del concetto di “caso giuridico” che sono state proposte all’interno della teoria generale del diritto e della filosofia del diritto, al fine di addivenire ad una prima – e provvisoria – determinazione degli elementi fondamentali di tale concetto. Si chiarirà, altresì, la funzione che la ricerca di una nuova definizione concettuale di “caso giuridico” svolge nel presente lavoro, in relazione al ripensamento del rapporto tra regola e caso.

Nel corso dei capitoli III e IV sarà introdotto il primo “modello” di costruzione del caso giuridico, ispirato ad un approccio riconducibile, in ultima istanza, ad alcuni dei caratteri principali e dei risultati concettuali del realismo giuridico americano. In particolare, il capitolo III sarà dedicato a dar conto del passaggio dalla logica “deduttiva” alla logica “abduktiva” nel ragionamento giuridico, per come pensato dai realisti, e dalle conseguenze che ne derivano in termini di rapporto tra le regole e il caso da decidere. Come si tenterà di spiegare, tale passaggio risulta tuttavia insufficiente agli scopi che si sono qui proposti, e richiederà un ulteriore affinamento che si declinerà, con il capitolo IV, nella rielaborazione dell’abduzione nei termini di una logica “retroduktiva”, ricalcata sul pensiero dell’ultimo Peirce. Lo scopo sarà quello di mostrare come soltanto la reinscrizione e la reinterpretazione dell’abduzione attraverso le strategie di pensiero elaborate dal pragmaticismo peirceano (la diagrammatizzazione delle inferenze e il sistema dei grafi) possano condurre realmente a evitare di pensare il caso come caso *di* una regola. Per ovviare alle notevoli difficoltà in cui si incorre inevitabilmente nel confrontarsi con il pensiero di Peirce (e ciò vale, soprattutto, per un filosofo del diritto, al quale non per forza è richiesta una familiarità con tali temi), si è tentato di soffermarsi e di evidenziare quegli aspetti e quei passaggi concettuali strettamente necessari a dar conto di come un modello realista di ragionamento giuridico possa essere ripensato a partire dalla “retroduzione”.

A conclusione di tali capitoli, il concetto di caso giuridico – per come era stato delineato alla fine del secondo capitolo – verrà ridefinito “in senso realista” come l’esito della *trasformazione del risultato per mezzo del ricorso a regole*.

I capitoli V e VI, invece, saranno dedicati a introdurre e affrontare l’altro modello di riferimento della nostra analisi, quello di tipo “ermeneutico”. Ai necessari chiarimenti circa gli autori che costituiranno il nostro riferimento principale e le ragioni della

loro scelta, seguirà una prima presentazione dei concetti indispensabili per pensare il “caso giuridico” dal punto di vista indicato, quali quello di “circolo ermeneutico”, di “concretizzazione” del diritto, di “equiparazione”, etc. La trattazione, tuttavia, si dedicherà presto a riflettere direttamente su alcune delle acquisizioni teoriche riconducibili alla filosofia del diritto di Arthur Kaufmann, per poi passare, con il capitolo VI, a delineare quella che abbiamo chiamato la logica “analogica” alla base del modello ermeneutico di determinazione della relazione tra regola e caso. L’uso di una strategia analogica costituisce, al pari della “retroduzione” propria del modello realista, una alternativa alla logica dell’“applicazione”, ridefinendo anch’essa il caso giuridico, questa volta, come vedremo, come ciò che *si identifica con la regola solo differenziandosi da essa*.

Le due “logiche” così delineate – quella retroduttiva e quella analogica – sono ciò che, come si cercherà di sostenere, consentono di giungere alla costruzione di un concetto di “caso giuridico” che sia in grado di non fare di esso il caso *di* una regola, di reinscriverlo, cioè, all’interno di una logica della sussunzione e applicazione. Nelle conclusioni, verranno infine ripresi i risultati teorici acquisiti nel corso del lavoro, mostrando come a partire da essi possa essere ripensata la relazione tra norma e caso concreto.