



Le abilità
del giurista

Lezione 11
La creatività del
giurista

Prof. Giovanni Pascuzzi

Alcune domande per iniziare

- **Compito del giurista**
 - Imparare a costruire nuova conoscenza
 - Fornire risposte nuove e originali a problemi noti
 - Costruire una strategia difensiva
 - Imparare a rappresentare e trasmettere la nuova conoscenza attraverso la redazione di atti di causa, (e, in generale: saggi, monografie, tesi di laurea etc.)

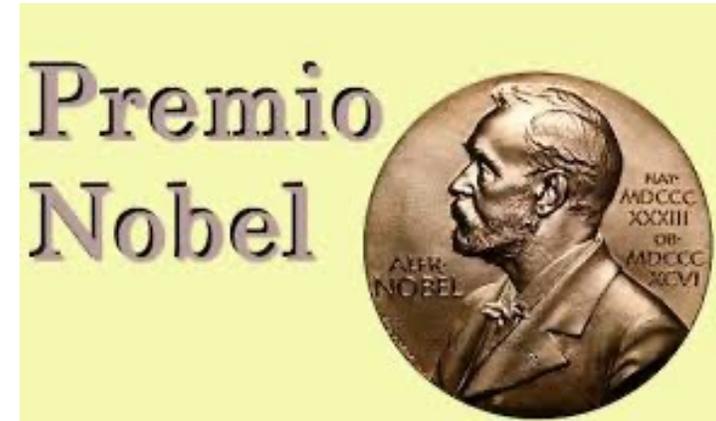
Alcune domande per iniziare

- Ma esiste una procedura da seguire per produrre nuova conoscenza?
- Si può imparare ad essere ‘creativi’?
- Come nasce un’opinione dottrinale (autorevole ed innovativa)?
- Cosa fate voi quando vi si chiede di scrivere , ad esempio, una tesi di laurea?



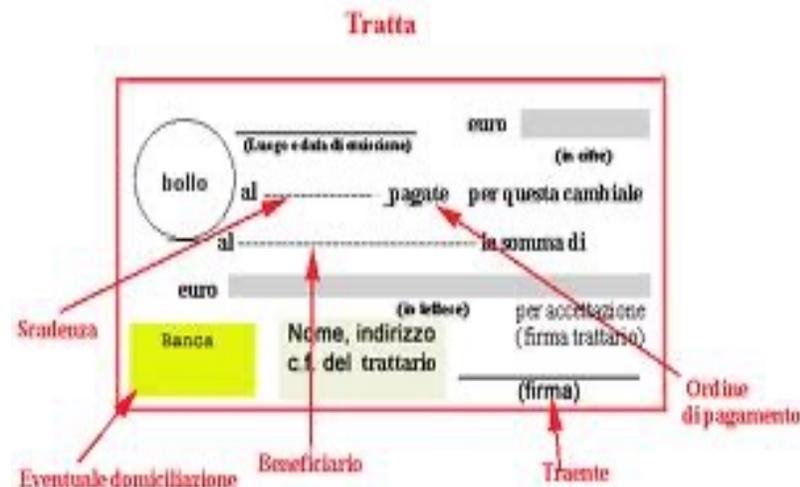
Alcune domande per iniziare

- Perché non esiste un premio Nobel per il diritto?
- Certezza del diritto significa anche immutabilità del diritto?
- Come cambia il diritto?
- Come nasce un'opinione dottrinale?



Esempi della creatività del giurista: come nascono i titoli di credito

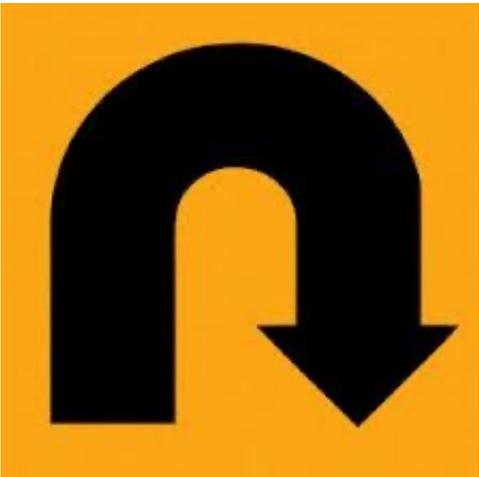
- Nella trattazione sui titoli di credito nel *Nuovo Digesto Italiano*, Tullio Ascarelli scriveva:
 - Al profano che volesse domandare quali siano i meriti e quale il contributo del diritto commerciale nella formazione della civiltà moderna, non sapremo forse indicare nessun istituto più significativo dei titoli di credito [...] è grazie ai titoli di credito che il mondo moderno ha potuto mobilitare le proprie ricchezze.
- I titoli di credito sono frutto di un'idea geniale: incorporare il diritto di credito in un bene mobile (la carta) in modo da applicare al primo la disciplina giuridica propria del secondo.



Una spia della creatività: il revirement giurisprudenziale

- Diritto alla riservatezza:

- Cass., 22 dicembre 1956, n. 4487 «Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste un diritto alla riservatezza, ma soltanto sono riconosciuti e tutelati, in modi diversi, singoli diritti soggettivi della persona; pertanto non è vietato comunicare, sia privatamente sia pubblicamente, vicende, tanto più se immaginarie, della vita altrui, quando la conoscenza non ne sia stata ottenuta con mezzi di per sé illeciti o che impongano l'obbligo del segreto».
- Cass., 27 maggio 1975, n. 2129 «Il nostro ordinamento riconosce il diritto alla riservatezza, che consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti»



Una spia della creatività: gli istituti di creazione giurisprudenziale

- Il danno biologico



- Supercondominio



L'occupazione acquisitiva



Una spia della creatività: i contratti nuovi validati dalla giurisprudenza

- Concessione di vendita
- Contratto autonomo di garanzia
- Cessione di volumetria
- Vitalizio alimentare
- I contratti aventi ad oggetto la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i partners di una famiglia di fatto



Il giurista come ispiratore delle 'idee nuove' della giurisprudenza

- Dietro:
 - I revirement giurisprudenziali
 - Gli istituti di creazione giurisprudenziale
 - Un nuovo tipo contrattuale
- c'è l'opera sapiente del giurista.

I tanti punti di vista da cui si può guardare al mutamento giuridico

- Sociologico
- Storico
- Politico-istituzionale
- Economico
- Comparatistico
- Biologico
- Antropologico
- Law&Technology



Il diritto: storie di cambiamenti e innovazioni, evoluzioni e rivoluzioni

- Il mutamento è una caratteristica intrinseca della tradizione giuridica occidentale
- Le manifestazioni dell'innovazione giuridica
 - A) Nuovo approccio alla riflessione giuridica
 - B) Evoluzione di concetti e istituti
 - C) Nascita di una nuova area del diritto
 - D) Nascita di nuovi istituti e concetti. Esempi (segue):



Il diritto: storie di cambiamenti e innovazioni, evoluzioni e rivoluzioni

- D) Nascita di nuovi istituti e concetti. Esempi:
 - dalla legislazione comunitaria
 - segue: dalla legislazione italiana
 - segue: dalla giurisprudenza
 - Presupposizione
 - Occupazione appropriativa
 - segue: dalla prassi
 - Arbitrato libero o irrituale
 - segue: dalla dottrina
 - Le tecniche giuridiche dell'innovazione (segue)



Il diritto: storie di cambiamenti e innovazioni, evoluzioni e rivoluzioni

- Le tecniche giuridiche dell'innovazione
 - L'intervento del legislatore



- L'autonomia privata



- L'evoluzione della giurisprudenza



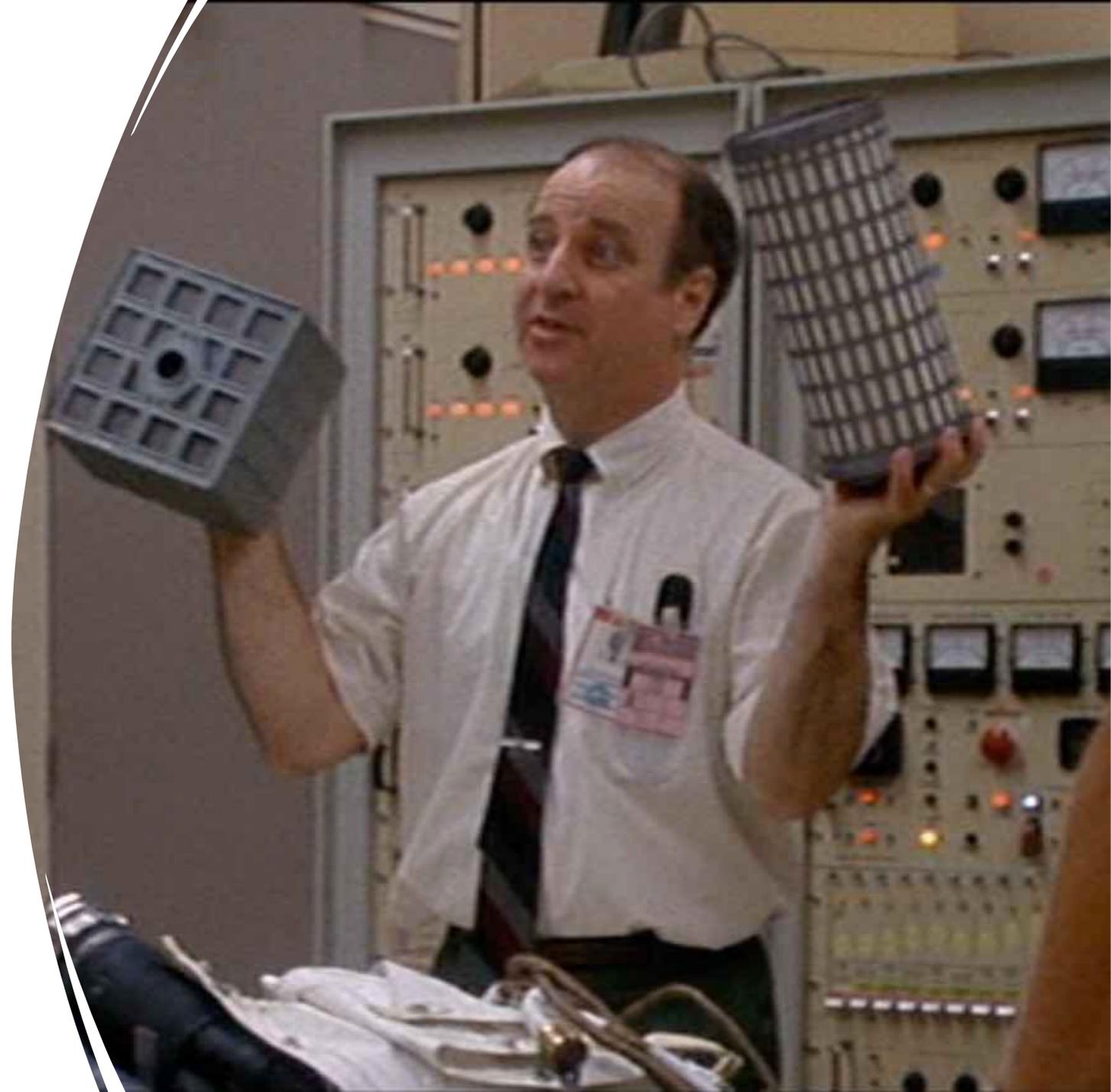
Alcuni strumenti del giurista

- L'analogia
- Le finzioni
- La prassi
- I principi generali
- Le clausole generali
- La buona fede
- L'equità



Imparare a padroneggiare gli strumenti a disposizione del giurista

- Come far entrare un quadrato in un cerchio avendo a disposizione un numero di elementi dato
- Scena dal film "Apollo 13"



L'approccio di problem solving: la soluzione creativa dei problemi

- I problemi sono all'origine del lavoro del giurista
 - La legislazione come risposta ai problemi di ogni tipo
 - Questioni e problemi nel processo
 - L'autonomia privata come risposta ai problemi dei contraenti
 - L'interpretazione come problema
- [*Rinvio*]

Problemi: questioni di punti di vista

- 1) La soluzione di un problema è strettamente legata alla sua stessa formulazione.
- 2) Il modo di vedere gli interessi in gioco incide sul modo di formulare il problema.
- 3) Se la formulazione del problema non è un atto neutro diventa difficile sostenere che il giurista possa svolgere il ruolo di mero depositario delle tecniche atte a risolvere il problema stesso.



Problemi: questioni di punti di vista

- 4) Per risolvere i problemi in maniera più efficiente conviene prendere in considerazione tutti gli interessi in gioco: quelli immediatamente coinvolti e quelli coinvolti in via mediata.
- 5) Il modo migliore per prendere in considerazione tutti gli elementi del problema è cercare di vedere il problema da diversi punti di vista
- 6) Vedere le cose da un altro punto di vista può anche significare vedere il problema dal punto di vista di un altro sapere.

Le cose cambiano se si vedono
da un altro punto di vista

- Scena dal film “L’attimo fuggente”
- Evitare la FOCALIZZAZIONE
- Evitare la FISSAZIONE (superare il blocco percettivo).



L'approccio di problem solving: la soluzione creativa dei problemi



- Il giurista come problem solver
- Problemi, bisogni, esigenze di tutela: una questione di punti di vista
- Il diritto come tecnologia

- Manovre e tecniche cognitive della creatività: come nascono le risposte innovative ai problemi

Manovre e tecniche cognitive della creatività

- **1 AMPLIAMENTO**
 - **1.1 Generalizzare**
 - 1.1.1 Principio di precauzione
 - **1.2 Estendere**
 - 1.2.1 Estensione del novero dei beni (cosiddette new properties)
 - **1.3 Differenziare**
 - 1.3.1 Diritto comunitario



Manovre e tecniche cognitive della creatività

- **COMBINAZIONE**

- 2.1 Unire e integrare
 - 2.1.1 Titoli di credito
- 2.2 Collegare
 - 2.2.2 Cartolarizzazione dei crediti
- 2.3 Ibridare
 - 2.3.3 Prodotti assicurativi ibridi
- 2.3 Ricombinare
 - 2.4.1 Revirement giurisprudenziali



Manovre e tecniche cognitive della creatività

- **TRASFORMAZIONE**

- **3.1 Cambiare l'uso dello strumento**

- 3.1.1 Interessi legittimi nel diritto privato

- **3.2 Cambiare la funzione dello strumento**

- 3.2.3 Contratto: da strumento per la circolazione della ricchezza a strumento per la creazione della ricchezza

- **3.3 Distorcere la funzione**

- 3.3.1 Negozio indiretto

- **3.4 Cambiare lo strumento**

- 3.4.1 Strumenti alternativi al testamento

- **3.5 Cambiare la strategia**

- 3.5.1 Incentivazione all'uso delle energie rinnovabili





Una cosa può essere utilizzata per raggiungere obiettivi molto diversi da quelli per cui è stata progettata

- **dal film “Apollo 13”**
- Domande:
 - Esiste una diversa modalità di utilizzo
 - E’ possibile applicare l’idea in un altro contesto?
 - Quali altri impieghi si possono pensare?



Esempi di utilizzo di strumenti in situazioni diverse da quelle per cui sono stati ideati

- L'evoluzione della nozione di 'danno ingiusto' (articolo 2043 codice civile).
 - Fino ad anni '60: danno ingiusto = lesione diritti soggettivi assoluti
 - Poi, via via, lesioni di
 - Diritti soggettivi relativi
 - Diritti patrimoniali
 - Chances
 - Interessi legittimi
 - Aspettative



Esempi di utilizzo di strumenti in situazioni diverse da quelle per cui sono stati ideati

- Nuova frontiera
- **Costituzione, Art. 6:**
 - La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche.
- Perché non dovrebbe applicarsi anche agli immigrati?

Manovre e tecniche cognitive della creatività

- Sintesi: il giurista innova seguendo precise tecniche e strategie cognitive



Le skills della creatività

Strategie per risolvere problemi

- Domande sul problema.
 - Qual è esattamente il problema che si vuole risolvere?
 - Esistono modi diversi di formulare lo stesso problema?
 - Quali sono gli interessi coinvolti?
 - Come può essere formulato il problema dal punto di vista di ogni singolo portatore di interesse coinvolto?
 - Qual è l'obiettivo che ci si propone di raggiungere?
 - Qual è l'obiettivo che ogni singolo portatore di interesse vorrebbe raggiungere?

Le skills della creatività

Strategie per risolvere problemi

- Domande sulle manovre.
 - 1) È possibile ampliare gli strumenti di tutela già previsti nell'ordinamento?
 - 1a) È possibile ampliare generalizzando soluzioni già adottate in contesti specifici?
 - 1b) È possibile ampliare estendendo soluzioni già adottate?
 - 1c) È possibile ampliare differenziando da soluzioni già adottate?



Le skills della creatività

Strategie per risolvere problemi

- Domande sulle manovre.
 - 2) È possibile combinare strumenti diversi per raggiungere un determinato obiettivo?
 - 2a) È possibile unire strumenti, istituti, concetti diversi?
 - 2b) È possibile collegare strumenti, istituti, concetti diversi?
 - 2c) È possibile ibridare strumenti, istituti, concetti diversi
 - 2d) È possibile ricombinare gli elementi a disposizione?



Le skills della creatività

Strategie per risolvere problemi

- Domande sulle manovre.
 - 3) È possibile trasformare gli strumenti a disposizione?
 - 3a) È possibile usare uno strumento in un modo diverso da quello per il quale è stato concepito?
 - 3b) È possibile immaginare nuove funzioni per strumenti, istituti e concetti rispetto alle funzioni tradizionalmente accolte?
 - 3c) È possibile addirittura distorcere la funzione di strumenti, istituti, concetti?
 - 3d) È possibile cambiare la strategia con la quale si persegue un obiettivo?

Rodolfo Sacco, Introduzione al diritto comparato

- *«Innovazioni di modelli giuridici si hanno ad ogni piè sospinto. La sentenza originale, la risposta imprudente data dallo studente all'esame contengono una innovazione. Le sole innovazioni che contino sono peraltro quelle che provengano da un'autorità, o vengano fatte proprie da una autorità, o trovino imitatori a macchia d'olio e acquistino così una diffusione generalizzata. In sede sincronica, l'innovazione che non provenga dall'autorità è un errore: errore del giudice, errore dell'avvocato, errore dello studente. In sede diacronica, la natura dell'innovazione è più ambigua: se troverà imitatori, essa sarà una creazione, una scoperta; solo se non ne troverà, sarà un'opinione isolata, un errore»*

Rodolfo Sacco, Introduzione al diritto comparato

- Sacco si chiede quale sia la genesi delle innovazioni individuando alcune tecniche che vengono concepite e usate per soddisfare i bisogni sempre più sofisticati della società. Egli prova ad elencare qualcuna di queste tecniche:
 - il desiderio di generalizzazione (di armonia, di analogia);
 - l'assimilazione (trattamento uguale di casi perché dotati di un elemento di analogia);
 - la dissimulazione (trattamento differenziato di casi perché dotati di un elemento che li distingue);
 - l'emersione di contenuti inespressi da proposizioni e interpretazioni note;
 - la combinazione di istituti giuridici elementari

Rodolfo Sacco, Introduzione al diritto comparato

- In una precedente edizione della sua “Introduzione al diritto comparato” (pubblicata nel 1980 da Giappichelli) Rodolfo Sacco scriveva (p. 131):
- *«Probabilmente non tocca alla scienza giuridica dire l’ultima parola sulla genesi delle innovazioni».*
- C’è da credere che egli si riferisse al fatto che un contributo alla comprensione delle origini delle innovazioni giuridiche debba arrivare da altri saperi.

- Dell'uso della creatività:
 - Esempio di ampliamento per differenziazione: le leggi razziali
 - Ma è una innovazione di cui non andare fieri
- rinvio.



Gli ostacoli alla creatività

- Deterrenti emotivi

- Timore di sbagliare
- Bisogno di sicurezza
- Ricerca di facile successo
- Paura del giudizio e delle critiche altrui
- Assenza di motivazione

- Deterrenti percettivi

- Non avere ampiezza di vedute, non vedere complessità del problema
- Non saper cogliere relazioni remote
- Non saper distinguere le cause dagli effetti

- Deterrenti culturali

- Bisogno di appartenenza
- Conformismo
- Certezza aprioristica del risultato



GIOVANNI PASCUZZI

La creatività del giurista

Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica

Seconda edizione

ZANICHELLI EDITORE

