

Rivista N°: 2/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/06/2019

AUTORE: Francesco Cerrone *

IN MARGINE AD UN FRAMMENTO DI STORIA E TEORIA DELLE FONTI: LE NORME SULLE NORME IN TEMA DI INTERPRETAZIONE

Sommario: 1. La discussione sull'interpretazione giuridica: le norme sulle norme. – 2. L'interpretatio dei dottori e dei Tribunali: il casus legis fra rationes e auctoritates. – 3. I divieti di motivare allegando le opinioni dei dottori. – 4. Dal référé législatif al déni de justice. – 5. Le regole sull'interpretazione nei codici dell'ottocento: problemi ermeneutici e problemi socio-istituzionali. – 6. Interpretazione come creazione? A proposito dell'uso della metafora. – 7. Il positivismo codicistico: l'interpretazione come dichiarazione della volontà legislativa. – 8. Linee di tensione: giudici e dottrina fra positivismo giuridico e correnti antiformaliste. – 9. L'erosione sotterranea dei dogmi positivistici e il problema dei limiti ai poteri interpretativi del giudice. – 10. Trasformazioni dei principi generali: costituzione, rapporti fra ordinamenti, tecniche interpretative e formazione del giurista. – 11. Le norme sulle norme: Zitelmann e la norma generale negativa. – 12. Implicazioni antiformaliste della dottrina delle norme sulle norme. – 13. La recezione di Zitelmann in Italia e il problema di una dottrina per il riconoscimento del diritto. Le norme strumentali secondo Betti. – 14. Dalle norme sulle norme alle norme di riconoscimento. – 15. Principi del diritto, canoni ermeneutici e dimensione pratica dell'interpretazione giuridica: la sensibilità del giurista fra quaestio iuris e quaestio facti.

*Sarebbe strano, del resto, in un'epoca come la nostra,
esigere dagli uomini la chiarezza.
(F. Dostoevskij, I fratelli Karamazov)*

1. La discussione sull'interpretazione giuridica: le norme sulle norme?

La discussione intorno all'interpretazione giuridica ha trovato nel passato più remoto e in quello più vicino a noi, e ancora trova, ai giorni nostri, ospitalità sia in via via rinnovate stagioni di riflessione scientifica che in circostanze originate da prassi, legislazioni, giurisprudenze. Una valutazione complessiva di questo dato dovrebbe tener conto di una pluralità di elementi. Da un lato, è sin troppo ovvia la considerazione per cui, in fondo, il fatto che

* Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università di Perugia.

sull'interpretazione non sia mai cessata e non cessi la disputa è la banale conseguenza della importanza e centralità di essa per tutta l'esperienza giuridica. Dall'altro, è forse, almeno in certa misura, difficile sottrarsi all'impressione che le controversie sull'interpretazione ospitino e rinnovino argomenti, punti di vista, tesi già sostenuti nel passato, anche remoto. E tuttavia, nonostante si tratti di un campo molte volte arato, è davvero arduo esprimersi, in termini generali, sull'interpretazione, che è area non ristretta al solo ambito giuridico. Si tratta di un tema, è ben noto, sconfinato e percorso da una ricerca filosofica complessa, che dovrebbe essere attentamente meditata, anche da chi si proponga di limitarsi ai temi dell'interpretazione giuridica. Per un verso, dopo Schleiermacher, Dilthey, Husserl, Heidegger, Betti, Gadamer, Ricoeur, Habermas e Blumenberg, ritenere che i problemi interpretativi specifici del giurista possano essere affrontati prescindendo da una seria ponderazione dei percorsi complessivi dell'ermeneutica è insostenibile. Per l'altro, questi specifici problemi del giurista non derivano soltanto dalle peculiarità del circolo ermeneutico che connota la *quaestio iuris*, ma dall'innesto di questa sulla concreta vicenda, sul caso e le sue particolarità. Vorrei pertanto toccare alcune questioni che riguardano l'interpretazione giuridica tenendo conto di questo suo costitutivo carattere, che deriva dal suo orientamento pratico. Tale orientamento, indirizzando la valutazione del giurista verso la soluzione di questioni che investono l'azione umana, questioni che derivano dall'indirizzo normativo che all'azione stessa è dato da un fine regolativo, imprime una configurazione complessa all'interpretazione giuridica. Come accennato, questa complessità si compone dei materiali che determinano la concreta configurazione dei fatti, nel loro svolgimento temporale e per il loro determinato accadere e presentarsi alla valutazione giuridica; e si compone, altresì, dei materiali della *quaestio iuris*, che non sono composti solo di testi normativi ma rinviano ad apprezzamenti molto più articolati di quelli destinati ad una mera indagine testuale.

In questo ordine di idee vorrei ritagliare, nella vastissima area dell'interpretazione giuridica, il tema più circoscritto delle norme sulle norme (o norme di secondo grado, o strumentali) in materia di interpretazione: certamente si tratta di tema per nulla originale, molte volte trattato, in epoche diverse, e ancora oggi al centro di dibattiti. L'art. 12 delle preleggi è discusso in ordine alla sua idoneità a produrre effetti giuridici ed al vincolo che può derivare, per l'interprete, dalla gradazione che da esso si ricava: dall'interpretazione della lettera della legge, a quella della volontà del legislatore; e poi, al ricorso all'analogia ed ai principi generali; e ancora, alla sua controversa applicabilità anche ai precetti costituzionali.

Tuttavia, oggi la discussione sembra essersi, almeno in certa misura, polarizzata intorno alle questioni connesse al più generale tema dei rapporti fra legislatori e giudici. Su questo argomento, di recente, il dibattito scientifico si è intensificato ed è ricco di analisi, riflessioni, punti di vista anche legati agli sviluppi più recenti. Un aspetto particolarmente significativo di questo dibattito torna a porre un tema che ha tutta una sua storia, quello del c.d. diritto di creazione giudiziaria, cioè della competenza (da alcuni sostenuta, da altri avversata) dei giudici a creare (in qualche modo) il diritto, ciò che implicherebbe un'accezione dell'attività interpretativa dei giudici (e dunque, potremmo dire, del nesso fra attività interpre-

tativa ed applicazione della legge) che sottintenda un suo ruolo nomopoietico¹, connesso alla rilevanza dei principi e del mutamento della coscienza sociale.

Vorrei peraltro, riprendendo dapprima l'analisi storica che dobbiamo a Gorla, notissima ma, a mio parere, forse non adeguatamente valorizzata, 1) ricordare, con la guida degli studi del grande comparatista, quale sia stato l'itinerario complesso che ha condotto alla formulazione, in alcuni ordinamenti europei di *civil law* (ma non in tutti), dei precetti in tema di interpretazione; successivamente, 2) considerare come questi precetti si siano inseriti in contesti che erano in profondo mutamento non solo rispetto alle originarie intenzioni di coloro che quelle regole avevano formulato, redigendo i titoli preliminari ai codici europei, ma anche rispetto alle acquisizioni che si erano consolidate nel corso del secolo XIX negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale. In fondo il secolo XIX fu, allo stesso modo, il tempo in cui maturarono sia le dottrine giuspositive sia la loro contestazione antiformalista; sia la grande fioritura concettuale che la reazione antidogmatica. E fu anche un tempo in cui il rapporto fra legislatori e giudici, fra potere politico e magistratura, subì trasformazioni decisive, che ebbero grande influenza sul terreno dell'interpretazione. 3) Dedicare alcune considerazioni al ruolo dei precetti in materia di interpretazione, presi di mira, contestati ma usciti infine indenni sullo scorcio dei primi decenni del XX secolo, poi anche nel secondo dopoguerra, con l'avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano. Seguirò il filo delle riflessioni sull'argomento di Zitelmann e di Betti, anche queste notissime ma a mio parere, come già quelle di Gorla, forse non adeguatamente valorizzate o fraintese; ed ancora, tenendo conto altresì della ricerca di Giuliani, quest'ultima decisamente trascurata ma preziosa, a mio parere, per problematizzare l'atteggiamento dei giudici sul terreno dell'attività interpretativa. 4) Riflettere sul ruolo delle norme sulle norme in tema di interpretazione in un contesto in cui principi costituzionali, integrazione sovranazionale, evoluzione dell'interpretazione adeguatrice sembrano suggerire all'interprete interrogativi di fondo intorno ai suoi compiti nelle società contemporanee. È sufficiente una dotazione di norme sulle norme per rispondere a questi interrogativi? In che senso è decisiva una riflessione sulle norme di riconoscimento del diritto per affrontare la complessità dell'esperienza giuridica contemporanea? Le questioni sollevate possono aiutarci ad affrontare il tema cruciale del rapporto fra legislazione e giurisdizione e perciò ad esprimere un'opinione sull'attivismo giudiziale in ambito interpretativo, e sulla competenza giudiziaria a creare diritto?

¹ Le indicazioni di dottrina a proposito dei precetti in tema di interpretazione, è chiaro, dovrebbero essere molto ampie se anche volessi riferirmi ai soli contributi più recenti e, nel provvedervi, il rischio sarebbe per me quello di trascurare qualcuno. Vorrei allora limitarmi a citare due contributi fra i più impegnati sul fronte della rivalutazione della prescrittività dell'art. 12, che però non trascurano di misurarsi con le contrarie opinioni: mi riferisco ad A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011, pp. 20 ss. e 172 ss., e a M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 391 ss. ed in particolare pp. 434 s. (ma *passim*); e due autori, che molto si sono spesi sul versante opposto ma con diverse prospettive, cioè F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008; *Interpretazione giuridica 1, L'oggetto*, Padova, 2015; e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1991; *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008. Il dibattito richiamato nel testo sui rapporti fra giurisdizione e legislazione è, come accennato, ricco di molti contributi: vorrei limitarmi a richiamare quello su "Giudici e legislatori" promosso dalla direzione di *Diritto pubblico* e poi pubblicato sulla medesima *Rivista*, 2016, pp. 483 ss., con numerosi interventi.

2. L'interpretatio dei dottori e dei Tribunali: il *casus legis* fra *rationes* e *auctoritates*

È ben noto che la formulazione dell'art. 12 delle preleggi del 1942 ripete quella del codice del 1865, però con la rilevante differenza nella qualificazione dei principi generali: del diritto, nella formulazione del 1865, dell'ordinamento giuridico dello Stato, in quella del 1942². Il testo dell'art. 12 ha però una storia più antica, che non si arresta risalendo al 1865. Come già accennato, dobbiamo alle ricerche di Gorla³ una brillante e profonda storiografia dei precetti in tema d'interpretazione ed è bene partire – richiamo così il lessico impiegato da Gorla stesso – dai precedenti meno immediati di tali precetti. Vorrei riassumere l'itinerario della riflessione di Gorla, senza tuttavia trascurare i passaggi essenziali della sua ricerca, passaggi che, mi è parso, risulteranno preziosi anche ai nostri fini.

Il punto di partenza è il XVII secolo: in quell'epoca era ancora pienamente operante il principio dell'*interpretatio*, in virtù del quale, se ci si trovava di fronte al c.d. *casus legis*, di fronte ad un caso deciso, nel senso di regolato, dai provvedimenti del sovrano, o dalle consuetudini, o dagli statuti, o ancora (merita ricordarlo) dai testi romani del *Corpus iuris* (che occupavano larga parte del diritto privato) non c'era luogo per l'*interpretatio*. E' necessario altresì rammentare che la maggior parte dei testi ai quali riferirsi per il *casus legis* avevano carattere casistico, per es. gran parte dei testi dei giureconsulti romani e dei rescritti imperiali inseriti nel *Corpus iuris*⁴. Se, invece, mancava il caso regolato dalla legge (nel senso ora det-

² Questa differenza di formulazione può essere, ed è effettivamente stata, apprezzata diversamente: per esempio, svalutandola, osservando come “la ‘statualità’ dei principi generali era già affermata sotto l'impero del c.c. del 1865, almeno nei suoi ultimi tempi, nel senso che i principi generali si dovevano ricavare per deduzione dalle leggi dello Stato che li contenevano”, così G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 Disp. prel. cod. civ.* (1969), in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 445 (che i principi generali debbano essere “desunti da enunciati normativi” sostiene di recente M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 422); ovvero valorizzandola, nel senso di sottolineare il “mutamento lessicale” con il quale il legislatore del codice vigente intese “accentuare il carattere normativo” del precetto, così A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. Rescigno, 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1999, p. 432 (secondo il quale la giurisprudenza, dopo l'avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano, ha interpretato un clima nuovo, di contestazione del tradizionale, rigido positivismo – dominante in Italia, come meglio vedremo più avanti, specie fra la fine del secolo diciannovesimo e tutta la prima metà, e oltre, del ventesimo – affermando il “ricorso esplicito a principi sans texte formel (logici, economici, scientifici, ecc.), che permettono in taluni casi la tutela di diritti costituzionalmente garantiti”, con riferimento agli esempi della mora del debitore e della svalutazione monetaria, della dichiarazione di paternità naturale, del diritto alla riservatezza, del diritto alla salute ed alla salubrità dell'ambiente: v. pp. 437 ss.).

³ Mi riferisco, evidentemente, al saggio già citato *I precedenti storici*, cit., ma – benché sia noto a chi ha accostato la riflessione di Gorla – è bene ricordare che questo saggio si inserisce come frammento di una serie di ricerche che Gorla aveva dedicato alla storia delle giurisprudenze e agli stili delle sentenze nell'età moderna, ricerche che non possono essere trascurate ma invece tenute ben presenti affrontando i temi legati all'interpretazione. Vorrei rinviare soprattutto a G. GORLA, *La giurisprudenza*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 263 ss.; ID., *I “grandi tribunali” italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, in *Quaderni del Foro it.*, 1969, cc. 629 ss.; ID., “*Iura naturalia sunt immutabilia*”. *I limiti al potere del “principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea*, *Atti in onore di B. Paradisi*, Firenze, 1982, pp. 629 ss.

⁴ V. G. GORLA, *I precedenti*, cit., pp. 446 ss.

to), il *casus legis*, allora si apriva il campo dell'*interpretatio* dei dottori e dei tribunali. Questo campo si componeva di ragioni e di autorità. Sulle prime, è importante richiamare alcune annotazioni di Gorla: le *rationes* non debbono essere intese modernamente, come fossero espressione di libero raziocinio individuale e dunque come criteri meramente soggettivi di ciò che è giusto⁵. In un'ottica che vorrebbe rendere comprensibile ai suoi contemporanei un fenomeno che appartiene ad un'altra epoca, Gorla tenta una comparazione: le *rationes* potrebbero forse essere intese come principi generali del diritto positivo (o del *ius commune*) che non erano però ricavati per deduzione da testi legali. Questi principi sovrastavano, invece, i testi legali e sovrastavano altresì una visione puramente ideale della natura delle cose; e questo perché essi si legavano, molto concretamente, al piano di una data società, storicamente determinata. Erano principi generali storicamente determinati⁶.

Sulle seconde, cioè sulle *auctoritates*, Gorla annota che non erano altro che depositi di *rationes*; se non lo erano più per non essere aggiornate – o non lo erano all'origine – si poteva criticarle o aggiornarle con nuove *rationes*. Le *auctoritates* erano pertanto *interpretationes* già affermate, giurisprudenza (dottorale o giudiziale), si diceva, e per esser tali dovevano decidere precisamente il caso, essere in *puncto*. Come si vede, l'*interpretatio* implicava un ruolo, se vogliamo dir così, creativo dell'interprete, ma è importante chiedersi in che senso questo ruolo fosse creativo. Certamente non si trattava di una *creatio ex nihilo*, poiché l'interprete doveva farsi guidare da *rationes* e da *auctoritates*; però, laddove poteva darsi *interpretatio*, egli era abilitato a risolvere questioni non regolate dal *casus legis*, da una disposizione legale⁷.

⁵ Opportunamente Gorla riporta una citazione tratta da "un autore che rappresenta uno speculum delle idee e della prassi dell'epoca" (*op.ult.cit.*, p. 448) tratta cioè da *Dello stile legale* (appendice al IV volume de *Il Dottor Volgare*) del Cardinal De Luca, grande autorità non solo per il XVII ma anche per il XVIII secolo, citazione che recita: "non si deve intendere di quelle (ragioni) che a ciascuno persuade il suo cervello, ovvero il proprio discorso o lume naturale..., ma si deve intendere delle ragioni derivanti da principi legali e dalle regole e massime certe della facoltà legale, sicché siano ragioni legali e non naturali solamente". V. anche ID., *La giurisprudenza*, cit., p. 279.

⁶ G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., p. 448, che aggiunge come, nello stesso tempo, si parlasse anche di *ratio naturalis* e di *aequitas*, però un'*aequitas* che non era mera giustizia del caso concreto ma criterio di adeguamento alle esigenze economiche e sociali sopraggiunte, criterio in specie fatto valere nei confronti dei testi romani.

⁷ Gorla non trascura che, a comporre l'*interpretatio*, ed anzi ad assumere in essa un ruolo importante, era anche l'argomento *a similibus ad similia*, in virtù del quale "si argomentava da un 'caso deciso dalla legge' per un altro 'non deciso', cioè dove mancava la legge espressa o il 'caso precisamente deciso dalla legge'" (*op.ult.cit.*, p. 449). Si è già ricordato, tuttavia, che il "caso deciso dalla legge" era molto spesso formulato in termini casistici, non generali ed astratti. Pertanto, l'argomento *a similibus ad similia* – saremmo tentati di dire, l'argomento analogico – presenta differenze rispetto a quello che vorrebbe estrarre la soluzione di un caso, per il quale la lettera dei precetti normativi è deficiente, dalla volontà del legislatore, espressa bensì per altra fattispecie ma dalla quale potrà trarsi una *identitas rationis* che autorizzi il ragionamento analogico (si v., al riguardo, anche per una storia di questa concezione del ragionamento analogico, N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Milano, 1938). Presenta differenze, perché l'argomento *a similibus* inseriva "il problema discusso in una tradizione, attestata da un'autorità civile o religiosa [onde] mettere in rilievo la somiglianza del caso da decidere con una decisione anteriore riconosciuta oppure sussumerlo in un testo legale che trattasse casi della stessa specie: sia per mezzo dell'argomento a simili sia per mezzo della sussunzione, si sentiva come giusta una decisione conforme alla regola di giustizia che esige un trattamento eguale per casi essenzialmente consimili" (così C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), trad. it. di G. Crifò, Milano, 1979, p. 30). Sia che si trattasse di comparare il caso ad una precedente ed attestata soluzione, sia che si trattasse di compararlo ad un testo legale, la valutazione sulla somiglianza si realizzava fra problemi concreti, su casi, e non si procedeva per via astratta,

Quando, specie a cavallo fra i secoli XVI e XVII, il gioco fra *rationes* e *auctoritates* si spostò dai grandi dottori (decisivi per i secoli XII – XIV) ai grandi tribunali⁸, gradualmente le stesse *auctoritates* vennero a comporsi di precedenti giudiziari, elaborati da tribunali composti da giudici molto qualificati e non più, come accadeva prima, da giudici del tutto profani di diritto o poco più, giudici che si limitavano a recepire di sana pianta, nelle loro sentenze, l'*interpretatio* elaborata dai dottori con i loro *consilia*⁹. In questo stesso periodo, annota Gor-

estrapolando una *identitas rationis*. L'argomento a *similibus*, combinato con altri (per es., l'*argumentum a contrario* o quello a *maiori ad minus*) era alla base di tutta una metodologia del ragionamento giuridico che possiamo qualificare analogico solo avendo ben chiara la differenza con l'analogia moderna; una metodologia imperniata, lo si comprenderà, su un'*ars distinguendi*, sulla attitudine a cercare e trovare somiglianze e distinzioni (cfr. J. A. C. THOMAS, *The Art of Distinguishing*, in *L'educazione giuridica*, II, *Profili storici*, Perugia, 1979, pp. 207 ss., che osserva come il *distinguishing* sia stato "the safety-valve of the law" e "the principal manifestation of judicial freedom"; tuttavia esso "is inseparably bound up with determination of the ratio decidendi, the binding element, of the case cited as a precedent"), dove il controllo logico della *similitudo* "est vérifié par le biais d'un procédé dialectique de réfutation, qui élimine ce qui est inapproprié", e dove alla sua argomentazione "se rattachent les fictions juridiques (jurisprudentielles) par lesquelles le juge étend – pour de raisons d'équité – les solutions à des cas semblables. La liberté d'interprétation basée sur la similitudo rationis étend les pouvoirs du juge, qui sont contrebalancés par la responsabilité commune. Donc le revers de la théorie de l'interprétation doit être recherché dans le traité de la responsabilité du juge; la pathologie de l'interprétation judiciaire est étroitement liée à la pathologie de la conduite du juge" (in tal senso A. GIULIANI, *Le raisonnement par analogie*, in *Rapports nationaux italiens au Congrès international de Droit comparé* (Budapest 1978), Milano, 1978, pp. 82 e 84, ma anche, in sintesi, ID., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 431, n. 17). Questi brevi cenni su quella che Giuliani chiamava l'analogia argomentativa dovrebbero renderci (non edotti ma almeno) consapevoli della complessità del tema, che non è solo di ordine logico ma implica il rinvio ad un quadro complessivo: culturale, etico, istituzionale, al livello di razionalità e moralità di un'epoca, aveva scritto, ad altro proposito, lo stesso A. GIULIANI, in *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 441, ma anche ID., *Il modello di legislatore ragionevole (riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Napoli, 29-31 maggio 1989, Milano, 1992, p. 14.

⁸ L'espressione "grandi tribunali", nel sottolineare prestigio ed autorità di cui godevano quei corpi, riprende la stessa terminologia allora usata: cfr. G. GORLA, *Lo stile delle sentenze – Ricerca storico-comparativa*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1967, cc. 357 s.

⁹ Sulla reazione all'autorità dei dottori, che caratterizzò l'azione dei grandi Tribunali, almeno in linea di massima, dalla Rota romana a quelle toscane, dai Senati di Piemonte e Savoia al Sacro Regio Consiglio napoletano, le ricerche di Gorla sono decisive, anche per aver ampiamente richiamato studi più antichi, come quelli di Richeri, Forti, Piola Caselli, e poi Pertile, Schupfer, Solmi, Sclopis, Chevallier, Dionisotti, ecc., sui quali non possiamo soffermarci qui. Basti ricordare che questa reazione non era priva di fondamento: benché sia stata indiscutibile la "importantissima funzione per la uniformazione e lo sviluppo del diritto in una Italia politicamente frazionata senza grandi corti giudiziali di giuristi all'altezza di quel compito", funzione appunto svolta, durante la rinascita economico-sociale e culturale dell'Italia nei secoli XIII-XV, dal *consilium sapientis*, dai dottori, tuttavia fenomeni di corruzione, di confusione, di scandalo erano sorti per effetto del sovrapporsi, per es., di *consilia* contraddittori, anche a breve distanza di tempo, e per l'eccessivo potere acquisito dai dottori senza che ad esso corrispondesse più, peraltro, l'alta qualità delle loro opere giuridiche. E' ancora notissimo il libello di Muratori *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) che denunciava nella sua critica (in parte superficiale ed ingenerosa) anche l'azione dei Senati e delle Rote. Su tutto ciò v. G. GORLA, *Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico" della giurisprudenza napoletana nel 1700*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 757 ss., che ricorda come la contestazione dei "difetti della giurisprudenza", specie delle citazioni acritiche, nelle sentenze dei giudici, di *consilia* o *responsa* provenienti non da dottori autorevoli ma da autori oscuri, con il *coté* di decisioni fondate su argomenti contraddittori e soluzioni confusionarie, era già stata del cardinal De Luca; nonché ID., *I "Grandi Tribunali" italiani*, cit., cc. 632 ss. (per quanto concerne i Senati di Piemonte e Savoia), cc. 637 s. (per quanto riguarda la Rota romana e quelle toscane), c. 639 (sul Sacro Regio Consiglio) e cc. 639 ss. (per la reazione contro l'autorità dei dottori e per la citazione fra virgolette sopra riportata). Diversa la situazione in Francia ed in Inghilterra: cfr. cc. 641 s. Molto importante ricordare qui, fra le tante osservazioni preziose, non solo l'estensione e la penetrazione del valore vincolante dei precedenti giudiziari raggiunta dalla giurisprudenza dei Senati di Piemonte e Savoia (cc. 632 ss.) e, più in generale, dalla giurisprudenza dei grandi Tribunali (cc. 642 ss., dove si sottolinea, fra l'altro, come nelle sentenze

la, si manifestò la tendenza dei principi a riservarsi l'*interpretatio* per le materie investite dalle loro leggi (costituzioni, editti, ordini) e per i casi nuovi o dubbi. Perciò l'*interpretatio* spettava ai grandi Tribunali per gli statuti comunali e per il diritto romano e comune; e spettava al principe per le sue leggi, con l'effetto di produrre una specie di ripartizione del relativo potere. Da notare che, per il diritto privato, gli interventi del principe erano rari, e sporadici anche in altri settori, sicché il campo dell'*interpretatio* dei grandi Tribunali era assai vasto: questa, in estrema sintesi, "è la situazione che si trova agli inizi del secolo XVIII"¹⁰.

3. I divieti di motivare allegando le opinioni dei dottori

Nel secolo XVIII, specie per il diffondersi dell'illuminismo e della sua mentalità, i modi di decidere le cause da parte dei Tribunali e la giustizia nel suo complesso furono oggetto, come già notato (v. *supra*, nota 9) di preoccupazioni e di critiche, in larga misura motivate dalle disfunzioni che si verificavano nell'amministrazione della giustizia. I mali maggiori erano ricondotti alla confusione creata dalle *auctoritates* dei dottori e al modo di allegarle e alla confusione dei testi legali. A Napoli, la polemica si estese (ai) ed investì gli stessi Tribunali, la loro *interpretatio*, il loro modo di applicare le leggi. Gorla si sofferma sulle regie costituzioni piemontesi del 1723 e del 1729 e sul dispaccio di Ferdinando IV di Napoli del 1774 ed acutamente osserva come queste disposizioni fossero importanti perché, diremmo oggi, indicavano indirettamente le fonti di produzione del diritto ed anche la loro gerarchia; perché introducevano un criterio di individuazione dei soli autori le cui opinioni potessero aver rilievo nelle decisioni dei giudici; soprattutto, perché ci si preoccupava del modo di decidere le liti, di fondare le sentenze, di allegare le autorità¹¹.

Le regie costituzioni piemontesi del 1723 e del 1729 (queste ultime, poi riprodotte in successive del 1770) contenevano indicazioni precise: né i giudici nelle sentenze né gli av-

di questi giudici si fosse raggiunta una tecnica molto raffinata ed accurata di citazione dei precedenti giudiziari, per es. distinguendo fra precedente *in puncto* e precedente per analogia, e fra questi ed il mero *obiter dictum*: insomma, i grandi tribunali, con le loro motivazioni, provvedevano spesso ad un esame attento delle fattispecie e operavano il *distinguishing* "con tecniche che ricordano e superano quelle dei giudici inglesi". A questo proposito si v. anche G. GORLA, *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 317 ss.), ma anche il loro potere di interinazione (un potere che, com'è noto, avevano anche i Parlamenti francesi), cioè di "registrare...le leggi e altri provvedimenti del Re, che non potevano entrare in vigore senza tale registrazione...Il Senato, cioè, esaminava se tali leggi o provvedimenti erano 'conformi al pubblico bene' e a certi principi di giustizia o del diritto comune: se non li riteneva tali, il Senato aveva il potere di fare rispettosa rimostranza al Re, prima di applicarli. Soltanto dopo tre intimazioni motivate del Re, il Senato doveva registrare"(cc. 634 s.), ma talvolta ne furono necessarie sei, benché di rado "il Principe si ostinava 'a cagione dello scandalo che ne nasceva'"(ibidem). E' noto che, secondo Gorla, "in certi casi e in certo senso" e rispetto alle condizioni dell'epoca (c. 635) l'interinazione poteva valere, diremmo oggi, come sindacato preventivo di costituzionalità, cioè come controllo giudiziale effettuato alla luce di principi fondamentali del diritto di allora, per bilanciare il potere normativo del principe. Si v., altresì, ID., "Iura naturalia sunt immutabilia", cit., pp. 662 ss., con particolare riferimento alla *interinatio*, ma *passim*, per i limiti al potere del principe che derivavano dall'azione di Tribunali supremi e per il tentativo di individuare ed illustrare il contenuto di singoli *iura* (pp. 639 ss.) ed i mezzi o *quaestiones* per rendere effettivi tali limiti (pp. 644 ss.).

¹⁰ G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., p. 453.

¹¹ V. G. GORLA, *op.ult.cit.*, p. 454.

vocati nelle proprie “allegazioni” avrebbero potuto riferirsi ad altro se non alle regie costituzioni, agli statuti locali, alle medesime decisioni dei Tribunali e alla legge comune (diritto romano), escludendo ed anzi proibendo il ricorso alle opinioni dei dottori (pena, la sanzione della sospensione dall’ufficio). Nel testo del 1723 queste erano ammesse solo se si fossero fondate, oltre che sull’autorità delle stesse sentenze dei Tribunali, sull’autorità della ragione naturale o delle genti o nella disposizione della legge comune, ma l’eccezione scomparve nel 1729, benché si possa ritenere che il ricorso alle *rationes* – ma non più alle *auctoritates* – potesse ancora avere un margine per effetto del rinvio alla *ratio naturalis* e delle genti.

La novità di questi precetti risiedeva perciò nel rilievo che assumevano le decisioni dei Tribunali – beninteso, dei soli grandi Tribunali – a scapito dell’autorità dei dottori. Specie nelle costituzioni del 1729 (e poi del 1770) questo rilievo sembrava tale da far assumere alle *rationes* dei Tribunali il rango di fonte del diritto, poiché vi si affermava più chiaramente (di quanto non avvenisse in quelle del 1723) che “*per la decisione delle cause si osservino unicamente [oltre che le regie costituzioni, gli statuti, il diritto comune] le decisioni dei Nostri magistrati*”. Gorla ricorda, tuttavia, che se i poteri d’*interpretatio* dei Tribunali erano estesi ed investivano la stessa pregressa giurisprudenza dei Tribunali medesimi, anteriore alle costituzioni qui citate, era però esclusa l’*interpretatio* delle costituzioni del principe, a lui riservata. Fuori da questo ambito, nel dominio della legge comune e degli statuti, l’*interpretatio* avrebbe continuato ad articolarsi su *rationes* e *auctoritates*, ma non dei dottori bensì dei Tribunali¹². Ed è forse questa l’osservazione più interessante, al di là dello stesso tenore delle citate costituzioni del 1723 e del 1729, se è vero che, nel corso del secolo XVIII, l’invadenza dell’autorità dei dottori fu contrastata dai principi non solo in Piemonte ma anche a Roma e in Toscana, con la collaborazione di Senati e Rote. Il fatto è che questi Tribunali supremi, se non ignoravano certo il contributo dei dottori, specie di quelli famosi come Bartolo o Baldo, decidevano poi “*in base ai propri ‘legal reasonings’, alle proprie ‘rationes’*”¹³. Insomma, appare qui in speciale rilievo l’itinerario argomentativo seguito dal giudice, un rilievo che deriva dalla percezione che, tramite la *ratio decidendi*, fosse possibile ricondurre la decisione giudiziale ai suoi fondamenti normativi – anche se questi potevano anche consistere in precedenti giudiziali – e contenere così il potenziale di arbitrarietà sprigionato dalle sentenze dei giudici, specie se non motivate o motivate richiamando l’autorità di dottori.

Il dispaccio del re di Napoli Ferdinando IV del 23 settembre 1774 conteneva, a sua volta, una decisa polemica contro l’autorità dei dottori “*che àn purtroppo nelle loro opinioni e alterato e reso incerto e arbitrario il diritto*”; così le decisioni dei giudici non avrebbero più dovuto fondarsi sulla “*nuda autorità dei dottori...ma sulle leggi espresse del regno e comuni*”. Per questo aspetto, dunque, il provvedimento del re di Napoli sembrava calibrato allo stesso modo delle costituzioni piemontesi: autorità e ragioni dottorali erano un ostacolo per l’amministrazione della giustizia nel settecento e nella penisola, a nord come a sud, nel regno sabauda come a Napoli, si cercava di rimuoverlo. Forse, a Napoli era ancora più eviden-

¹² Ancora G. GORLA, *op.ult.cit.*, pp. 454 ss., ma anche ID., I “*Grandi Tribunali*”, cit., cc. 640 ss.

¹³ Cfr. G. GORLA, *op.ult.cit.*, c. 640.

te che altrove che il problema che queste riforme intendevano affrontare riguardava, per dirlo in sintesi, l'abuso dell'*argumentum ab auctoritate*, un abuso che era favorito dalla prassi dei giudici napoletani di non motivare le sentenze. Il dispaccio del 1774 imponeva tale motivazione, imponeva cioè che "*in qualunque decisione... si spieghi la ragione di decidere*".

Si trattava di reagire non solo alla suddetta prassi ma, più in generale, a quella, diffusa anche in altre parti di Italia, di "*citare le dottrine dei dottori in modo acritico e senza ragionamenti*", dove per dottrine "*si intendevano le soluzioni date (dai dottori e dai tribunali) a dei casi pratici, che si presentavano come quaestiones, e che riguardavano la quaestio sub iudice*"¹⁴. Fondare la decisione di una causa "*sull'ipse dixit (o l'ipsi dixerunt), senza aggiungervi alcun argomento tratto dalle rationes, o senza impegnarsi, all'occorrenza, in una critica delle autorità mediante le ragioni*"¹⁵, era appunto ciò che non poteva più accettarsi, che ripugnava ad una nuova mentalità che si andava diffondendo e che stigmatizzava ormai non solo l'abuso ma anche l'uso dell'*argumentum ab auctoritate*, del rinvio alla autorità dei *Consilia* o *Responsa* dottorali senza che il giudice facesse ricorso diretto ad una argomentazione a sostegno della propria decisione. Detto altrimenti, rinviare ad un'*auctoritas*, anche se prestigiosa e fondata, nonché *in puncto*, cioè precisamente attinente alla *quaestio* dedotta in giudizio, non era considerato più sufficiente, ed era anzi, come sappiamo, inibito dai provvedimenti dei sovrani che stiamo esaminando. Il giudice avrebbe potuto certamente tener conto, nell'elaborare la sua decisione, delle *auctoritates* e, ancor più, se era giudice colto, delle *rationes* che le giustificavano.

Tuttavia, il divieto che gli veniva imposto di allegare e fondare sulle autorità le proprie decisioni lo sospingeva verso l'esame della propria giurisprudenza e delle sue ragioni, verso la elaborazione cioè di *proprie* ragioni, che se per un verso non dovevano recidere mai del tutto il legame con la passata elaborazione giuridica (quella del diritto romano e dei dottori medievali) per l'altro, e sotto vari aspetti, la superavano nel tener conto delle trasformazioni culturali, economiche e sociali, cioè nel tener conto del cambiamento legato al tempo, all'aspetto storico-evolutivo dell'interpretazione e applicazione del diritto. Mi pare si possa riconoscere in queste esigenze di argomentazione appropriata delle decisioni giudiziali un orientamento di fondo dell'esperienza giuridica, non solo moderna, che è ancora oggi centrale per la sua qualificazione come esperienza pratica, come meglio si vedrà più avanti.

¹⁴ Così G. GORLA, *Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico"*, cit., p. 763. Si trattava, dunque, di una letteratura casistica e non di argomenti astratti, teorici, dottrinari, insomma, nel senso moderno del termine. Gorla chiarisce questo punto analizzando il linguaggio usato da De Luca, da Muratori, da De Jorio, ecc. L'opera del cardinale Giovan Battista De Luca – come si è già ricordato, grande giurista, poi giudice della Rota romana – sia la già cit. operetta *Dello stile legale*, annessa al famoso *Dottor Volgare*, sia il monumentale *Theatrum veritatis et iustitiae*, è preziosa per la ricerca di Gorla, poiché da essa egli può ricavare con chiarezza che il c.d. dottrinarismo giuridico, lo stile dottrinale, coincideva con le tesi di coloro – c.d. *prammatici* – che sostenevano fosse necessario, per il giurista, uno stile "*nello scrivere, ed anche nel giudicare o consigliare*", uno stile contrapposto a quello c.d. *discorsivo*, o *raziocinativo*. I seguaci dello stile dottrinale, "*che nei tempi correnti molto trionfa, ed ha il maggior seguito, dannando lo stile discorsivo ovvero raziocinativo, dicono che nella facoltà legale sia rossore e vergogna il parlare senza l'autorità delle leggi e dei dottori. Che però frequentemente per le loro penne o bocche corre quella proposizione, che vaglia più una dottrina che cento raziocini; e che sia cosa da povero dottore il camminare con le ragioni*" (capitolo VI dello *Stile legale*, cit. da G. GORLA, *op.ult.cit.*, p. 760).

¹⁵ V. ancora G. GORLA, *op.ult.cit.*, p. 761.

Bisogna tuttavia aggiungere, per ora, che esiste una differenza importante fra le costituzioni sabaude ed il dispaccio napoletano: quest'ultimo non si limitò a vietare la citazione dell'autorità dei dottori ma si propose di eliminare anche l'*interpretatio* dei tribunali. Quando non vi fosse "legge espressa per il caso" (cioè il tradizionale *casus legis*, di cui s'è detto *supra*, § 2) e "si abbia a ricorrere alla interpretazione o estensione della legge; vuole il Re che questo si faccia nei giudizi in maniera che le due premesse dell'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse e letterali. E quando il caso sia tutto nuovo, o talmente dubbio che non si possa decidere né colla legge, né coll'argomento della legge, allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà sua per attendere il Sovrano oracolo"¹⁶. Ora, è verosimile ritenere che il dispaccio, ispirato come fu dal Tanucci, fosse di schietta impronta illuminista: spettava al titolare della funzione legislativa non solo fare le leggi ma anche interpretarle, poiché l'interpretazione ed applicazione delle leggi che non si potesse decidere sulla base di un testo espresso di legge, che non fosse cioè puramente meccanica, doveva essere sottratta ai giudici, seguendo una concezione rigida, montesquieuiana, della divisione dei poteri. Però dietro il divieto di *interpretatio* dei tribunali si celava anche un aspro giudizio negativo, una sfiducia del re e del suo *entourage* nei confronti dei tribunali napoletani, "motivata con una generale sfiducia verso i tribunali stessi", sfiducia che sembrava insinuare che i giudici "usino della incerta autorità dei dottori per giudicare arbitrariamente e parzialmente"¹⁷. Ma il disposi-

¹⁶ Impossibile non notare che Ferdinando IV sembrava così riprendere il divieto voluto da Giustiniano: v. il *Codex*, 1, 17, 2, § 21, in fine, che attribuiva all'imperatore non solo il potere di fare le leggi ma anche di interpretarle. Del resto, anche nella Francia dell'*Ancien Régime*, l'art. 7, tit. I, dell'*Ordonnance civile* del 1667 aveva stabilito che "Si dans les jugemens des procès qui seront pendans en nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter: mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer pardevant nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention". Per il testo dell'*Ordonnance v. Code Louis*, I, *Ordonnance civile 1667*, Milano, 1996, con introduzione di N. Picardi. Come si vedrà fra poco, il dispaccio del 1774, allo stesso tempo, precorreva il *référé législatif* della rivoluzione. Si noti, peraltro, che il divieto di *interpretatio* stabilito con l'*Ordonnance* riguardava solo i provvedimenti normativi che promanavano dal re, non anche i precetti desumibili dal diritto romano e dalle *coutumes*, e che solo nel 1790, con l'istituzione del *référé législatif*, tale divieto fu esteso anche a questi ultimi. Anche Federico il Grande, con il *Kabinettsorder* del 1780, stabilì che il giudice dovesse rivolgersi, in caso di dubbio interpretativo, ad apposita commissione legislativa: un vero e proprio *référé*, che fu accolto anche nell'ALPS del 1794, cioè nel codice territoriale prussiano. Si noti, ancora, che dal tenore letterale del dispaccio napoletano si comprende la preoccupazione di scongiurare che l'interpretazione analogica, fondata, come si è visto, sull'argomentazione *a similibus* (v. *supra*, n. 7) potesse muovere dal ricorso alle *auctoritates* o alle *rationes*: quando fosse necessario, stabiliva il dispaccio, "ricorrere all'interpretazione o estensione della legge", bisognava che si procedesse con meccanica deduzione, riferendosi esclusivamente alla lettera espressa di un testo di legge e, in mancanza, riferendo al re la questione. Sul ruolo di Bernardo Tanucci v. R. AJELLO, *Arcana iuris: diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, 1976, cap. I; sulla sua politica giudiziaria, che si avvale di una pluralità di dispacci (non solo di quello del 1774), una politica che sembrava ispirata al modello prussiano e quindi ad una configurazione burocratica del ruolo del giudice, v. diffusamente, e in termini rivelatori, la ricerca di A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995, pp. 89 ss. Si v. anche le pagine dedicate da R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, sub art. 12, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1974, pp. 204 ss.: "non deve apparire strano che i legislatori, perduta la pazienza, abbiano ricorso alla maniera forte, riservando a se stessi l'interpretatio", benché poi rendendosi conto che "il principe non poteva far giorno e notte l'oracolo".

¹⁷ V. G. GORLA, *op.ult.cit.*, p. 766. Era, del resto, testimonianza evidente della sfiducia di cui si dice nel testo, lo stesso tenore letterale del dispaccio, dove la decisione di imporre la motivazione delle sentenze e di escludere che si fondassero sull'autorità dei dottori era basata esplicitamente sull'esigenza di "rimuovere quanto più si possa da' giudizi l'arbitrio, e allontanare da' giudici ogni sospetto di parzialità".

tivo congegnato dal dispaccio non poteva funzionare – qui Gorla ha gioco facile nel notarlo¹⁸: immaginare che l'*interpretatio* dei tribunali potesse essere soppiantata dal rinvio al *casus legis* (cioè al caso espressamente deciso dalla legge) e, in sua assenza, al *référé* allo stesso re, significava travolgere con un solo tratto la tradizione dell'*interpretatio* per affidare la relativa funzione alle cancellerie governative, investendole, con un'ingente massa di casi, di un ruolo che non erano certo pronte a svolgere. Il dispaccio cadde nel 1791.

4. Dal *référé législatif* al *déni de justice*

Ancora più radicale, nel tentativo di escludere ogni forma di *interpretatio* dei giudici, fu la legislazione rivoluzionaria francese. Procederò qui in estrema sintesi, al cospetto di un tema percorso da molte ricerche e che presenta numerosi risvolti. Ebbene, Gorla richiama l'attenzione su due aspetti di quella legislazione: da un canto, quello dell'istituzione, cui già si è accennato, del *référé législatif* (art. 12 del decreto del 16 agosto 1790)¹⁹; dall'altro, quello dell'istituzione del *Tribunal de Cassation*, con decreto del 27 novembre – 1 dicembre 1790. Il *Tribunal* aveva la funzione di assicurare l'osservanza della legge, con il potere di cassare le sentenze che contenessero "*une contravention expresse au texte de la loi*". Ora, Gorla mostra come questa *contravention* dovesse intendersi come contrasto con il caso deciso precisamente dalla legge, cioè – nell'alveo della tradizione del diritto comune – quando il giudice avesse deciso *contra casum legis*, dunque in contrasto con la precisa – nel senso di formulata in termini casistici – disposizione normativa e perciò anche fuori dall'ambito tradizionalmente affidato, come si è visto, ai poteri dell'*interpretatio*. Se il caso era precisamente definito dalla legge, ed applicabile perciò alla *quaestio sub iudice*, la sentenza che non provvedesse a tale (meccanica) applicazione avrebbe dovuto essere cassata. Che l'applicazione dovesse essere (puramente) meccanica era confermato dallo "*stesso stile degli arrets de Cassation*"²⁰, nei quali si citava il testo normativo²¹ (*vu l'article de la loi* o *vu le texte* del digesto o

¹⁸ V. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12*, cit., p. 458.

¹⁹ La disposizione prevedeva che i giudici dovessero rivolgersi al legislatore "*toutes le fois qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi*". Tale necessità "*di interprétation* *sorgeva quando mancasse sul caso un texte exprés o précis de la loi, (o, come anche si diceva, quando la legge ne décide pas le cas), o quando il testo della legge fosse oscuro. Era il concetto del casus omissus o novus e del casus dubius*" (così G. GORLA, *op.ult.cit.*, p. 460).

²⁰ V. G. GORLA, *op.ult.cit.*, p. 459.

²¹ E' a questo proposito molto penetrante l'osservazione di Gorla (*op.ult.cit.*, p. 462, n. 26), per il quale l'originaria prescrizione dell'art. 17 del decreto 27 novembre – 1 dicembre 1790, che stabiliva come la decisione della Cassazione avrebbe dovuto contenere il testo di legge, fosse poi rimasta come "*un relitto nei codici di proc. civ. degli Stati Sardi del 1854 e del 1859 e nel c.p.c. del 1865 (art. 523, n. 4); relitto, perché ormai i giudici di Cassazione avevano il potere di interpretare le leggi...e la loro funzione non era più limitata alla applicazione del 'testo espresso sul caso'. L'art. 366, n. 4 c.p.c. del 1941 usa un'espressione 'indicazione delle norme di diritto'*", ma questa indicazione ha ormai assunto una funzione diversa da quella originaria: non più, cioè, quella di delimitare il *casus legis* e di segnare il confine fra applicazione vincolata della legge ed *interpretatio*, bensì quella di *fondare i motivi del ricorso*, e Gorla insiste opportunamente sulla differenza concettuale che sta dietro, da un lato, l'indicazione dei "*testi di legge rispetto ai quali si pretendeva esservi (nella sentenza impugnata) contravention expresse*"; e, dall'altro l'indicazione delle norme di diritto (o di legge) su cui si fondano i motivi di ricorso.

del codice giustiniano) – dal quale doveva risultare chiaramente la disciplina del caso – e mancava invece (almeno nei primi anni di applicazione del decreto) la motivazione. Motivare avrebbe infatti significato ammettere l'esigenza di una *interpretation* che era preclusa al giudice.

Così concepito il ruolo del *Tribunal*, il *référé législatif* ne costituiva allora il *péndant* più conseguente: fuori dall'ambito del *casus legis*, del caso precisamente deciso dalla legge, nel senso consolidato della tradizione del diritto comune, si apriva il campo della *interpretatio*, campo che, come già con il dispaccio di Ferdinando IV, si intendeva sottrarre al giudice e riservare al potere legislativo, che doveva perciò esprimersi tutte le volte che ci si fosse trovati davanti ad un *casus omissus*, o *dubius* o *novus*. Anche qui, come nel caso napoletano, una concezione rigida della separazione dei poteri imponeva che il giudice fosse escluso da ogni manifestazione del potere interpretativo, anche quando essa attenesse alla sola applicazione al caso *sub iudice*. Come accennato in apertura del presente §, l'esclusione era ancora più radicale di quella disposta nel 1774 dal re di Napoli, poiché con il *référé* rivoluzionario si intese precludere drasticamente ogni argomentazione analogica, anche se desunta da testi di legge invece che da *rationes* o *auctoritates* (la prima, invece, ammessa, come si è visto, dal dispaccio napoletano: v. *supra*, nota 16).

Questo dispositivo istituzionale, come già quello promosso con il dispaccio del re di Napoli, non poteva funzionare e non funzionò: il *Tribunal* cominciò a motivare le sue sentenze e si ammise, perciò, la necessità di una *interpretation*. Con l'approvazione del *code civil* del 1804, come ben noto, la situazione fu capovolta: l'art. 4 stabilì che "*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*". Al posto del sistema del *référé* si impose al giudice di interpretare, si "restituì" al giudice questo potere, e si noti come il *code civil* non dettasse regole sull'interpretazione della legge, non contenesse cioè alcuna norma strumentale in materia di interpretazione – scelta che sarà confermata, un secolo dopo, dal BGB – come invece faranno (lo vedremo subito) i diretti antecedenti dei codici italiani del 1865 e del 1942, cioè quello austriaco del 1811 e quello albertino del 1838.

Tuttavia, è evidente che i poteri interpretativi dei giudici si situavano ormai, dopo l'approvazione del codice civile, in una situazione storica ed in un contesto culturale che erano in profondo mutamento. Con la codificazione cominciava a farsi strada l'idea che il giudice potesse rintracciare in essa una regola per ogni caso, idea che peraltro si affermerà solo più tardi. Il *Code*, che inaugura il secolo XIX, si limiterà, in proposito, a vietare espressamente gli *arrets de règlement* (art. 5): "*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*". Tuttavia, pare indiscutibile che l'ambizione sottesa alla codificazione fosse quella di elargire al giudice una guida sicura, non stabilendo i dettagli normativi puntualmente applicabili ad ogni caso, bensì elaborando principi e regole suscettibili di essere sviluppati nell'ambito dell'attività propria del giudice, ed anzi, più ampiamente, dell'interprete, al quale spettava, secondo Portalis (che presentò, co-

me è notissimo, la relazione al codice davanti al parlamento) “*pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application*”²².

Bisogna tuttavia persuadersi che le dimensioni del tema sono ancora più ampie e la loro complessità richiede la considerazione di una varietà di valutazioni: in Italia, per esempio, il periodo delle codificazioni preunitarie e poi di quella del 1865 coincide con il tentativo, da parte del governo, di “*asservire a sé la magistratura e di esautorarla come terzo potere*”, con provvedimenti che riguardavano “*la carriera dei magistrati, i loro trasferimenti e, in generale, il controllo del Ministro di Grazia e Giustizia sul corpo della Magistratura (Legge Rattazzi del 1859, che poi fu man mano estesa ai territori d’Italia annessi al Regno*”²³. D’altra parte, in Francia (e poi nei Paesi influenzati dalla sua legislazione, come l’Italia) prima la legislazione rivoluzionaria, poi la codificazione napoleonica realizzarono il disegno di un ordinamento burocratico della magistratura, “*invano perseguito dalla monarchia assoluta*”: il divieto di emanare disposizioni di carattere generale e la sottrazione di ogni potere di *vérification* e di *enregistrement* degli editti regi – come quelli esercitati, con l’interinazione, dai grandi tribunali italiani e dai parlamenti francesi – trasformarono il profilo della magistratura rispetto a quello del potere politico. La prima non poteva più conservare un ruolo di contropotere rispetto al secondo e non si trattava più di “*dosare i poteri in modo che si limitassero e si frenassero a vicenda*”, poiché si trattava invece di assicurare una “*sintonia del potere amministrativo e di quello giudiziario con il potere legislativo, al quale veniva attribuito un ruolo privilegiato, perché legittimato dalla rappresentanza popolare*”²⁴. La questione dei poteri interpretativi del giudice, e dell’interprete in generale, nel nuovo ordine inaugurato dalle codificazioni dell’ottocento, non dovrebbe prescindere perciò da più ampie coordinate istituzionali, politiche, etiche. Su questo nesso, potrei dire, fra interpretazione, società ed istituzioni, nesso che mi sembra centrale anche per l’apprezzamento delle questioni più strettamente legate ai principi e alle tecniche argomentative usate per l’interpretazione ed applicazione giuridica, tornerò ancora in queste pagine.

²² Così J.É.M. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, in P.A. FENET (a cura di), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, I, Paris, 1836, p. 470. La frase riportata nel testo, tratta dal *Discours préliminaire* di Portalis, merita di essere citata per intero: “*Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l’empire de l’usage, à la discussion des hommes instruits, à l’arbitrage des juges. L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes fécondes en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*” (pp. 469 s.). E ancora: “*De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s’épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vraie supplément de la législation*” (*ibidem*). V. anche A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 1, *Le fonti scritte*, Torino, 1998, p. 435, ma già P. KOSCHAKER, *L’Europa e il diritto romano* (1947), trad. it., Firenze, 1962, pp. 316 ss.

²³ Cfr. G. GORLA, *I “Grandi Tribunali”*, cit., c. 649. Si v., a questo proposito, almeno gli studi di M. D’ADDIO, *Politica e Magistratura*, Milano, 1966, pp. 35 ss. e 41; e di A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 102 ss. e, più ampiamente, l’intero cap. IV.

²⁴ V. A. GIULIANI, N. PICARDI, *op.cit.*, pp. 70 s.

5. Le regole sull'interpretazione nei codici dell'ottocento: problemi ermeneutici e problemi socio-istituzionali

Nel corso del secolo XIX le disposizioni contenute in due codificazioni, quella austriaca del 1811 (§§ 6 e 7) e quella albertina del 1837 (artt. 14 e 15), possono considerarsi “*precedenti storici immediati*”²⁵ dell'art. 3 preleggi del 1865 e dell'art. 12 preleggi del 1942. Se, per un verso, comparivano già, in questi precetti, formulazioni che poi ritroveremo nei codici italiani del 1865 e del 1942 – in particolare, quella secondo cui “*nell'applicare la legge non è lecito d'attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse e dalla (chiara: così il § 6 ABGB) intenzione del legislatore*”, come stabilito sia dall'art. 14 codice albertino che dal § 6 dell'ABGB – per l'altro sia l'art. 15 del codice albertino che il § 7 del codice civile austriaco usavano ancora una terminologia che, come sappiamo, era quella del diritto comune, e lo facevano per il caso in cui non si desse una diretta disciplina da parte del legislatore (modernamente, diremmo, nel caso in cui si dovesse ricorrere all'integrazione della legge). Qualora cioè, stabilivano quelle disposizioni, il caso, o la controversia (era dunque esplicito il riferimento al problema applicativo proprio del giudice) non potesse decidersi né “*dalla parola, (secondo le parole: così il § 7 ABGB) né dal senso naturale della legge, (secondo il senso naturale della legge: così il cit. § 7) si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise, ed ai fondamenti (motivi: cit. § 7) di altre leggi analoghe*”.

Riappariva perciò, in queste disposizioni, il concetto di *casus legis*, di legge espressa e precisa sul caso, che sappiamo essere espressione di un carattere prevalentemente casistico dei precetti del diritto comune e romano, un concetto la cui eco continuava a farsi sentire anche nel nuovo ambiente della codificazione. Anche il riferimento ai casi consimili sembrava rinviare all'uso dell'argomentazione *a similibus* propria del diritto comune già dai tempi dei glossatori. Le *rationes*, infine, apparivano trasfigurate nei principi generali (*di diritto, secondo il codice albertino, di diritto naturale, secondo quello austriaco*)²⁶.

Il detto riferimento alla tradizione del diritto comune era tuttavia speso, in quelle disposizioni codicistiche, per avvalorare un ruolo attivo del giudice nel processo interpretativo. Era ormai lontana, cioè, l'impostazione promossa, come si è visto, nella Francia del periodo rivoluzionario e a Napoli nel 1774: il giudice non era più un esecutore meccanico della volontà del legislatore. Certo, le parole della legge, il significato che poteva farsi palese dalla sua lettera, dovevano essere valutati dal giudice; e doveva essere valutata, e prima ancora ricercata, la sua volontà. Sappiamo che questi elementi (lettera e volontà) saranno al centro, nel corso del secolo XIX, di tutta una fitta rete di ragionamenti che ne renderanno complessa la decifrazione. Ma, per ora, vorrei limitarmi a notare, ancora seguendo Gorla, che lettera della legge e volontà del legislatore furono considerati elementi di un'attività di valutazione interpretativa che era restituita al giudice; che non si pretendeva di sottrargli tale valutazione per conferirla al legislatore; che la valutazione interpretativa, in assenza di precise disposizioni,

²⁵ In tal senso G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., p. 445.

²⁶ Su tutto ciò v. ancora G. GORLA, *op. ult. cit.*, pp. 465 s.

poteva ed anzi doveva dirigersi verso l'argomentazione analogica e, nel caso che questa non soccorresse, verso i principi generali del diritto.

Era al centro dell'attenzione del legislatore codicistico il comportamento del giudice, la sua attività interpretativa in vista dell'applicazione, certamente anche i limiti di tale attività, alla luce sia dell'esperienza plurisecolare dell'*interpretatio* degli strati normativi del diritto comune (esperienza ricca, complessa, anche contraddittoria, ma che certamente non si poteva liquidare con un semplice tratto di penna), sia della nuova situazione prodottasi con la legislazione codicistica.

Le vicende storiche che, seguendo Gorla, abbiamo sunteggiato, spiegano cioè le ragioni per cui in questi precedenti normativi immediati delle, ancora vigenti, disposizioni preliminari in tema di interpretazione, il centro fosse il giudice e la sua attività interpretativa ed applicativa del diritto, non invece l'interpretazione in sé considerata. Il fatto è che queste disposizioni affrontavano, prima ancora che un problema attinente alla ermeneutica giuridica, una delicata questione relativa ai rapporti fra poteri, questione tanto più delicata perché segnata da una serie di mutazioni profonde di tali rapporti, in cui erano coinvolti fattori istituzionali, sociali, etici, cui abbiamo già accennato²⁷. Si pensi, per suggerire solo qualche esempio della varietà e complessità di questioni coinvolte nel tema dei compiti del giudice, che mentre in Francia la Cassazione fu unica sin dal 1791 in Italia la pluralità delle Cassazioni contribuì, probabilmente – lo vedremo meglio fra poco – ad una visione rigida della legislazione codicistica come fattore di unificazione nazionale e come argine ad una regionalizzazione dell'interpretazione²⁸, e perciò anche come limite all'estensione e penetrazione dell'attività interpretativa del giudice.

Si pensi, inoltre, alle vicende che segnarono prima la magistratura sabauda e poi quella italiana, che furono oggetto di ricorrenti epurazioni da parte del potere politico. Il governo piemontese, poi quello italiano, cercarono, "con leggi e provvedimenti vari... di asservire a sé la magistratura e di esautorarla come terzo potere. Questi provvedimenti riguardava-

²⁷ Secondo Gorla le disposizioni in esame "sia pure dettando al giudice i criteri per decidere le liti...contemporaneamente, e forse principalmente, almeno dal punto di vista storico, vengono a restituire o a riconoscere al giudice quel potere di interpretare le leggi che gli era stato contestato per tutte le leggi a Napoli nel 1774 e soprattutto durante la rivoluzione francese fino al code civil...; e che gli era stato negato, per quanto riguarda le leggi del principe, in Piemonte...Quegli articoli vengono così a risolvere un problema concernente i poteri del giudice" (op.ult.cit., p. 466). Dunque, un problema concernente i poteri del giudice. Per un verso, come vedremo meglio più avanti, tali poteri erano al centro del tentativo di delimitazione dell'attività interpretativa del giudice, una delimitazione che stabiliva certamente vincoli (la lettera, la volontà del legislatore) ma che al contempo estendeva tale attività anche ai casi in cui la controversia si trovasse di fronte al *silence et obscurité de la loi*. Per l'altro, come detto nel testo, tali poteri non potevano essere letti se non nel più ampio quadro che caratterizzava le trasformazioni del ruolo del giudice nei rapporti fra poteri, un quadro certo non solo formale, cristallizzato in un modello astratto, ma composto di elementi che erano la storia stessa dei concreti rapporti fra istituzioni e, più ampiamente, delle trasformazioni sociali nelle nazioni europee. Si noti che sia il § 8 del c.c. austriaco che l'art. 16 di quello albertino riservavano al legislatore l'*interpretatio generalis et necessaria* (diremmo oggi: autentica). L'art. 16 cit. diventerà poi l'art. 73 dello statuto albertino: "l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo". Si noti ancora che in Italia, nel passaggio dalle disposizioni preliminari al codice del 1865 a quelle del 1942, il ruolo del giudice è ulteriormente delimitato dal capo I delle preleggi, che nel 1942 indica le fonti del diritto segnando un perimetro più preciso rispetto a quello offerto dal solo art. 1 preleggi del 1865, che trattava esclusivamente delle leggi.

²⁸ V. G. GORLA, I "Grandi Tribunali", cit., c. 650.

no la carriera dei magistrati, i loro trasferimenti e, in generale, il controllo del Ministro di Grazia e Giustizia sul corpo della magistratura...Ne nacque quella che si poteva chiamare la onnipotenza del governo parlamentare. Nella 'divisione dei poteri' questi fece la parte del leone²⁹.

Vorrei pertanto insistere su questo punto, sul quale del resto ancora tornerò: la discussione attorno all'interpretazione giuridica, come mostra la storia delle norme sulle norme in materia, non può concentrarsi esclusivamente sui temi strettamente ermeneutici. La speciale attenzione rivolta all'applicazione giudiziaria del diritto rivela un nesso che stringe insieme interpretazione, rapporti fra potere politico e magistratura, ruolo del giudice nella società, impatto di questo ruolo nell'opinione pubblica, peculiare esigenza di valutazione dei fatti adottati in una controversia giudiziale. Considerazione, questa, che vorrebbe confermare (vorrei sottolinearlo: non è vero il contrario, cioè che smentisca) l'idea che il giudice non sia in alcun modo unico interprete né interprete privilegiato, perché è invece il cittadino, ogni cittadino, l'interlocutore per antonomasia dell'esperienza giuridica³⁰. In fondo, proprio sul cittadino, su ogni cittadino, ricade infatti il nesso fra interpretazione giuridica, rapporti fra poteri, ruolo del giudice.

6. Interpretazione come creazione? In margine all'uso della metafora

Torniamo, allora, all'art. 3 preleggi del 1865 e 12 preleggi del 1942. La ricerca storica di Gorla aveva l'obiettivo, che a me sembra sia stato pienamente conseguito, di spiegare la ragione per cui la formulazione letterale di queste disposizioni facesse riferimento esplicito alla (sola) interpretazione (e applicazione) giudiziale invece che all'interpretazione *tout court*. Tuttavia, è lo stesso Gorla a riconoscere che l'art. 3 e l'art. 12 furono e sono intesi (e lo furono anche dai loro redattori) nel senso "che in essi si ponga e si risolva il problema della

²⁹ G. GORLA, *op.ult.cit.*, c. 649. Si v. altresì, diffusamente, M. D'ADDIO, *Politica e magistratura*, cit., pp. 20 ss., nonché A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 99 ss. (per il regno sabauda); 106 ss. (per la situazione successiva all'unificazione, dall'ordinamento giudiziario del 1865 alla legge Orlando del 1908), secondo i quali, dopo l'unificazione, pur non essendo messa in discussione la concezione del giudice funzionario e la sua soggezione al controllo governativo, si andò tuttavia anche affermando "l'idea del magistrato come strumento neutrale per l'attuazione della legge. Il giudice assunse, in altri termini, la duplice veste di tecnico e di pubblico funzionario" (p. 112).

³⁰ V., a tal proposito, la critica condivisibile di M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 401 s. e 427 s., specie laddove afferma che le questioni interpretative ed applicative dovrebbero essere sottratte non solo al monopolio del giudice ma anche a quello del ceto dei giuristi ed invece estese "alla vita reale dei comuni destinatari dei precetti giuridici" (p. 428). Ciò perché, in fondo, l'esperienza giuridica, nella varietà delle sue manifestazioni, ha però questo tratto comune, che investe tutti gli interessati, riguarda tutti, non solo coloro che sono provvisti di preparazione tecnica; e, almeno per il mondo contemporaneo, potremmo ripetere l'osservazione di Tullio ASCARELLI, *Prefazione*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. XIV, n. 7, che "il diritto, appunto perché fondato, in via definitiva, sulla generale concordanza, non è monopolio del giurista, ma patrimonio comune dell'umanità". Solo una rigida versione della concezione imperativa del diritto, forse ancora non del tutto scongiurata, potrebbe oggi sospettare di "irenismo" queste parole di Ascarelli.

(delle regole di) interpretazione della legge riguardante l'interprete in genere"³¹, benché sia la loro storia che la loro lettera suggerisca che essi erano piuttosto diretti ad affrontare il problema dei poteri e dei doveri del giudice e del modo di decidere le liti e non quello, riguardante ogni interprete del diritto (dunque ogni interessato), dei criteri da seguire per l'ermeneutica giuridica. Possiamo, a questo punto, tornare alla questione, da cui eravamo partiti, della c.d. creazione giudiziaria del diritto – questione che sembra spesso voler assorbire il problema dell'interpretazione giuridica, sia che si sostenga sia che si avversi una funzione nomopoietica del giudice – e ad una sua valutazione.

Vorrei a questo proposito notare che forse non si è abbastanza riflettuto sull'appropriatezza della metafora della creazione a proposito dell'interpretazione giuridica, appropriatezza che è discutibile. All'uso della metafora non si può beninteso imputare carenza di precisa denotazione, che non sarebbe possibile ottenere in generale con il linguaggio ordinario, tanto meno con il ricorso alla metafora. Si può tuttavia dubitare della idoneità della somiglianza che essa formula: nel nostro caso fra creazione del diritto e sua interpretazione. In effetti, altro è ammettere che, attraverso l'interpretazione, si contribuisca non alla creazione del diritto ma alla determinazione dei significati di ciò che è diritto, e che anzi il detto contributo sia necessario affinché quella determinazione avvenga. Altro è invece assumere senz'altro, in un'ottica di stipulazione definitoria, che se l'interpretazione giuridica è in qualche modo creativa, allora dovrebbe essere, se non creazione *ex nihilo*, almeno definizione delle condizioni di possibilità dell'agire di un altro attore³², come vorrebbe Massimo Luciani. Ma se il giudice, e l'interprete in generale, è vincolato dalle condizioni di possibilità poste dal dato legislativo e, come lo stesso Luciani riconosce, anche da altri fattori, diversi dalla lettera dei precetti, tuttavia le sue interpretazioni ed applicazioni giudiziali sono, a loro volta, condizione di possibilità non solo dell'agire di tutti i consociati ma anche dell'azione dei pubblici poteri e dello stesso legislatore, che nella sua attività nomopoietica dovrebbe meditare le scelte da privilegiare anche alla luce dei possibili esiti interpretativi che su esse si eserciteranno e alla luce dei precedenti inerenti materie analoghe. In fondo, se l'attività interpretativa,

³¹ V. G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., p. 470.

³² In tal senso M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 423, sulla base di un tentativo di *definizione*, di stipulazione definitoria, del termine "creazione" per il campo dell'azione umana. Tentativo forse destinato all'insuccesso, se si parte dalla premessa che il linguaggio ordinario, che anche il diritto usa, non è preciso ma confuso, aperto all'uso della metafora, e che in esso non può darsi esatta corrispondenza fra le parole e le cose: "i termini del diritto hanno una vasta area di significazioni", scriveva A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, 1954, p. 95. Sul nesso che lega la indefettibilità delle valutazioni da parte dell'interprete al linguaggio ordinario usato dal diritto v. anche T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., pp. XXI s.; secondo il quale un limite alla polisemia del linguaggio deriva (o dovrebbe derivare: sul punto tornerò più avanti), "dalle auto-interpretazioni lessicali del sistema", ma "la mancanza di un linguaggio convenzionale nel diritto non costituisce un semplice accidente dovuto a difficoltà pratiche...ma deriva...dalla impossibilità di ridurre un sistema dato ad un campo chiuso che elimini la necessità del ricorso alle valutazioni dell'interprete". Sul rapporto fra metafora e similitudine, a partire dalla *Poetica* e dalla *Retorica* aristoteliche, moltissimo ci sarebbe da dire, specie tenendo conto degli studi di Giuliani, ma non posso farlo in questa sede. Vorrei limitarmi a ricordare che "far metafora è vedere due cose in una sola" (così P. RICOEUR, *La metafora viva. Dalla retorica alla poetica: per un linguaggio di rivelazione* (1975), Milano, 1981, p. 32), e perciò è essenziale un controllo sull'appropriatezza della similitudine istituita dalla metafora, specie nell'esperienza giuridica, nella quale il giurista dovrebbe spesso impegnarsi in un compito di correzione delle metafore: v. A. GIULIANI, *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1970, p. 378.

come attività tesa all'intendere, è sempre processo triadico, che suppone due soggetti, l'emittente (o artiere) e l'interprete, e un'oggettivazione dell'attività del primo, che possa darsi all'impegno di sensibilità ed intelligenza del secondo, è piuttosto nei termini di una collaborazione, non di una creazione, che dovremmo intendere l'attività interpretativa³³.

³³ Il riferimento è alle pagine di E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), I, Milano, 1990, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, pp. 59 ss., spec. p. 65 s.: "L'energia evocativa del messaggio lanciato non è qualcosa di insito in esso di per sé solo, ma frutto di collaborazione da parte di chi è chiamato a raccogliergli" (p. 65). Ed il messaggio non è semplicemente oggetto di un'apprensione meccanica, poiché il processo inventivo imputabile all'autore, all'emittente – nel nostro caso, al legislatore – subisce e deve subire una *inversione* nel processo dell'attività interpretativa: "Si tratta sempre – dinanzi all'opera compiuta e uscita dalle mani dell'artiere – di raccogliergli l'esigenza che sollecita la spontaneità spirituale di chi è chiamato ad intendere e che non può essere soddisfatta senza l'attiva collaborazione di interpreti. Esigenza, che parte da un oggetto, costituito da forme rappresentative, nelle quali l'altrui spirito si è oggettivato, e perviene ad un soggetto (interprete), che è spirito attuale, vivente e pensante, spronato e mosso ad intendere da interessi della vita presente, che possono essere variamente orientati" (p. 260). La collaborazione presuppone rispetto ed anzi consonanza: elaborando i canoni che dovrebbero garantire l'esito epistemologico dell'interpretazione, Betti mette a punto quello dell'*autonomia* ermeneutica, o dell'*immanenza* del criterio ermeneutico, in virtù del quale "sensus non est inferendus sed effe-rendus...il senso di cui si tratta, non si deve indebitamente e surrettiziamente introdurre, ma si deve, al contrario, estrarre, ricavare dalla forma rappresentativa. Contro ogni arbitrio soggettivo, il canone in parola impone di rispettare l'oggetto nel suo peculiare modo di essere, ed esige che sia misurato col suo stesso metro" (p. 305). Su questo canone v. anche ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, 2^a ed. riveduta ed ampliata, a cura di G. Crifò, Milano, 1971, p. 14 (una completa sovversione del canone deriva dall'impostazione "postmoderna" di D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Cambridge(Ma)-London, 1997, pp. 180 ss., secondo il quale una componente strategica, cioè orientata a perseguire determinate *policies*, è non solo inevitabile ma anche compatibile con il ruolo del giudice: v. anche ID., *Due interpretazioni del postmodernismo come teoria giuridica dell'interpretazione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 83 ss., spec. 90 s. Questa impostazione è ulteriormente esasperata da P.G. MONATERI, "All this and so much more": critica all'argomentazione e non interpretivismo, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione*, cit., pp. 163 ss., che arriva a ritenere che le attività interpretative dei giuristi non siano davvero interpretative ma "problemi di 'governance'" (p. 172), ma v. anche ID., *Correct our Watches by the Public Clocks. Interpretazione del diritto e nihilismo giuridico*, in G. VATTIMO – J. DERRIDA (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Bari, 1998, pp. 189 ss.). Se dunque è vero che Betti richiama il vincolo di subordinazione dell'interprete alla norma, come ricorda M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 433, è tuttavia necessario che il canone dell'autonomia dell'intendere, come meglio vedremo più avanti, dal quale quella subordinazione deriva, sia letto insieme agli altri canoni, così da rappresentare la complessità del processo dell'intendere, anche per il caso dell'interpretazione giuridica. Configura in termini diversi il rapporto triadico che caratterizza l'interpretazione G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 172, secondo cui il detto rapporto si realizza "fra ciò che è interpretato, chi interpreta e il destinatario dell'interpretazione". È difficile comprendere, tuttavia, come si possa ritenere di escludere dalla relazione interpretativa l'autore dell'oggetto interpretato, specie nel caso dell'interpretazione giuridica dove non è tanto rilevante la mera volontà soggettiva dell'autore – specie se intesa in termini psicologici – ma certamente i suoi scopi, i suoi obiettivi, i suoi valori di riferimento, come meglio vedremo più avanti. D'altra parte, il destinatario dell'interpretazione è, appunto, tale, "destinatario", e come tale non partecipa del suo formarsi. Certo, come soggetto capace di partecipare, influenzandola con i suoi punti di vista, ad una discussione pubblica sull'interpretazione, anche ed in quanto direttamente coinvolto, come destinatario dell'altrui interpretazione ed applicazione del diritto, egli potrà dirsi partecipe di un contesto comunicativo nell'esperienza giuridica. Ma in quanto destinatario egli subisce l'interpretazione, che lo investe con le conseguenze che comporta nella sua propria vita. Fondamentale è poi meditare, a proposito del rapporto fra legislazione e giurisdizione, il contributo di A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., pp. 13 ss.: dal punto di vista di Giuliani non si tratta certo di rimettere in discussione il principio di legalità e il valore della certezza del diritto ma di comprendere che "l'aumento dei poteri del legislatore rompe l'equilibrio, determinando – al di là e contro le sue intenzioni – l'aumento incontrollabile dei poteri del giudice" (p. 28). Tutta l'argomentazione di Giuliani si basa su un'analisi storica dei poteri del legislatore e dei giudici, in virtù della quale egli sostiene che "il rapporto tra legislazione e giurisdizione è un aspetto particolare della divisione della conoscenza e della divisione dei ruoli nell'uso della conoscenza pratica" (p. 35). La storia di questo rapporto mostra che il ruolo del legislatore non è frutto "di sforzi conoscitivi individuali" ma "un capitolo della storia della intelligenza collettiva" e "le radici del diritto vanno ricercate in un patrimonio che è comune a tutta l'umanità" (p. 44). In fondo, "nel conflitto dei valori, nes-

Ciò detto, e con riserva di tornare sull'argomento, è ancora Gorla a ricordarci che, nel diritto comune, se poteva parlarsi di una funzione creativa della giurisprudenza si poteva farlo in senso molto diverso da quello in cui tale funzione creativa è riconosciuta (o negata) al giudice dopo l'avvento delle codificazioni³⁴. Come si ricorderà, infatti, l'*interpretatio* si apriva e fondava sul terreno dissodato dalle *rationes* e dalle *auctoritates* e al di là del *casus legis*, al di fuori cioè dei casi precisamente ed espressamente decisi dalla legge; inoltre, il *casus legis* aveva prevalentemente carattere casistico e solo a partire dalle moderne codificazioni prevalsero nella legislazione norme di carattere generalizzante. Ora, mentre i giudici del diritto comune, specie i grandi tribunali formati da esperti giuristi, intesero il proprio ruolo, in quanto titolari dei poteri di *interpretatio*, appunto e proprio come riconoscimento di un potere – che ne bilanciava altri – esercitabile in mancanza della precisa disposizione di legge, del *casus legis*; nel nuovo contesto, successivo alle codificazioni, il riferimento alla precisa disposizione di legge, nel senso del *casus legis* – lo nota lo stesso Gorla³⁵ – prese soprattutto a significare che, nonostante il suo difetto, la sua mancanza, il giudice poteva e doveva decidere, benché con i vincoli che gli derivavano dal procedimento analogico e dai principi generali. Quando le leggi erano prevalentemente casistiche – annota ancora Gorla – come nel diritto comune, si aprivano margini interpretativi significativi per il dottore e poi per il giudice, specie (non solo) perché nella prassi si pretendeva che il caso da decidere fosse strettamente, come si diceva, *in terminis*, puntuale rispetto al *casus legis*, che solo allora poteva dirsi vincolante. Successivamente, come abbiamo visto (sempre seguendo Gorla), prima a Napoli poi in Francia il *référé* ebbe proprio (ma in termini velleitari) la funzione di eliminare questo margine interpretativo, pretendendo di ridurre la funzione del giudice alla mera, meccanica, applicazione del *casus legis*³⁶. La legislazione codicistica superava questa pretesa: in un nuovo contesto, intessuto di precetti a carattere generale ed astratto e ormai lontano dalla stretta aderenza fra caso regolato dalla legge e caso *sub iudice*, lo spazio interpretativo del giudice risultava assai ampio ma per ragioni diverse, e il riferimento alla lettera, alla volontà del legislatore,

suna ragione individuale è in grado di individuare la soluzione giusta ed opportuna: tale valutazione è un'impresa collettiva, che matura lentamente nel tempo e nel dissenso" (p. 45). Vedremo appunto più avanti – specie nel corso dei §§ 8 e, soprattutto, 9 – come la patologia dei rapporti fra legislazione e giurisdizione, con la pretesa della prima, seguendo il canone giuspositivo, di ridurre la seconda a meccanico esecutore della sua volontà, si sia tradotta proprio nell'opposta conseguenza di espandere i poteri del giudice.

³⁴ Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., pp. 471 ss. Sugli eccessi di una "giurisdizione senza legislazione", che portò a Napoli verso un'anarchia istituzionale nel tardo diritto comune – e da cui derivò, come sappiamo, il dispaccio napoletano del 1774 – v. ancora A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, pp. 23 ss. Un'inflazione legislativa che "pretendeva di avere tante leggi quanti sono i casi" (p. 24), si tradusse in una crisi istituzionale profonda che sovvertì il ruolo del legislatore a vantaggio del giudice. Si v. anche R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, I, *La vita giudiziaria*, Napoli, 1961; P.L. ROVITO, *Respubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento*, Napoli, 1961. Su questi temi e su questo periodo della storia napoletana si stende il genio di Vico: "Perciò un tempo le leggi erano concepite con riguardo a ciò che accade per lo più, ora con riferimento ai fatti più specifici. Ed allo stesso modo un tempo c'erano poche leggi, innumerevoli privilegi; oggi ci sono leggi così specifiche che paiono essere innumerevoli privilegi" (*De nostri temporis studiorum ratione* (1708), trad. it., Pisa, 2010, p. 111). Sull'inflazione legislativa ed i più recenti tentativi, tutti falliti, di porvi rimedio, v. *infra*, n. 75.

³⁵ V. G. GORLA, *op.ult.cit.*, pp. 471 ss.

³⁶ Su tutto ciò ancora G. GORLA, *op.ult.cit.*, p. 472.

all'analogia ed ai principi generali valse come individuazione di limiti che avrebbero dovuto segnare il perimetro.

Si tratta, allora, preso atto che le disposizioni delle preleggi in tema di interpretazione contengono un linguaggio che *“pur riecheggiando i suoi precedenti storici, è decaduto da quello di un grosso episodio dei rapporti o contrasti fra giudici e legislatori a quello di canoni sul modo di interpretare la legge concernenti tutti gli interessati”*³⁷, di seguirne ancora la storia per cercare di capire se ci sia (un) e quale sia (il) loro ruolo nell'esperienza giuridica contemporanea.

È necessario, in effetti, considerare che la storia delle norme sull'interpretazione è legata alle trasformazioni delle teorie sull'interpretazione giuridica e alle vicende culturali, sociali ed istituzionali che hanno influito sulla configurazione dei ruoli di legislazione, giurisprudenza teorica e pratica, interessi presenti nell'esperienza giuridica, valori che ne sono la base etica, economica, religiosa, ecc. Pertanto, è seguendo quella storia che la tesi dell'interpretazione giuridica come attività collaborativa, come elemento che concorre alla formazione di una più ampia e complessa esperienza, può essere confermata o smentita. Più in particolare, come si vedrà, quella storia è rilevante per coloro che si interrogano intorno ai contorni di questa collaborazione, specie sul compito decisivo dei giudici e su quello, più modesto, della dottrina. Ed è rilevante, inoltre, per chi intenda riflettere sul nesso che lega questi compiti ad una appropriata teorizzazione delle norme sulle norme, che sia cioè capace di fornire non una dottrina autoritativa sul terreno ermeneutico e su quello istituzionale dei rapporti fra poteri, bensì una elaborazione convincente su un piano gnoseologico, e perciò anche critico; e su un piano altresì giustificativo, e perciò legato alla dimensione pratica dei problemi giuridici che sono sempre problemi concreti, connessi a casi determinati, anche quando non nascano nel processo ma siano occasionati da altri contesti, comunque rilevanti dal punto di vista dell'esperienza giuridica. Queste considerazioni appariranno, si confida, più chiare già dal § che segue, specie nel mettere a fuoco un rapporto fra norme sulle norme e norme di riconoscimento (v. *infra*, nota 52), rapporto che, nell'economia di questo studio, è decisivo per comprendere non solo la storia dei precetti in materia di interpretazione ma anche per affrontare la crescente complessità dei problemi dell'ermeneutica giuridica.

7. Il positivismo codicistico: l'interpretazione come dichiarazione della volontà legislativa

Si comprenderà come superi ampiamente i limiti di questo lavoro una ricostruzione che investa la diversa calibratura dei titoli preliminari nei principali modelli di codificazione, cioè quella prussiana, quella austriaca e quella francese (che, com'è noto, optò per la soluzione di non elaborare un titolo preliminare ma di inserire all'inizio del *Code*, come premessa, e non come titolo preliminare, sei disposizioni, fra cui quelle già richiamate degli artt. 4 e 5

³⁷ G. GORLA, *op.loc.cit.*

(*deni de justice e divieto di arretrati de règlement*). Se è vero che l'affermarsi del positivismo giuridico tentò di accreditare soluzioni ermeneutiche imperniate sul primato della legge e sulla subordinazione del giudice, è altresì vero che nei diversi contesti storici – tedesco, austriaco, francese, italiano – queste soluzioni ermeneutiche furono poi tradotte attribuendo significati diversi ai principi contenuti nelle disposizioni preliminari. Giuliani, per esempio, segnala che l'irretroattività della legge era considerata con insofferenza dal legislatore francese, a differenza di quelli prussiano ed austriaco³⁸. Vorrei limitarmi a notare, tuttavia, che l'idea che l'interpretazione giuridica, provenisse dal giudice o da chiunque altro, non avesse altro ruolo se non quello di rintracciare ciò che già si trovava nelle leggi, poiché queste, ed in specie i codici, offrivano un materiale normativo pressoché completo all'interprete; questa idea, se non era stata nelle menti dei redattori dei codici, tuttavia diventò gradualmente dominante fra la seconda metà del secolo XIX ed i primi del XX, appunto per effetto dell'affermarsi del positivismo codicistico.

E' stata proprio la ricerca di Alessandro Giuliani ad illustrare come il positivismo giuridico abbia ereditato la dottrina delle *leges legum*, che erano state elaborate già dalla seconda scolastica all'inizio del XVII secolo (il trattato *De Legibus* di Francisco Suarez è del 1612) e poi accolte dal diritto naturale moderno, condividendo l'idea che la scienza giuridica poteva disporre, come altre scienze, di rigorosi assiomi, e fra questi di alcuni rigidi principi in materia di interpretazione ed applicazione della legge³⁹. Da un lato, pertanto, il positivismo giuridico potrà – dopo che l'aveva fatto la dottrina giusnaturalista e razionalista – sfruttare una elabo-

³⁸ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., pp. 389 ss.

³⁹ Questi principi investivano le questioni dell'obbligatorietà della legge, della sua vigenza nello spazio e nel tempo, della sua interpretazione, e furono elaborati nel trattato di Suarez con "*rigorosa formulazione sulla base di una nuova metafisica del diritto*". Essi avevano "*un carattere imperativo, precettivo, normativo in quanto garantiscono la riduzione della fenomenologia del diritto alla legge, eliminando ogni arbitrio del giudice*" (A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 383, n. 8). In questo ordine di idee, la riduzione del diritto alla legge coincideva, annota ancora Giuliani, con un'esigenza di certezza, che "*è in funzione di un problema morale: la responsabilità individuale presuppone una norma certa, che precede la condotta umana*". Ne derivava, come logica conseguenza, che non avrebbe dovuto ammettersi il dubbio sulla regola da applicare al caso: "*il principale effetto della legge è l'obbligo, la quale 'non oritur nisi ex virtute legis'*" (v. ancora A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 384). Il giusnaturalismo moderno (Pufendorf, Wolff e la scuola sistematica), fra XVII e XVIII secolo, accolse questi principi, elaborò un sistema chiuso di fonti del diritto – in contrasto con l'assetto delle fonti proprio, come abbiamo visto, del diritto comune – mise a punto, a sua volta, una rigida dottrina dei principi relativi all'applicazione della legge, una dottrina dove i rigorosi assiomi logici erano consapevoli dei propri "*riflessi costituzionali, in quanto il mutamento del diritto può avvenire solo in relazione alla volontà consapevole del legislatore (ejus est abrogare cujus est condere)*" (p. 385, n. 11). Le parti generali dei trattati giuridici, elaborati dalla pandettistica, e i titoli preliminari dei codici costituirono i "*canali di diffusione*" di questi principi (*ibidem*). E' noto che la discussione intorno al ruolo dominante del legislatore negli ordinamenti giuridici caratterizzati dalle nuove legislazioni codicistiche trovò un punto di emersione particolarmente rilevante nella notissima controversia tra Thibaut e Savigny, richiamata anche nel saggio sulle disposizioni preliminari di Giuliani. Vorrei limitarmi qui a ricordare che la polemica di Savigny, dirigendosi contro la sopravvalutazione di quel ruolo, contestava il "*valore assoluto, che si attribuisce nei tempi moderni ai nuovi codici completi, e le splendide speranze, che si annettono alla compilazione di questi*" (v. F.C. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja, Torino, 1886, I, p. 182); e che i rischi maggiori che sarebbero derivati da quella sopravvalutazione concernevano il principio (e direi anche il valore) della certezza del diritto. Un principio, ed un valore, che rischiavano, contro le intenzioni dei difensori del positivismo giuridico, di essere travolti da un rapporto esclusivo, nudo, fra legislatore e giudice, non più vivificato dalla relazione e, nell'ottica savignyana, dalla subordinazione, alla scienza, un rapporto che avrebbe determinato "*l'aumento dei poteri del giudice, il suo arbitrio: Savigny insomma profetizza un fenomeno che ai nostri giorni è divenuto macroscopico*" (A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 388, ma v. anche *infra*, pp. 489 s., n. 6; nonché le considerazioni richiamate *supra*, nn. 33 e 34).

razione di principi in materia di interpretazione orientati ad esaltare il ruolo nomopoietico del legislatore e ad intendere quello dell'interprete, e del giudice in particolare – cui spetta l'applicazione della legge al caso – come espressione di un'attività applicativa in senso puramente meccanico, attività concepita come ritrovamento ed enunciazione (per il caso concreto) di una volontà già espressa (in generale) dalla legge. Dall'altro, la dottrina giuspositiva, specie (ma non solo) nella versione francese accreditata dalla *école de l'exégèse*, poteva persino sostenere che l'interpretazione giuridica non fosse necessariamente vincolata da ogni sorta di principi elaborati dalla scienza in materia di interpretazione, una volta ammesso che quest'ultima dovesse intendersi come diretta a “*scoprire la sententia legis, essendo sententia uguale a senso; ma senso della legge era quello con cui il legislatore l'aveva voluta, o, come si diceva il suo comando... sforzo dell'interprete era rendere più chiaro possibile questo comando espresso nella lettera del testo*”⁴⁰.

Prescindere da principi in materia di interpretazione, beninteso, non significava tuttavia prescindere dall'interpretazione *tout court*: se il legislatore non procedeva più per via casistica, ne derivava che il suo dettato normativo non avrebbe potuto mai essere oggetto di pura, meccanica applicazione. Esso si sarebbe piuttosto manifestato in principi normativi, espressi in forma astratta, che spettava al giudice applicare ai casi concreti. Il legislatore, chiariva per esempio Giuseppe Saredo, che si trovi “*nella impossibilità di portare una decisione particolare su tutte le controversie... formula dei principi che il giudice deve in seguito applicare*”⁴¹. Se però i precetti normativi sono formulati in modo chiaro, così si ragionava (e ancora si ragiona⁴²) allora non dovrebbe darsi alcun àdito ad una ricerca dello spirito di essi.

L'interpretazione della legge avrebbe pertanto dovuto determinarsi nello spazio delineato da queste coordinate: per un verso la lettera del precetto, formulata in modo astratto, ha sempre necessità di un'attività interpretativa che ne dichiari il significato applicativo per il caso concreto; per l'altro, essa non deve essere forzata nel suo significato, specie quando esso appaia chiaramente alla comprensione dell'interprete, sicché ogni attività di questi orientata a coglierne lo spirito, quando la lettera è chiara, cade sotto una presunzione di attività interpretativa infedele, che mostrando di interpretare la legge, in realtà, le usa violenza,

⁴⁰ V. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 11. Questa insistenza sul rilievo decisivo della lettera del testo normativo a fini interpretativi era stata contestata già nel XVII secolo dal cardinale De Luca: “*Viziosi sono i puri scolastici, e i puri testuali, i quali da alcuni si chiamano i pedanti legali, perché fanno tutta la forza nella significazione grammaticale delle parole, o nell'induzione, e argomenti da senso contrario; senza badare ad altro, col puro rigore leguleico. Perché essendo la legge capace di diversi intelletti, bisogna camminare con quello, il quale, come più probabile, hanno abbracciato i Tribunali, e i Dottori*” (*Il dottor volgare*, Proemio, cap. VIII, cit. in A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 393, n. 27).

⁴¹ Cfr. G. SAREDO, *Trattato delle leggi dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione*, Firenze, 1886, p. 372.

⁴² Si v., per es., R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., pp. 240 ss. e, con il rinnovato impegno di ricerca che proviene dalle prospettive della filosofia analitica, le considerazioni di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., pp. 129 ss., con amplissime citazioni di A. PINO, *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Padova, 1996, pp. 243 ss., ove si insiste sulla esigenza di procedere alla lettura del testo con modalità oggettive ed alla decodificazione dei suoi enunciati tenendo conto delle sue strutture linguistiche, e ciò nel presupposto che la lingua del legislatore possa essere decifrata in termini oggettivi, nonostante si ammetta che sia talvolta percorsa da imprecisione e vaghezza.

facendo “*dire al legislatore il contrario di ciò che ha realmente ed espressamente detto*”⁴³. Non è difficile comprendere che se il giudice – a cui compete l’applicazione della legge ai casi concreti – è da un lato tenuto a decidere ogni caso che venga sottoposto al suo giudizio, poiché gli è vietato di denegare giustizia; e dall’altro deve decidere i casi che gli sono sottoposti applicando una norma di legge, se ne è potuto trarre che l’ordinamento giuridico è completo, costitutivamente privo di lacune. Infatti, poiché il giudice deve (e quindi può) risolvere ogni caso sottopostogli, e poiché deve (e quindi può) farlo applicando la legge, “è necessario che sia vero questo presupposto: che l’ordinamento giuridico offra per ogni caso una norma da applicare”⁴⁴. Il dogma della completezza iniziava così a farsi strada.

In fondo, l’idea della completezza dell’ordinamento giuridico non era perciò che l’altra faccia di quella che assegnava al giudice il solo compito di trovare ciò che è già depositato nelle leggi. Le stesse funzioni integrative riconosciute al giudice in assenza di una disposizione da applicare, cioè le funzioni attivabili con l’analogia e con il ricorso ai principi generali, dovevano considerarsi espressione non certo di una eterointegrazione ma frutto di una autointegrazione dell’ordinamento giuridico, inteso rigidamente come (solo) ordinamento legislativo. Nel caso dell’analogia, questo esito era raggiunto per il tramite della individuazione di una *identitas rationis* con quanto il legislatore aveva stabilito per altra fattispecie⁴⁵; nel caso dei principi generali, le disposizioni preliminari del 1942 avevano posto, come sappiamo, l’accento sull’esigenza che tali principi fossero ricavabili dall’ordinamento giuridico dello stato, cioè, ancora una volta, da leggi o da altre fonti – dopo l’avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano – ad esse sopraordinate⁴⁶.

Questi temi, della semplice dichiaratività dell’interpretazione giuridica, insieme con quello, connesso, della completezza dell’ordinamento, sono stati arati così tante volte che,

⁴³ V. G. SAREDO, *op.cit.*, p. 396, ma la tesi era largamente condivisa ed attestata, come ricorda Giannini, dalla diffusione di molti brocardi: *in claris non fit interpretatio; cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*, ecc.: v. M.S. GIANNINI, *op.loc.cit.*

⁴⁴ Così D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 2. Può essere interessante segnalare, nella discussione di dottrina in Italia di quei primi anni del secolo, la diversa prospettiva di G. BRUNETTI, *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, Modena, 1923, che dirotta l’attenzione dal tema della completezza e delle lacune per portarla verso quello del dubbio, tema questo, come sappiamo, che aveva avuto tutta una sua storia nel diritto comune. Brunetti aveva dedicato più di uno studio al tema delle lacune, per es. ID., *Il senso del problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, estr. da ID., *Scritti giuridici varii*, III, Firenze, 1917; ID., *Sulle dottrine che affermano l’esistenza di lacune nell’ordinamento giuridico*, in *Il dir.comm.*, 1918, pp. 43 ss. V. anche *infra*, n. 119. Si sarà notato il carattere astrattizzante del ragionamento che si indirizza verso la completezza, che è intesa come concetto che deriva, in termini di pura logica, dal presupposto che il giudice non fa che applicare la legge e che perciò tutto l’ambiente che ospita le attività applicative del diritto sia saturo di una costitutiva certezza. All’opposto, si sosterrà qui (v. *infra*, § 15) che sia l’incertezza la dimensione costitutiva dell’azione a cui è chiamata l’interpretazione giuridica, e che la certezza debba essere considerata come valore, come aspirazione, che corrisponde ad interessi decisivi per la società.

⁴⁵ V. *supra*, n. 7.

⁴⁶ V. R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., pp. 207ss. Insiste, di recente, sulla necessità che i principi del diritto (principi generali e costituzionali) trovino il proprio ancoraggio nelle disposizioni contenute in un testo normativo, nella lettera di esso, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 400, con rinvio alle riflessioni di G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 239: “in ogni caso il principio deve potersi desumere dalle espressioni linguistiche contenute nel testo costituzionale”; e già di A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile (1927)*, ora in ID., *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, pp. 158 ss.

davvero, non avrebbe senso rimuovere ancora il loro terreno: basti ricordare che, opportunamente, ad essi sono stati collegati i fenomeni dell'unificazione giuridica nazionale, e dunque delle codificazioni, e dell'affermarsi di concezioni logico-formali del diritto⁴⁷, in un quadro che pretendeva di riservare alla sola legislazione “*qualsivoglia funzione nello sviluppo del diritto*”⁴⁸.

Questa annotazione di Ascarelli è importante: già negli ultimi decenni del secolo XIX, e poi nei primi del novecento, Francia e Germania, è ben noto, assistevano al fiorire di dottrine che mettevano in discussione i rigidi postulati del positivismo giuridico: *l'école scientifique*⁴⁹, il c.d. diritto libero⁵⁰, la giurisprudenza degli interessi⁵¹, in fondo, hanno persino reso

⁴⁷ La letteratura è immensa: vorrei limitarmi a citare, fra i critici di queste concezioni, F. GENY, *Methodes d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954, 2^a ed., I, pp. 22 ss. e 73 ss., che richiamava la critica di Portalis al dogma della completezza, nel suo discorso preliminare sul *Code* del 1804, riaffermando il compito della interpretazione; e che da un lato sottolineava il ruolo della lettera come strumento della manifestazione del pensiero, di sollecitazione della comprensione dell'interprete – “*pour éveiller une pensée adéquate chez ceux à qui il s'adresse*” (pp. 276 s.) – e dall'altro insisteva sulla necessità che l'interpretazione giuridica sapesse adattare alle circostanze della vita sociale la disciplina normativa, determinandone la portata attuale: queste tesi, è noto, saranno pienamente sviluppate, in Italia, da Emilio Betti, per il quale, a differenza dell'interpretazione storica, quella giuridica non ha funzione puramente ricognitiva. Se, nel rivolgersi ad una forma rappresentativa, l'interpretazione deve in ogni caso sollecitare nell'interprete una collaborazione, un'attiva partecipazione, “*un incitamento alla nostra intelligenza, come un'esigenza di ritradurre, ricreare dal di dentro e riesprimere in noi, con le nostre categorie mentali, l'idea*” che la forma rappresentativa intendeva suscitare (v. già *supra*, n. 33, a proposito della c.d. inversione del processo creativo in quello ermeneutico); l'interpretazione giuridica, in particolare, a differenza di quella storica, non esaurisce il suo compito nell'acquisire una conoscenza (di un materiale normativo depositato nella lettera e che l'interpretazione dovrebbe limitarsi ad estrarre, già pronto, dal testo), poiché essa, invece, oltre che rievocare il “*senso originario della norma*” deve poi sintonizzare quel senso con “*la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto a questa la valutazione normativa dev'essere riferita*” (v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 10 e 27). Queste conclusioni sull'interpretazione giuridica sono motivate da Betti con riferimento al canone ermeneutico della adeguazione dell'intendere, o della corrispondenza o consonanza ermeneutica: l'interprete è per un verso richiamato a prescindere dai propri pregiudizi (qui si annidano le ragioni della polemica di Betti con Heidegger e Gadamer a proposito della precomprensione, e forse anche di alcuni fraintendimenti del suo pensiero – talvolta un po' troppo rapidamente ritenuto ostaggio di prospettive filosofiche sorpassate – temi sui quali non posso qui soffermarmi), in una prospettiva etica che implica umiltà ma anche indisponibilità al conformismo intellettuale; per l'altro, egli deve rendersi conto che il processo interpretativo presuppone atteggiamenti diversi “*secondo la qualità dell'oggetto da interpretare e in conformità degli scopi e problemi che l'interpretazione si prefigge*” (così E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., I, p. 321). L'interpretazione giuridica si prefigge, appunto, uno scopo pratico, ha una funzione normativa, e di qui l'esigenza, per essa, di una “*conversione interpretativa (Umdeutung) con trasposizione nell'attualità*” (E. BETTI, *op. ult. cit.*, II, p. 791, ma si v. altresì, diffusamente, ID., *Interpretazione della legge*, cit., pp. 25 ss.). Aderiva pienamente, fra i costituzionalisti, alla riflessione bettiana sull'interpretazione F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino, 1965, pp. 149 ss.

⁴⁸ Così T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 176, per il quale se è vero che negli ordinamenti di diritto scritto prevale un metodo logico meramente deduttivo (quello della sussunzione) mentre in quelli di *common law* prevale una diffidenza per ogni “*costruzione aprioristica generale e definitiva*” e perciò si è affermato un “*orientamento sperimentale*”, tuttavia “*nell'uno e nell'altro sistema la soluzione giuridica si presenta come dichiarativa*”: o dichiarativa della legge, nei sistemi di *civil law*, o dichiarativa di un “*sistema rivelatosi nella serie dei precedenti giurisprudenziali; ricollegandosi [sc.: la soluzione giuridica, frutto dell'interpretazione] sempre ad una norma generale*”. Norma che, in un caso, è formulata “*in modo diretto*”, nell'altro “*in relazione a un caso, ma, nell'uno come nell'altro, generale*” (pp. 177 s.)

⁴⁹ Vorrei segnalare che il movimento di contestazione o superamento del positivismo giuridico, in Francia, non si legò ai soli nomi di Geny, Saleilles e Lambert, e per il diritto pubblico, Duguit, ma che esso fu assai più ampio, pur avendo, mi pare, come contrassegno comune un grande interesse ed una speciale sensibilità per la fenomenologia della realtà sociale e per l'analisi delle conseguenze che essa determina nella sua intersezione con l'esperienza giuridica. E' ancora certamente utile, a questo riguardo, leggere il documentato saggio di F.

un servizio al positivismo giuridico, che ha potuto, con il tempo, via via attenuare la rigidità dei propri postulati, rivederne alcuni, aggiornare le proprie posizioni. Ora, in quei medesimi anni non mancarono in Italia figure di giuristi di eccellente livello, anche autentici Maestri, e in vari settori della scienza del diritto. Però, non so bene se per merito di costoro, che seppero mantenere diritta la barra senza cedere alle tentazioni di dottrine allora alla ribalta; o forse, all'opposto, per una certa prevalente asfissia della cultura giuridica italiana, spesso a rimorchio di quelle francese e tedesca ma incapace, nel suo *mainstream*, di una elaborazione autonoma; o ancora, forse per entrambe le ragioni – poiché elementi contraddittori non necessariamente si escludono e spesso anzi concorrono al farsi della realtà delle cose nella sua determinazione storica – i decenni a cavallo fra la fine del secolo XIX e l'inizio del successivo furono quelli in cui si affermò ed anzi dilagò la cultura giuridica positivista e statualista, con le conseguenze che già sappiamo: una concezione rigorosamente dichiarativa dell'interpretazione, ripercussione di una altrettanto rigorosa concezione della separazione dei poteri; un metodo giuridico meramente deduttivo, la diffusione del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale quest'ultimo ha una norma per regolare ogni caso ed è esente da lacune. Perciò la volontà del legislatore fu considerata il fondamentale criterio di orientamento per l'interpretazione, la sua norma di riconoscimento⁵².

Tutto questo non è stato privo di conseguenze, come è agevole comprendere, sul modo di intendere le disposizioni preliminari sull'interpretazione. Il riferimento alla volontà del legislatore, contenuto prima nell'art. 3 delle preleggi del 1865, poi nell'art. 12 di quelle del 1942, ha potuto assumere il ruolo decisivo di fondamentale norma di riconoscimento – nel senso illustrato *supra*, nella nota 52 – nell'ordinamento italiano perché esso è stato inteso, dalla prevalente dottrina, come impegno alla definizione di regole di applicazione automatica.

BATTAGLIA, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, estratto dalla *Riv.int.fil.dir.*, 1929, IX, II, spec. pp. 18 ss. Interessanti, sul punto, le riflessioni di G. MARINI, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in *Riv.it.sc.giur.*, 2016, pp. 117 ss., a proposito del tentativo di messa a punto di una scientificità che mettesse al riparo, in qualche misura, dal soggettivismo delle decisioni giudiziali; più ampiamente, sulla critica promossa dalle correnti di pensiero giuridico che si affermarono fra fine ottocento e primi decenni del novecento, pp. 108 ss.

⁵⁰ Dietro l'espressione *diritto libero*, come si sa, si celano una grande varietà di punti di vista, che richiederebbero di essere attentamente vagliati. In Italia esiste la fondamentale ricerca di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 201 ss.

⁵¹ Il contributo di Philipp Heck agli studi sull'interpretazione è stato decisivo: si v., soprattutto, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, e ID., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932.

⁵² Sul ricorso all'espressione *norma di riconoscimento*, intesa soprattutto per il suo valore espressivo di un rapporto fondamentale "tra conoscenza e diritto", v. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., pp. 381 s., n. 5. Per intendersi, non è la stessa cosa che la fondamentale *norma di riconoscimento*, in un determinato ordine giuridico, sia la *volontà del legislatore* (benché intesa in sensi non coincidenti: per es., puramente soggettiva o – anche – oggettiva, e allora coincidente con la *ratio legis*; orientata a cogliere la teleologia dei precetti, ecc.); ovvero, l'*equità* (benché intesa, anche qui, in sensi non coincidenti: per es., puramente intuitiva ed affidata al genio del – singolo – giudice; collegata, in una prospettiva aristocratica, al ruolo di una classe di sapienti; espressione di criteri di ragionevolezza, rispettosi della discrezionalità del legislatore democratico e rigorosamente vincolata all'esigenza della giustificazione delle soluzioni interpretative che ne siano espressione). In questo ordine di idee, qui accolto, e promosso dalla ricerca di Alessandro Giuliani, la norma di riconoscimento è dunque il criterio fondamentale di orientamento prescelto per guidare l'attività interpretativa e legittimare perciò soluzioni dei problemi giuridici, e l'espressione è intesa in senso "non coincidente con quello introdotto – nella revisione del positivismo giuridico – dalla teoria del diritto nel XX secolo (Zitelmann, Betti, Hart, Bobbio)" (*ibidem*).

Un impegno, questo, che si tradusse in una “*consapevole e ben precisa scelta di politica del diritto*” che “*potremmo definire ‘alleanza della scienza con la legislazione’*”⁵³.

8. Linee di tensione: giudici e dottrina fra positivismo giuridico e correnti antiformaliste

Queste citazioni, riportate dalla ricerca di Alessandro Giuliani sulle preleggi, concludendo il § che precede, meritano alcune precisazioni e considerazioni ulteriori. L'alleanza fra legislazione e scienza del diritto, di cui ha scritto Giuliani, come ogni alleanza, si costruì per difendersi da un avversario e per scongiurare una prospettiva: quest'ultima, per usare una formula tanto fortunata quanto (giustamente) temuta, era quella delle “*tentazioni di una ‘giurisdizione senza legislazione’*”⁵⁴, il primo – l'avversario – era il giudice, impegnato, negli anni successivi all'unificazione e ancora fino al termine del secolo XIX, in un conflitto politico-costituzionale con il legislatore codicistico. I giudici, eredi della tradizione del diritto comune e ancora, per quelle generazioni, formati al lume dei principi che da essa si traevano e sui quali abbiamo detto, rivendicarono “*veri poteri legislativi perfino sul punto della determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi). Il principio della statualità del diritto risultò piuttosto una formula di comodo, senza essere profondamente sentito dalla giurisprudenza*”⁵⁵, e “*il principio della lex clara [fu] relativizzato*”, poiché da un lato le regole poste dalle preleggi furono considerate spesso dai giudici come non vincolanti ma meramente direttive, e dall'altro la lettera (chiara) della legge dovette cedere il passo a considerazioni imperniate su criteri di ragione e di giustizia⁵⁶.

Si può dire, insomma, che l'elaborazione dottrinale italiana di quegli anni, e poi ancora dei primi decenni del secolo XX, trovò nel detto conflitto politico-costituzionale le ragioni

⁵³ V. A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 418 e n. 3, dove si ricorda che queste scelte di politica del diritto dovrebbero essere lette in parallelo con quelle che investirono la disciplina dell'ordinamento giudiziario, portando, con la c.d. legge Orlando (l. n. 438 del 1908) “*alle estreme conseguenze*” il già avviato processo di burocratizzazione e subordinazione del giudice. Preziosa e meritevole, mi pare, di essere ripresa per una migliore consapevolezza dei problemi coinvolti, anche la notazione per cui risale all'età giolittiana “*il passaggio dalla fase di osmosi a quella di separazione tra magistratura e politica*”, con rinvio a P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di un'analisi socio-politica della magistratura dall'unità al fascismo*, Roma, 1979. Si tratta insomma di ribadire che i temi concernenti l'interpretazione ed applicazione della legge dovrebbero essere messi a fuoco considerando anche quelli attinenti ai rapporti fra politica e magistratura, per i loro aspetti storico-sociali e concernenti le interazioni fra giudici e uomini politici.

⁵⁴ Cfr. A. GIULIANI, *op.loc.ult.cit.* Sui rischi della sostituzione “*a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico*”, diffusamente, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 393 e *passim*. In senso opposto, orientato a valorizzare i conati di rafforzamento del ruolo dei giudici – e degli interpreti, in generale – di fronte a quello dei politici e dei legislatori, F. ROSELLI, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1986, pp. 477 ss.

⁵⁵ V. A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 417.

⁵⁶ Ancora A. GIULIANI, *ibidem* ma n. 2, con ampi riferimenti alla giurisprudenza di legittimità e di merito nei decenni sessanta – ottanta dell'ottocento. Sulla chiave puramente sillogistica del giudizio e sulla sua natura meccanica, nonché sulla contestazione di queste concezioni da parte di un atteggiamento anticodicistico v. F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, pp. 27 ss., 49 ss., 68 ss., 91 ss., ecc.

per schierarsi, prendendo un partito che fruttò, del resto, la conquista di un ruolo che non era certamente riuscita a conseguire nel passato. Soprattutto, ciò contribuì, con il tempo e per il tramite dell'insegnamento universitario, alla formazione di nuove leve della magistratura, non più legate ormai alla tradizione dell'*interpretatio* e invece fedeli, almeno sul piano concettuale, al dogma della volontà legislativa e della funzione dichiarativa dell'interprete. Il principio della *lex clara*, della prevalenza della lettera del precetto, diventò talmente assorbente da rendere recessivo, almeno nelle dichiarazioni enunciate nelle sentenze, il ricorso alla valutazione del momento logico, della tenuta logica dell'interpretazione, momento circondato dal sospetto che potesse favorire un potere creativo della giurisprudenza. Questa situazione si protrasse ancora fino agli anni sessanta del novecento.

Tuttavia, la migliore dottrina e la giurisprudenza più consapevole, contro il *maistream*, erano ormai lontane da una versione rozza del dogma volontaristico: la volontà del legislatore era soggetta ad un processo che la depurava da incrostazioni puramente volontariste e psicologistiche, ancora legate a pregiudizi antropomorfi. Già elaborata in Germania, a partire dagli studi di Josef Kohler⁵⁷, si affermò una dottrina che insisteva nel ritenere oggetto dell'interpretazione un testo, non una volontà; e nel ritenere che l'oggettività del testo avrebbe dovuto essere ricostruita, oltre che con l'ausilio della grammatica, con quello della logica. L'apertura verso un'interpretazione logica, come si comprenderà, fu cruciale benché composta di una notevole varietà di versioni e compensata dalla elaborazione di dottrine che aggiornarono le concezioni volontaristiche e soggettive, conducendole verso la considerazione, nel corso dell'attività interpretativa, di materiali che ricomprendevano accanto ai lavori preparatori – ai quali era riservato un limitato valore di indizio, cioè meramente euristico – anche tutta una varietà di fattori storici, sociali, giuridici, fisici.

Le dottrine "soggettive" dell'interpretazione si spinsero inoltre non solo verso la ricostruzione storica della volontà del legislatore in una visione allargata al sistema, ma anche verso l'apprezzamento degli scopi della legge, dunque ammettendo un'interpretazione in chiave teleologica. Questi affinamenti delle dottrine in tema di interpretazione giuridica resero meno distanti le concezioni soggettive, che muovevano dalla volontà, da quelle oggettive, che muovevano dal senso del testo⁵⁸. Soprattutto, come è facile comprendere, essi resero la formulazione delle disposizioni preliminari in tema di interpretazione in larga misura insufficiente ad esprimere la complessità delle valutazioni che competono all'interprete, una insufficienza che appariva più nettamente di fronte alla articolazione delle teorie antiformaliste che, come già ricordato, fiorirono in Francia e Germania all'inizio del novecento e già sul finire del secolo XIX. Nate come erano, come sappiamo grazie agli studi di Gorla ripercorsi dietro, per risolvere un problema concernente i rapporti fra potere legislativo e potere giudiziario in un ambiente ancora saturo dell'assetto normativo derivante dal diritto comune e dai compi-

⁵⁷ V. J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1906, pp. 122 ss., anche con esagerazione che tendeva ad escludere ogni considerazione degli interessi originariamente valutati dal legislatore, esagerazione puntualmente criticata da P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., pp. 278 ss.

⁵⁸ Si v., a tal proposito, l'efficace sintesi di M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 22 ss.

ti dell'*interpretatio* affidati ai grandi tribunali, le preleggi in tema di interpretazione apparvero povere di contenuti nel nuovo assetto codicistico italiano, ad onta delle semplificazioni promosse dall'ideologia prevalente del positivismo giuridico, specie per effetto di un dibattito dottrinale che si fece via via più intenso a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX⁵⁹.

Nella dottrina italiana disponiamo forse di uno dei punti più alti di emersione di questo dibattito nei capitoli XI-XIII della *Interpretazione della legge* di Emilio Betti. Betti mosse da una critica rigorosa del dogma volontaristico, ancora in larga misura influente sulla mentalità dei giuristi ma presentato invece da Betti come “*vieto e tenace pregiudizio*”⁶⁰, per sostenere che il riferimento alla volontà del legislatore – espressamente enunciato, vorrei ricordare, nelle disposizioni preliminari – avrebbe dovuto suggerire al giurista la necessità di tener conto dell'insieme “*di quegli interessi della comunità, che nella legge hanno trovato protezione e quindi vanno dall'interprete tenuti presenti*”⁶¹. Se “il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse” – che il dettato dell'art. 12 preleggi impone come guida all'attività interpretativa – rinvia all'esercizio di un'interpretazione in chiave filologica, che è perciò lungi dal trascurare il testo, la lettera; a sua volta, “l'intenzione del legislatore” dovrebbe richiamare non tanto l'esigenza di decifrarne la volontà – ché allora sarebbe decisivo il ricorso ai lavori preparatori – ma di comprendere lo scopo, il problema pratico di politica legislativa che si intendeva risolvere con il precetto normativo, la sua *ratio legis*. Decisivo, peraltro, nell'apprezzamento della *vis* precettiva delle disposizioni, è “*l'orientamento della loro disciplina, il criterio di valutazione normativa immanente al loro precetto*”, che si spingono oltre la stessa *ratio legis*, verso la *ratio iuris*, poiché “*la formola della singola norma dev'essere oltrepassata non già per risalire alla genesi psicologica da una occasio legis più o meno accidentale, ma per essere apprezzata nella sua coerenza con l'intero sistema del diritto positivo*”⁶². Questa estensione dell'attività interpretativa verso la *ratio iuris* era, nella concezione di Betti, espressione conseguente e profonda ed applicazione del canone della totalità e coerenza

⁵⁹ La insoddisfazione per le disposizioni in materia di interpretazione investiva ormai il nuovo significato che esse avevano assunto nell'ambiente codicistico, cioè quello di regole che dovevano presiedere al ragionamento interpretativo rivolto nei confronti della legge, tenendo conto del quadro complessivo dei rapporti fra poteri, della “*struttura del corpo politico, , al quale la legge appartiene, e specialmente dai rapporti intercedenti tra i cittadini e l'autorità legislativa, tra questa e le autorità giudiziarie o amministrative*”, rapporti caratteristici del diritto pubblico ma regolati non tanto dal diritto scritto ma da quello consuetudinario (così il brevissimo ma celebre (e denso) scritto di V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* (1898), in ID., *Raccolta di scritti*, Roma, 1932, III, 1, p. 47, secondo cui le formulazioni normative espresse in tema di interpretazione non avrebbero “*quasi*” alcun valore, come tale, anche per la ragione che le esigenze dell'attività interpretativa variano a seconda della varia natura delle leggi, civili, penali, ecc. Ritornava su questa esigenza, che l'interpretazione “*non può essere, unica ed universale, eguale per tutte le leggi, immutabile nel tempo*”, pur avendo essa comuni principi generali, e tuttavia essendo bisognosa anche di principi speciali “*che sono imposti dalla natura diversa delle norme di diritto, in rapporto alla fonte da cui derivano, al sistema politico a cui sono collegate, alle diverse categorie di rapporti da esse regolate*”, F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*², Napoli, 1909, p. 44, tanto da ritenere inopportuna la fissazione in precetti legali delle norme sull'interpretazione e da considerare tali precetti, ove formulati, privi di valore giuridico ma da intendersi solo come direttive logiche: solo dottrina e giurisprudenza avrebbero potuto attendere al compito di elaborare una dottrina completa in materia (p. 46).

⁶⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 261.

⁶¹ V. E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 264.

⁶² E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 266.

dell'apprezzamento ermeneutico, che implica “*la reciproca illuminazione di significato fra il tutto e gli elementi costitutivi*”⁶³.

L'indagine interpretativa, nel rivolgersi alla *ratio iuris*, non è destinata però a cogliere solo l'aspetto logico del precetto per comprendere come debba disporsi la “*correlazione che la norma stabilisce fra certe fattispecie e un certo trattamento giuridico*”; poiché invece essa è orientata anche a cogliere l'aspetto o momento teleologico della disposizione, per comprendere perché “*la disposta correlazione debba funzionare*”⁶⁴. Si tratta pertanto, nell'ordine di idee di Betti, di intendere la *ratio iuris* come sintesi della valutazione del momento logico e di quello teleologico, poiché l'interpretazione giuridica, come interpretazione in funzione normativa – e, prima ancora, la stessa elaborazione normativa – “*è strumento ad un fine di convivenza sociale*”, e perciò non dovrebbe essere ridotta alla sola chiave filologica e storica ma condotta verso la considerazione comparativa degli interessi in giuoco⁶⁵.

Ora, l'apertura verso la valutazione comparativa degli interessi, nei processi di interpretazione della legge, e la esigenza ribadita che tale valutazione non possa ridursi alla sola considerazione dei precetti direttamente coinvolti nella *quaestio* ma debba invece estendersi, in base al criterio del *nisi tota lege perspecta*, a tutto il sistema delle norme che costituiscono l'ordine giuridico, conduce Betti alla consapevolezza che la valutazione giuridica presuppone il riferimento a valori che costituiscono la costellazione assiologica che fa da sfondo agli interessi che sono implicati nelle relazioni umane. In sintesi, dalla considerazione del momento logico la valutazione giuridica si apre a quella del momento teleologico e quindi all'apprezzamento degli interessi e valori coinvolti dapprima nell'attività normativa, poi in quella di interpretazione della legge⁶⁶.

⁶³ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, cit., p. 308. Questa “*reciproca illuminazione*” costituisce manifestazione originaria, già messa a punto da Schleiermacher, del circolo di reciprocità ermeneutica che “*corre fra l'unità del tutto e i singoli elementi di un'opera*”(p. 309) e sollecita la messa a punto di un criterio interpretativo che richiede di “*ricavare dai singoli elementi il senso del tutto, e d'intendere l'elemento singolo in funzione del tutto di cui è parte integrante*”(ibidem). Il criterio, nell'esperienza giuridica, rinvia al sistema ed alla nozione di ordine giuridico, la quale ultima già implica che le norme che ne fanno parte siano espressione di un tutto coerente, seguendo la suggestione diltheyana della *operante concatenazione produttiva*: v. anche ID., *Interpretazione della legge*, cit., pp. 15 ss. Vorrei notare, in questo aspetto della riflessione bettiana sull'ordine, la sottolineatura di un elemento logico-argomentativo imperniato sulla *coerenza* del ragionamento giuridico, elemento che più di recente è stato opportunamente considerato come criterio della *ragionevolezza*: v. A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, Roma, 2005, p. 1; ID., *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, t. III, Roma, 2007, pp. 312 ss.

⁶⁴ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 267. E' qui piena la consonanza con la prospettiva di P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., p. 57, per il quale è determinante, nella valutazione giuridica, l'indagine sulla configurazione e sulla comparazione degli interessi.

⁶⁵ E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 269, cui segue la polemica di B. con la prospettiva scettica di R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino, 2003, contrassegnata, secondo B., da un “*esasperato soggettivismo*” che rimette al solo talento dell'interprete la scelta sui nessi fra mezzi e scopi perseguiti dalle disposizioni e che perciò rifiuta ogni rinvio alla *ratio iuris*, con un approccio rigidamente materialistico e atomizzante alla normatività del diritto: v. pp. 267 ss. Si v. anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva* (1959), in ID., *Diritto metodo ermeneutica Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, pp. 523 ss., spec. pp. 526 ss.

⁶⁶ Si noti che anche le versioni più consapevoli del positivismo giuridico avvertono di non poter prescindere dal momento teleologico dell'interpretazione: v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 438, benché in un quadro ricostruttivo che cerca di valorizzare soprattutto l'interpretazione letterale. Si può senz'altro condividere, con Luciani, la polemica indirizzata contro la confusione fra legislazione e giurisprudenza,

Sia la lettera del precetto che l'intenzione del legislatore non possono, infine, essere oggetto di una considerazione statica, come se le leggi non fossero destinate a durare nel tempo e perciò a misurarsi con il mutamento sociale e dell'ordine giuridico⁶⁷. Certo che l'interprete dovrebbe muovere dalle valutazioni originarie che costituiscono, come si è visto, la *ratio iuris* delle norme. Ma, partendo da questa *ratio* – e perciò restando fedele alla propria subordinazione alla legge, in ossequio al canone dell'autonomia ed immanenza del criterio ermeneutico, per cui *sensus non est efferendus sed inferendus* – egli non può esimersi dal valutare se essa abbia subito modificazioni, nell'attualità, per effetto del mutare del sistema legislativo. Il sopraggiungere di nuove leggi non sempre determina effetti abrogativi o derogatori: talvolta è invece necessario che l'interprete, preso atto di eventuali incongruenze e disarmonie, provveda in via interpretativa ad “*un adeguamento e un adattamento delle norme antiche alle nuove, una messa in accordo per via d'interpretazione*”⁶⁸. Si tratta, insomma,

l'affermazione della “*significatività del voluto legislativo*” – purché l'espressione *voluto* sia intesa tenendo conto delle obiezioni al dogma volontarista – l'ambizione di individuare la sola interpretazione corretta. Vorrei però anche richiamare l'attenzione sul fatto che se l'interpretazione non si scinde meccanicamente in letterale, logica, teleologica, ecc., ma è costituita da questi momenti che debbono essere intesi come “*autentici strumenti conoscitivi a disposizione dell'interpretazione*” (*ibidem*), allora il fenomeno interpretativo dovrebbe essere inteso nel suo complesso, non in termini atomistici, ed il richiamo alla primazia di un momento – di solito, nella prospettiva positivista, quello letterale – dovrebbe cedere alla valutazione di tutti i momenti dell'interpretazione come facenti parte “*di un processo inscindibile*”: v. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 274, che dedica pagine importanti alla polemica contro la disintegrazione delle fasi del processo interpretativo ed alla sua valorizzazione come complesso e successione o sequenza di momenti fra loro non scindibili. Questo ordine di idee, come si comprenderà, conduce Betti a considerare come “*pregiudizio*” e “*adorazione feticistica*” l'enfasi portata sul (solo) tenore letterale della legge, tenore che precluderebbe, se sufficientemente chiaro, ogni valutazione alla luce della *ratio iuris*. Secondo Betti, il compito dell'interpretazione non varia e non può essere scisso nel suo momento grammaticale, logico, ecc., né varia a seconda che la legge si presenti chiara nella sua lettera ovvero formulata in termini tali da suscitare dubbi o incertezze, poiché è “*ufficio essenziale dell'interprete ... avere un compito unitario da perseguire in tutti i casi*” (p. 285). Isolare la lettera del precetto, considerandolo chiaro in sé, nella sua sola formula grammaticale, significherebbe tenerlo distante dai suoi nessi teleologici e scisso, altresì, da una concatenazione complessiva di elementi – logico, storico e teleologico – solo alla luce dei quali il precetto può essere schiarito nei suoi significati ed apprezzato anche alla luce dello sfondo assiologico che è implicito nella valutazione normativa accolta dalla legge. Tutto ciò non toglie che, secondo Betti, una volta ricostruita la *ratio iuris* ad essa l'interprete debba attenersi, in ossequio al vincolo di subordinazione che lega l'interprete (ed in particolare il giudice) alla legge (vincolo che, com'è noto, la costituzione repubblicana ribadisce: art. 101) e che inibisce sia la critica orientata alla riforma (compito della politica legislativa) che l'apprezzamento discrezionale del senso della legge, ispirato (nel migliore dei casi) da esigenze di giustizia. Segnala un elemento teleologico, di valutazione della razionalità della normativa rispetto al fine che persegue, nel giudizio di costituzionalità della legge, A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 228. Secondo G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2015, pp. 19 ss., il campo dell'interpretazione si apre solo laddove non può esserci “*comprensione del testo così come sta scritto*” (p. 34).

⁶⁷ Di una *Fortbildende Auslegung* scrive P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., p. 50.

⁶⁸ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 120 ma, più ampiamente, pp. 112 ss. (nonché ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, pp. 816 ss.), che non esclude che l'interprete possa ricorrere anche al criterio per cui “*cessante ratione legis cessat ipsa lex*”, criterio che, però, richiede “*debita cautela*” (p. 119). Su questo criterio v. altresì A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., pp. 460 ss., e nn. 2 e 5, che ne ricorda l'utilizzo da parte della giurisprudenza fino alla seconda metà dell'ottocento e, all'opposto, il ripudio successivo, motivato dal principio di separazione dei poteri e dal principio per cui “*eius est abrogare cuius est condere*”. Da meditare l'annotazione per cui “*i criteri logici hanno implicazioni politico-costituzionali, in quanto garantiscono che il mutamento del diritto si realizzi unicamente con un atto di volontà novativa da parte del legislatore*” (p. 461). V. comunque, a tale proposito, *infra*, § 9. Di una “*Ausgleichung und Zusammenpassung*” scrive P. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., pp. 179 ss. e 189, quando l'interprete si trovi di fronte a lacune di collisione, che derivino cioè da incongruenze dovute al sopravvenire di nuova normativa.

di valutare se, in sovrapposizione agli apprezzamenti originari che avevano accompagnato il processo di formazione della legge, altri fattori siano sopraggiunti – dovuti sia alle trasformazioni del contesto sociale che di quello normativo – così da determinare esiti ulteriori che possano influire sulla valutazione degli interessi, modificandola rispetto alle acquisizioni originarie.

Non si tratta peraltro di ammettere, concettualmente, che un tipo di interpretazione, o metodo ulteriore, debba aggiungersi agli altri, che insomma l'interpretazione evolutiva sia da intendere come metodo interpretativo distinto da altri, quanto di riconoscere che gli aspetti evolutivi dell'interpretazione sono ineludibili se non si intende condannare l'attività interpretativa ad un'esclusiva prospettiva statica, in contrasto con gli stessi scopi pratici di un'interpretazione giuridica, che ha una funzione complementare alla nomogenesi e che pertanto non può essere sintonizzata con un ideale di rigida fedeltà alla lettera della legge⁶⁹. Così, gli elementi che avevano formato il sostrato originario della *ratio iuris*, cioè la valutazione comparativa degli interessi ed il correlativo sfondo assiologico che la sorreggeva, latente nella legge, e che era stata oggetto della "*ricognizione interpretativa, si modifica gradatamente, via via che la norma assicura, accanto alla soluzione del suo primitivo problema pratico, e quindi in luogo del suo primitivo 'scopo', il raggiungimento di un esito ulteriore*", per effetto di una eterogenesi dei fini⁷⁰.

In fondo, che l'interpretazione debba assicurare anche una efficienza evolutiva, è considerata da Betti logica conseguenza dello stesso canone della totalità e coerenza dell'apprezzamento ermeneutico – canone che, come si è visto, nasce nel pensiero di Betti dalla sintonia con il *Wirkungszusammenhang* diltheyano, con la concatenazione produttiva che caratterizza un ordine giuridico – la quale "*impone un perenne riferimento delle parti al tutto e perciò anche un riferimento delle singole norme al loro organico complesso: quindi impone un'attuazione unitaria delle valutazioni legislative*"⁷¹. Ma un'attuazione unitaria richie-

⁶⁹ V. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, p. 824: è necessario "*procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, e bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale*", nonché ID., *Interpretazione della legge*, cit., p. 113. Rigidamente contrario all'interpretazione storico-evolutiva, assumendo che sia inibita dalla disciplina dell'art. 12 preleggi, R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., pp. 255 ss.

⁷⁰ Cfr. E. BETTI, *op.loc.ult.cit.*, nonché ID., *Teoria generale*, cit., II, p. 825. Sulla dinamica evolutiva dell'interpretazione costituzionale si sofferma A. BALDASSARRE, *op.cit.*, pp. 226 s., che però sembra farne oggetto di "*un'attività assolutamente intuitiva, e non razionale del giudice*", un'attività che investe valori, non norme, e che caratterizzerebbe l'assoluta peculiarità dell'interpretazione costituzionale. Tuttavia, se è vero che il giudizio di costituzionalità delle leggi, specie quello astratto, ha configurazione tale da aver favorito percorsi interpretativi peculiari, come quello del bilanciamento, mi pare si possa soggiungere che la considerazione dello sfondo assiologico di una normativa sia necessaria non solo per l'interprete costituzionale ma in generale per l'interpretazione giuridica.

⁷¹ V. E. BETTI, *op.ult.cit.*, II, p. 831; ID., *Interpretazione della legge*, cit., p. 119. Si v., inoltre, la critica di B. alle tesi di S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, 1983, pp. 119 ss., tesi che, come notissimo, sollevavano obiezioni alla legittimità della portata evolutiva dell'interpretazione: v. *op.ult.cit.*, pp. 123 ss.; ID., *Teoria generale*, cit., II, pp. 833 ss. Vorrei tuttavia notare che Betti non spinse l'interpretazione evolutiva fuori da margini che dovrebbero caratterizzarla e che dunque ebbe ben presente la delicata problematica dei suoi limiti, poiché essa dovrebbe impiegarsi sì ma "*compatibilmente col senso che si può ricavare dal testo legale, tenuto conto della linea di coerenza che lega il testo con la totalità dell'ordinamento*" (*Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, cit., p. 552). Insomma, si tratta di non

de, per la natura delle cose, anche la considerazione complessiva dei conflitti di interesse che possono essere composti per effetto dell'interpretazione, sia che tali conflitti siano quelli che il legislatore intendeva risolvere, sia che siano ulteriori e nuovi, tuttavia riconducibili a determinate norme, nate per altri scopi ma adattabili ai nuovi sopraggiunti⁷².

9. L'erosione sotterranea dei dogmi positivistici e il problema dei limiti ai poteri interpretativi del giudice

Il dogma volutaristico, tuttavia – come già ricordato, seguendo il filo delle ricerche di Alessandro Giuliani – continuò ad esercitare in Italia una suggestione molto intensa, sia nella elaborazione dottrinale che nella attività della giurisprudenza. Se quest'ultima però volle mantenersi fedele, sul piano concettuale, a tale dogma, promuovendo la volontà del legislatore a fondamentale norma di riconoscimento ed elevandola a "*principio di logica invariabile*"⁷³, non può dirsi che nelle argomentazioni dei giudici, nei loro "*ragionamenti effettivi*"⁷⁴, questa fedeltà si mantenne intatta, specie a partire dagli anni settanta del secolo scorso ma già nei decenni precedenti. Una serie di fattori influirono in tal senso, come per esempio l'inflazione legislativa che, "*per la natura delle cose era destinata ad aumentare i poteri del giudice*"⁷⁵, e l'accentuato pluralismo delle fonti del diritto determinato dall'avvento dell'ordine

dare spazio, con pretesa interpretazione evolutiva, alle preferenze soggettive dell'interprete, che finirebbero per sconfinare in linee di politica legislativa – che non gli competono – mascherate come esercizio d'interpretazione.

⁷² Vorrei anche ricordare, a proposito del canone bettiano della totalità, del *nisi tota lege perspecta*, le pagine di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano, 1962, pp. 113 ss., secondo cui questo della totalità "*è il primo criterio con cui l'interpretazione inizia i suoi procedimenti*", ed è criterio dinamico, che mostra che nella norma interpretata "*c'è di più di quello che appare; c'è insomma tutta l'unità dell'ordinamento da cui essa nasce e di cui essa non è che una parte*"; e, ciò mostrando, conduce "*a rielaborare continuamente il complesso delle norme, a penetrare sempre più a fondo in questo complesso*", e permette così la "*eliminazione delle antinomie, ritrovando la ragione sufficiente di ciascuna norma*". Così, in fondo, i vari criteri logici di cui si avvale l'interpretazione, come quelli dell'*eadem ratio*, dell'argomento *a fortiori* e *a contrario*, ecc., non sono "*che conseguenze del criterio di totalità e unità dell'esperienza da cui si parte*".

⁷³ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 420.

⁷⁴ A. GIULIANI, *ibidem*.

⁷⁵ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 421. In tempi più recenti, i tentativi, ripetuti più volte ma sempre falliti, di provvedere ad una semplificazione normativa allo scopo di reagire ai fenomeni inflattivi, hanno prodotto una confusione tanto grande da rendere, molto spesso, del tutto incomprensibili i problemi abrogativi e di diritto intertemporale: sull'argomento si v. P. CARNEVALE, *Le cabale della legge Raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra "taglia-leggi"*, Napoli, 2011, per avere il quadro desolante della situazione. Curioso notare che il disordine delle fonti si è installato anche nelle preleggi: l'art. 13-bis della l. n. 400 del 1988 – introdotto con l. n. 69 del 2009 – dispone (comma 1, lett. a) che "*ogni norma che sia diretta a sostituire, modificare o abrogare norme vigenti ovvero a stabilire deroghe indichi espressamente le norme sostituite, modificate o derogate*"; e, al successivo comma 2, che "*le disposizioni della presente legge in materia di chiarezza dei testi normativi costituiscono principi generali per la produzione normativa e non possono essere derogate, modificate o abrogate se non in modo esplicito*". Senonché, è appunto in modo *non* esplicito che tale normativa sembra abrogare l'art. 15 preleggi, per la parte in cui prevede l'abrogazione tacita e quella per nuova disciplina della materia. Non solo ci troviamo al cospetto di una normativa che smentisce da sé il proprio contenuto precettivo ma, persino, pretende di farlo valere come principio generale. L'aspirazione alla chiarezza dei testi normativi ed alla certezza del diritto si converte così nel suo contrario, nell'oscurità più fitta. E infatti, davvero dobbiamo ritenere che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 13bis della l. n. 400, nel nostro ordinamento abbia diritto di cittadinanza la sola abrogazione espressa? È lecito dubitarne ed anzi ritenere che, per effetto della c.d. manovra taglia leggi, i margini

costituzionale repubblicano, pluralismo derivante dalle autonomie costituzionalmente avvalorate e dalle fonti sovranazionali.

È importante, a questo proposito, e sempre seguendo Giuliani, notare che la giurisprudenza, nel suo complesso, non si spinse apertamente verso una contestazione del dogma della volontà del legislatore, almeno se inteso nei suoi termini più rigidi e meccanici, ma che si preferì ricorrere “*ad espedienti formalistici e finzionistici, da cui non traspare la reale motivazione della decisione...La soluzione può talora apparire giusta...ma non giustificata. Talora le soluzioni, che possono apparire scandalose dal punto di vista delle regole legislative, paiono ricollegarsi ad affermazioni apodittiche o al ‘sic volo’ del giudice*”⁷⁶.

Non si tratta qui dei casi in cui i giudici hanno invocato un criterio logico dell’interpretazione privilegiandolo rispetto alla semplice lettera del precetto – casi che mostrano comunque l’attenuarsi della rigidità del principio della *lex clara*, però in un quadro di fisiologico contemperamento dei metodi interpretativi e di loro valutazione equilibrata. Si tratta, invece, di casi in cui la giurisprudenza ha eluso la prescrizione del comma 1 dell’art. 12 facendo ricorso, come si diceva, a tecniche e procedimenti finzionistici che sono rivelatori – continuo ad usare il lessico di Giuliani – “*di un occulto antiformalismo...giustificando il passaggio dal testo all’equità ed ai principi del diritto*”⁷⁷.

Queste tecniche e procedimenti sono numerosi e vari ma possono ricondursi, secondo Giuliani, a due grandi famiglie: quella della eccezione delle conseguenze assurde e quella dell’appello alla volontà del legislatore attuale (che prende il posto del legislatore storico). Sulla prima occorre precisare, sempre sulla scia di Giuliani, che essa aveva avuto tutta una sua storia nel diritto comune ma era stata contrastata poi dalla scuola esegetica francese e dalla dottrina italiana, che però, ancora con Giuseppe Saredo, poteva preferire al rigore del diritto fondato sulla lettera l’equità della soluzione ragionevole⁷⁸. L’eccezione delle conseguenze assurde presuppone tuttavia l’*interpretatio*: essa rinvia, secondo Giuliani, ad “*una concezione argomentativa della logica giuridica...La interpretazione non si identifica con la interpretazione di un testo scritto: la equità, che è la norma di riconoscimento per eccellenza, mette in moto il meccanismo dei principi del diritto, intesi come luoghi dell’argomentazione giuridica*”⁷⁹. Insomma, considerare le conseguenze assurde della interpretazione (e applicazione) di una disposizione, imperniata sulla sua sola lettera, implica un contesto come quello dell’*interpretatio*, nel quale si poteva concepire una dialettica collaborativa del legislatore e del giudice – certo, non sempre concretamente realizzata ma possibile e almeno intavolata in determinati periodi e fasi istituzionali – una loro divisione del lavoro, orientata alla selezione dei significati irragionevoli.

interpretativi lasciati all’interprete si siano dilatati oltre misura. In argomento v. anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, in *Federalismi.it*, 2014, § 4.5. V. anche *supra*, nn. 33 e 34, a proposito dell’inflazione legislativa a Napoli fra i secoli XVII e XVIII e della correlativa crisi istituzionale e sovversione dei rapporti fra legislazione e giurisdizione; nonché n. 39, in fine, con riferimento alla premonizione di Savigny.

⁷⁶ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 422.

⁷⁷ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 426.

⁷⁸ G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., p. 419.

⁷⁹ A. GIULIANI, *op.loc.ult.cit.*

Questa concezione argomentativa della logica giuridica è tutt'altro che in sintonia con il soggettivismo di ciò che appare giusto al singolo giudice, poiché essa pone apertamente il problema "dei limiti e delle compensazioni al soggettivismo (confronto fra dottrina e giurisprudenza, collegialità della decisione, opinione dissenziente, ecc.)"⁸⁰. La valutazione delle conseguenze è caratteristico argomento che supera o aggira il riferimento alla lettera e alla volontà del legislatore e se può essere utilmente presa in considerazione dall'interprete ai fini della ricostruzione della *ratio iuris* – poiché incide sulla valutazione comparativa degli interessi e sull'apprezzamento dello sfondo assiologico che la sostiene – presuppone adeguate cautele. Ora, il punto è che tali cautele molto spesso non sono state usate, poiché la c.d. dimostrazione apagogica (cioè la *reductio ad absurdum*) è stata occultata, non esplicitata in un itinerario argomentativo ma coperta da ragionamenti "in termini di una logica formale...che nascondono talora, dietro affermazioni apodittiche, gli orientamenti soggettivi del giudice"⁸¹.

Quanto all'appello alla volontà del legislatore attuale, al posto di quella del legislatore storico, non si tratta di segnalare il ricorso, da parte dei giudici, ad un metodo storico-evolutivo condotto tenendo conto delle valutazioni comparative degli interessi effettuate dal legislatore in tempi diversi e sfociate in normative diversamente orientate nella tutela e nell'apprezzamento dei valori coinvolti, ciò che segnalerebbe una evoluzione fisiologica della giurisprudenza verso esiti non asfitticamente rinchiusi in una visione meccanica del processo interpretativo. Si tratta, invece, di annotare, ancora seguendo Giuliani, che i rapporti fra legislazione e giurisdizione hanno mostrato in Italia una tendenza, nel tempo, ad assumere aspetti paradossali. Da un lato, si impose un clima culturale che ostentava ostilità ad ogni aspetto evolutivo dell'interpretazione e alla stessa valutazione comparativa degli interessi, implicita nelle scelte legislative – clima che, naturalmente, mostrava pertanto una forte diffidenza nei confronti della aperta considerazione dei valori implicati in quelle scelte – e che si dichiarava concettualmente fedele ai criteri tradizionali dell'interpretazione giuspositiva (lettera e volontà del legislatore). Dall'altro, e proprio come conseguenza di questo clima complessivo, "il giudice ha finito per godere di poteri creativi maggiori di quelli permessi da tale metodo, sotto la copertura della volontà implicita (o per implicito) del legislatore. L'appello alla volontà del legislatore – considerata in opposizione alla volontà della legge – permette di conseguire una soluzione equa e ragionevole, ma diversa da quella risultante dalla lettera della legge"⁸².

⁸⁰ A. GIULIANI, *ibidem*.

⁸¹ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 427. Molto utile il rinvio ad una ricerca sulla giurisprudenza condotta da G. LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Roma, 1970, pp. 95 ss., ricerca che meriterebbe certamente di essere aggiornata con la giurisprudenza più recente. Purtroppo, non pare che l'uso di affermazioni apodittiche, date per scontate e ovvie ma tutt'altro che tali, si sia arginato da parte della giurisprudenza. Come già notato, nella migliore delle ipotesi questi orientamenti nascondono l'intenzione del giudice di provvedere ad una giustizia sostanziale, oltre il dettato normativo. Si noti che, secondo Lazzaro, molto spesso la dimostrazione apagogica è accostata alla individuazione di un presunto principio generale, utilizzato tuttavia contro la lettera di una disposizione; ovvero, essa è fatta derivare dalle caratteristiche di un istituto giuridico e perfino dal "senso giuridico". Non posso soffermarmi qui, evidentemente, sui casi citati da Lazzaro, alla cui lettura rinvio. Sulla valutazione delle conseguenze nell'argomentazione giuridica, a proposito degli studi di Mengoni, v. *infra*, n. 155.

⁸² V. A. GIULIANI, *op.loc.ult.cit.*

Nelle argomentazioni dei giudici questa specie di antiformalismo occulto è stata perseguita, per esempio, rovesciando il principio *rubrica non facit legem* ed utilizzando perciò rubriche, preamboli e lavori preparatori per far valere un'interpretazione diversa da quella suggerita dalla lettera delle disposizioni. È interessante notare il destino che ha subito, in queste prassi interpretative, l'utilizzazione dei lavori preparatori: da strumento per la ricerca della "vera" volontà, in senso psicologistico, del legislatore, a mezzo per eludere quella volontà, consegnata alle parole del legislatore e però contestata con argomenti apparentemente formali e logici ma in realtà espressione di una equità puramente intuitiva, soggettiva. Un'equità che è perciò stata affidata all'individualistico apprezzamento del giudice, un'equità che è rimasta sottotraccia, che non è stata apertamente dichiarata, che è stata anzi ripudiata sia dalla dottrina che dalle sentenze dei giudici ma che si è insinuata nelle soluzioni accolte via via dalla giurisprudenza, in un contesto culturale che ha favorito questi esiti, restando in prevalenza estraneo alla prassi di un "confronto fra dottrina e giurisprudenza" che avrebbe potuto favorire "una indagine pubblica, sociale, giustificativa"⁸³.

Le manifestazioni di un antiformalismo occulto hanno toccato anche l'ambito del ragionamento analogico. Come già accennato (v. *supra*, nota 7 e § 7), l'analogia moderna, affidata alla tecnica del ragionamento analogico, è imperniata sulla *identitas rationis (ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio)*⁸⁴ e perciò su una logica deduttiva, che procede rico-

⁸³ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 414. Altro è, nella prospettiva di Giuliani, che il procedimento interpretativo si avvalga di valutazioni equitative ricorrendo a procedimenti finzionistici e mascherando tali valutazioni con il ricorso a schemi formali di ragionamento; altro, invece, che l'equità, come norma fondamentale di riconoscimento, sia apertamente esposta nel ragionamento interpretativo. In quest'ultimo ordine di idee, "l'equità non è frutto soggettivo ed intuitivo del giudice né è contrapposta al diritto positivo", poiché essa dovrebbe collegarsi a "precise coordinate", a principi, che non siano il frutto di concettualistiche ipostasi dogmatiche ma dell'aperto confronto di argomenti, intesi pertanto come *regulae iuris*, "luoghi specifici dell'argomentazione giuridica". Giuliani individua nella tradizione del *mos italicus* il modello storico cui agganciare la prospettiva di una nuova vitalità delle *regulae iuris* e, in questo ordine di idee, può sostenere che "una equità senza principi (nel senso delle *regulae iuris*) – che non viva in un rapporto dialettico con il diritto stretto – interessa l'utopia e non l'esperienza giuridica" (p. 441 s.). Emerge così tutta la distanza fra la sua concezione di equità – legata ai principi ed allo *ius positum* – e quella corrente, anche nei suoi agganci con la celebre prolusione di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (1879), ora ripubblicata in *Annali della Fac. giur. Univ. Camerino*, 1/2012, pp. 179 ss. Tutta questa problematica è stata al centro della ricerca di Giuliani e meriterebbe un'attenzione che non posso dedicare qui: si v. soprattutto ID., *La controversia: contributo alla logica giuridica*, edito nella collana di Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, XXXIX, Pavia, 1966, pp. 81 ss.; *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997. Sull'ipotesi di Giuliani – che l'equità (intesa nei termini anzidetti e che ancora torneremo ad illustrare *infra*, § 14) sia tornata ad essere fondamentale norma di riconoscimento per l'interprete, soprattutto a partire dagli ultimi tre decenni del secolo scorso, specie per effetto della sempre più spiccata familiarità che anche i giudici ordinari avrebbero maturato con argomenti interpretativi come quello della ragionevolezza; e per effetto, inoltre, delle sollecitazioni derivanti dalle interpretazioni c.d. adeguate (non solo rispetto alla costituzione ma anche agli ordinamenti sovranazionali) – v. *infra*, §§ 10 e 13-15, con perplessità espressa a proposito della idoneità della equità ad essere considerata, nella società italiana contemporanea, metafora base dell'esperienza giuridica, come invece sembra suggerire Giuliani (forse più in termini di auspicio che di effettiva analisi delle condizioni complessive che esprimono il "livello di razionalità e moralità di un'epoca", per usare ancora la suggestiva ed espressiva formulazione dello stesso Giuliani, già ricordata *supra*, n. 7).

⁸⁴ Si v. le impeccabili pagine di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 101, che afferma la necessità "di determinare nell'unico significato logicamente concludente il rapporto di somiglianza" su cui si fonda il ragionamento analogico, onde soddisfare l'esigenza di *certezza* implicita nella disciplina legislativa dell'analogia. Da questo punto di vista, l'elaborazione del ragionamento analogico è l'altra faccia dell'idea della profonda, intima coerenza del sistema legislativo. Si tratta di una coerenza, per dir così, già depositata nel sistema e che pertanto non si riduce, necessariamente, ad espressione della volontà del legislatore. Piuttosto, essa

struendo in fondo, anche per questo mezzo di integrazione del diritto, la volontà del legislatore: la *ratio* da questi voluta per una fattispecie potrà estendersi, sul presupposto della identità, ad altra non espressamente regolata. Sappiamo, altresì, che questa logica del ragionamento analogico è diversa (da), se non opposta, a quella propria del diritto comune, fondata sulla comparazione di concrete fattispecie regolative, espresse in termini casistici, utilizzando l'argomento *a similibus ad similia*. Ora, la logica accolta nel comma 2 dell'art. 12 delle preleggi, elaborata nei termini appena ricordati, non è stata raccolta dalla giurisprudenza, che ha preferito molto spesso utilizzare un procedimento induttivo; procedimento che, "quando è basato su affermazioni apodittiche, che sfuggono ad ogni possibilità di controllo"⁸⁵, è stato qualificato come "analogia mascherata"⁸⁶.

In sostanza, è frequente l'elusione, nell'applicazione giudiziale del diritto, del procedimento per gradi congegnato dall'art. 12 – in virtù del quale può farsi ricorso ai mezzi di integrazione del diritto solo seguendo l'itinerario che conduce dalla ricerca delle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe a quella dei principi generali, "se il caso rimane ancora dubbio". L'elusione è determinata dal diretto ricorso al principio generale, ricavato in via induttiva estraendolo da precetti normativi. Molto spesso, la giurisprudenza ha proceduto in tal modo per casi in cui l'esistenza del principio era controvertibile e poteva invece ipotizzarsi l'*analogia legis*. D'altra parte, e in altri casi, laddove l'attendibilità del ragionamento analogico avrebbe potuto essere facilmente contestata (per esempio, per la natura eccezionale della disposizione), il rinvio al principio generale permetteva una latitudine interpretativa molto estesa. Di nuovo, nella sostanza, siamo al cospetto dell'esercizio di un'equità soggettiva, intuitiva, pilotata da un antiformalismo occulto, sottratta ad ogni forma di controllo logico, che privilegia "l'orientamento soggettivo del giudice con bruschi mutamenti giurisprudenziali". Un'equità favorita paradossalmente nel suo formarsi – lo si è già sottolineato ma merita ricordarlo – da un ambiente culturale che aveva esaltato la volontà legislativa come unica norma di riconoscimento e che, puntando su una assolutizzazione del ruolo del legislatore,

deve ricavarsi nell'esercizio del compito, dell'attività affidata all'interpretazione, di ritrovare in quel sistema le tracce di un'unità organica e coerente. La ricerca della volontà del legislatore, in questo ordine di idee, è solo un frammento del compito interpretativo. Il primo Bobbio, come è noto, è un Bobbio molto ed espressamente polemico con la concezione volontarista, che contesta lo stesso dogma positivistico della completezza dell'ordinamento. Più esattamente, secondo Bobbio, la visione statica della concezione volontarista, che vede l'ordinamento "sospeso alla volontà come l'ago alla calamita" un "ordinamento che non contiene in sé la potenzialità di un autonomo ed estrinseco svolgimento" (p. 117), può immaginare la sua completezza solo come mancanza di volontà o come volontà contraria, generalizzando l'argomento *a contrario* e sostenendo l'esistenza di una norma generale esclusiva che vale per tutti i casi non previsti (così, per es. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., pp. 35 ss.). Non può invece immaginare la completezza come esigenza di "indefinita possibilità di svolgimento" (p. 122), che implica individuazione di norme coerenti con il sistema: non semplice, astratta formulazione di un principio generale esclusivo ma rinvio a precetti che soddisfino le finalità perseguite dall'ordinamento, che si innestino coerentemente nel sistema giuridico.

⁸⁵ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, p. 430.

⁸⁶ Così G. LAZZARO, *op.cit.*, pp. 20 ss., il quale chiarisce che l'esigenza di colmare la lacuna legislativa viene talvolta soddisfatta con l'appello ad un principio generale ricavato (spesso apoditticamente) in via induttiva da una o più disposizioni, laddove invece la lacuna avrebbe potuto essere colmata invocando il ricorso al procedimento analogico. Altre volte, il principio generale viene induttivamente ricavato proprio per evitare le difficoltà che questo ricorso avrebbe potuto ingenerare, per la controvertibilità dell'applicazione analogica. L'analogia non appare esplicitamente ma è *mascherata* dal rinvio al principio generale ricavato induttivamente.

aveva respinto ogni forma di controllo che poteva derivare da “una ricerca collettiva, sociale, pubblica – che si realizza con una dialettica tra dottrina e giurisprudenza, e all’interno della stessa giurisprudenza”⁸⁷.

La polemica, beninteso, non intende investire il ruolo dei giudici nella società, ruolo prezioso, com’è ovvio, costellato di esempi luminosi talvolta portati sino all’estremo del sacrificio personale e segnato da quotidiano impegno di molti, spesso esercitato in condizioni non facili. Si tratta, invece, di esprimere una riserva nei confronti della conversione verso il c.d. diritto giurisprudenziale⁸⁸ di una parte della dottrina, specie italiana. Per lunghi anni apparsa refrattaria ad ogni interesse per la giurisprudenza – e ricambiata da quest’ultima con altrettanto disinteresse per le sue elaborazioni concettuali – sia per le premesse poste dalla ricordata alleanza con la legislazione (e contro i giudici) a cavallo dei secoli, sia perché imbevuta delle elaborazioni concettuali astratte della pandettistica, la dottrina italiana ha più di recente “scoperto” il ruolo creativo dei giudici e della loro interpretazione.

Ora, come già accennato in precedenza, si tratta di intendersi, oltre ogni tentazione puramente intellettualistica e definitoria. E’ ben vero, infatti, che l’attività interpretativa – e non solo quella dei giudici – si pone all’interno di un “processo storico di sviluppo” nel quale ogni “interprete e ciascun ‘operatore’ collabora in quest’opera facendo valere le proprie convinzioni e i propri orientamenti”⁸⁹, che potranno concorrere alla formazione del diritto vigente, se condivisi e accettati. Ed è altresì vero che le valutazioni dell’interprete, e così anche del giudice, non sono da intendersi come fenomeni isolati, ma compresi in un più ampio ambito che permetta la loro controllabilità. Si può concepire e teorizzare, come è stato fatto, questo

⁸⁷ A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, p. 432.

⁸⁸ L’espressione *diritto giurisprudenziale* è usata qui, come avviene più di recente nella dottrina italiana, limitatamente, ad intendere il diritto che proviene dalle pronunce dei giudici e non ha, pertanto, che flebile rapporto con il *Juristenrecht*, su cui v. P. KOSCHAKER, *L’Europa e il diritto romano*, cit., pp. 287 ss.; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., *passim*. In questo più ampio ordine di idee il diritto giurisprudenziale si riferisce ad un insieme eterogeneo di vicende che portarono alla formazione, in epoche e luoghi diversi, di gruppi di professionisti del diritto e alla loro influenza nella formazione dell’esperienza giuridica. S’intende, peraltro, che tale accezione ampia del diritto giurisprudenziale, appunto inteso come *Juristenrecht* – secondo Pomponio *ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus* (D. 1, 2, 2, 5) – si riferisce pur sempre all’opera del giurista pratico. Quest’opera, nella storia del diritto, ha avuto rapporti discontinui con quella delle scuole di diritto, con il *Professorenrecht* (P. KOSCHAKER, *op.cit.*, pp. 357 ss.). Non si tratta certo di affermare, nell’ordine di idee qui patrocinato, una primazia delle elaborazioni teoriche su quelle con immediata destinazione pratica, tantomeno della classe degli accademici su quelle dei giudici, degli avvocati, ecc. Si tratta invece, come ancora si tornerà a sostenere più avanti nel testo, e di nuovo nei successivi §§, di notare che l’azione di tutte queste componenti, insieme a quella dei soggetti titolari di interessi che, pur non essendo professionisti del diritto, tuttavia siano capaci di far valere punti di vista nel concreto dell’esperienza giuridica, dovrebbe essere considerata nelle reciproche relazioni che intercorrono fra le dette componenti. Ciò non esclude il riconoscimento della particolare autorevolezza del *judge made law*, riconoscimento che si impone nei fatti per l’influenza che esso spiega nella formazione delle attività interpretative. Proprio l’importanza e l’autorevolezza delle interpretazioni giurisprudenziali dovrebbe però avvalorare l’esigenza che esse possano essere ospitate da una sfera pubblica ampia, capace di discuterle, confutandole o approvandole. E, qualora questa sfera sia debole, carente, è forse compito del giurista che ne sia consapevole segnalare il problema: l’insufficienza di tale sfera pubblica si ripercuote come crisi di legittimazione dell’interpretazione giudiziaria e, in fondo, come crisi di credibilità di tutta l’esperienza giuridica. Segna opportunamente il problema del ruolo della scienza giuridica in una situazione per cui “siamo passati nell’arco di mezzo secolo da una politica superba anche se consapevole e da una giurisdizione deferente, a una politica inconsapevole e a una giurisdizione a tratti aggressiva, e invasiva della sfera politica”, C. PINELLI, *Intervento – Inventario di questioni*, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 487.

⁸⁹ V. T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., p. XXIII.

ambito come complesso sistematico di concetti elaborati dagli interpreti, depositato in categorie giuridiche messe a punto (specie) dalla dottrina, ma anche per effetto di comportamenti di privati, di attività e prassi amministrative, di orientamenti dei giudici⁹⁰. Si può invece essere meno persuasi del ruolo decisivo dei concetti⁹¹, certo necessari ma insidiosi per la chiara

⁹⁰ V., in particolare, la visione di T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., pp. XXIII ss., XXIX ss. e XXXII ss., secondo cui “*la tecnica dell’interpretazione è appunto il risultato di una concezione costituzionale*” (p. XXXIII), nel senso che implica rinvio ad un complesso di questioni istituzionali (per es., ai rapporti fra potere politico e giudici), sociali (per es., le condizioni complessive della cultura di un popolo, le sue consapevolezze, la sua arretratezza, ecc.) etiche, ecc. Ma, nel pensiero di Ascarelli, al ruolo del legislatore, cui spetta porre le norme – in ossequio ad una “*primaria esigenza di certezza della soluzione e perciò di pace sociale e di rispetto per la libertà dell’uomo*” (p. XL) – e a quello dell’interprete, cui spetta di ricavarne il senso e quindi di contribuire allo sviluppo del diritto, si aggiunge quello di una “*dogmatica concettuale*” della cui storicità e transitorietà lo studioso attento al diritto comparato sarà consapevole, e che nondimeno implica “*l’esistenza di un sistema*”. Un sistema capace di rinnovarsi proprio tramite l’interpretazione e che tuttavia assicuri “*la continuità tra l’interpretazione, e cioè la norma posta in via di interpretazione, e la norma preordinata, e perciò l’ordinamento di quelli che direi i controlli dell’interpretazione*”: è cioè necessario assicurare l’osservanza di un tale criterio di continuità, capace di garantire dall’arbitrio e dal mero sentimento equitativo, “*il cui giudice definitivo sarà, né potrebbe essere diversamente, la generale convinzione che finirà o non finirà per accogliere una interpretazione, ora esposta dottrinalmente, ora sorta dall’iniziativa della pratica contrattuale, ora dettata dalla giurisprudenza, e che, accolta, sarà considerata diritto vigente*” (p. XLI). Si v. altresì ID., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv.dir.comm.dir.gen.obbl.*, 1954, I, pp. 151 ss., dove si precisa che l’interpretazione giuridica non deve solo stabilire un rapporto fra regola e caso ma anche elaborare il senso del precetto in modo che esso possa servire alla valutazione del caso. È necessaria perciò una continua rielaborazione interpretativa dei precetti, posti, dati in termini generali ed astratti, rielaborazione che tenga conto sia delle necessità di adeguazione alle particolarità che provengono dal caso, sia delle esigenze di armonia e continuità fra le soluzioni interpretative stesse e le disposizioni del legislatore (p. 153). Si v. anche ID., *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), in ID., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, pp. 69 ss., dove più netta appare la tesi della creatività dell’interpretazione, che non risiederebbe “*nella decisione del caso concreto in congruenza con una massima di decisione, ma proprio nella formulazione della norma*” (p. 84). Anche in *Norma giuridica e realtà sociale*, tuttavia, è centrale il rinvio ad un criterio di continuità fra l’opera dell’interprete e il dato oggetto di interpretazione (pp. 73 s. e 87), criterio che culmina nella valutazione della *communis opinio*: “*è alla generale opinione che alla fine si riporta vuoi l’identificazione dell’oggetto di interpretazione attraverso la stessa portata della teoria delle fonti, vuoi la portata che la norma assume nell’applicazione; la formulazione interpretativa individualmente data si fa norma sociale attraverso un appello a una generale concordanza e nei limiti di questa*”. Una concordanza, d’altra parte, sempre transitoria, mutevole, coerente con un ordine democratico “*fondato sulla tolleranza e sul dialogo*” (pp. 90 s., ma si v. anche la n. 24, p. 95, dove riflettendo sulle caratteristiche della tradizione giuridica anglosassone A. sottolinea la connessione fra la storia del paese e quella del suo diritto – non diversamente, del resto, da quello che è accaduto in Francia, in Germania, in Italia). Polemico con la tesi ascarelliana della continuità fu E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, cit., pp. 530 ss. Sulla riflessione di Ascarelli in materia di interpretazione, anche nel confronto con Betti, v. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, pp. 129 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, 1994, pp. 44 ss.; C. PINELLI, *Il confronto sull’interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in A. CERRI, P. HÄBERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, IV, Roma 2010, pp. 67 ss., spec. 75 ss. e 85 ss.

⁹¹ La polemica contro il concettualismo nella scienza del diritto è articolata da una pluralità di voci, talvolta di assoluto spicco: vorrei limitarmi a citare G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., *passim*, ma specie dove segnala la grandiosa trasfigurazione dell’esperienza giuridica che deriva dall’opera della scienza. L’esperienza diventa così sistema concettuale: meglio, un complesso di sistemi concettuali, razionalmente impeccabili ed ordinati. Tuttavia, in tal modo, “*non si sa più se l’esperienza giuridica sia quella che è nella realtà o sia l’immagine che la scienza ne ha delineato...con questa sua immagine la scienza che si propone di comprendere il suo dato, l’esperienza, riesce quasi a nascondere il suo dato: costituisce un pericolo per la visione limpida del dato*” (p. 73); nonché *infra*, pp. 90 s., dove annota che i pericoli maggiori dell’attività concettuale derivano dalla, potrei dire, astrazione isolata del singolo concetto. Esso è davvero essenziale nel concreto realizzarsi in singole posizioni, non in sé considerato: così per esempio per il concetto di negozio giuridico, che “*vive nelle singole posizioni e non in sé, non essendo possibile dar vita ad una manifestazione di volontà generica...Esso ha tanto di verità che è la comune essenza di ogni posizione particolare di atti di volontà nel concreto (cioè di ogni atto di*

percezione della costitutiva mobilità dell'esperienza giuridica; ma in ogni caso il riferimento ad un contesto come limite per l'attività interpretativa mi sembra essenziale onde far sì che essa possa superare il sospetto di arbitrarietà che altrimenti è destinato ad investirla. In fondo, come si è visto nel corso del § 3, i limiti destinati a condizionare l'attività interpretativa ed applicativa si manifestarono come valori costitutivi di un'esperienza giuridica e si espressero, già nel secolo XVIII, come esigenza di adeguata argomentazione della decisione giudiziale e come conseguente rifiuto di sentenze prive di motivazione o fondate *per relationem*, rinviando alle *auctoritates*.

Direi, inoltre, che questi limiti dell'interpretazione sono limiti che, in primo luogo, valgono (o dovrebbero valere) nei confronti di ogni interprete, pubblica autorità o privato cittadino, giurista o non, poiché derivano (o dovrebbero derivare) dalla condizione *situé* dell'interprete, e quindi anche del giudice, dai condizionamenti che le sue interpretazioni subiscono (o dovrebbero subire) per effetto dell'essere inserito in un tessuto, potremmo dire, di opinione pubblica giuridica, più ampio. In secondo luogo, e per conseguenza, queste condizioni dell'interpretazione, ove ritenute sussistenti, dovrebbero rendere non così irresistibili gli argomenti di chi ha sostenuto che riconoscere un ruolo creativo al giudice significa “*sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico*”⁹². La consapevolezza che gli ordinamenti politici non possono esaurire la propria dotazione costitutiva attraverso i canali della legittimazione politica è antica e ancora presente nell'epoca contemporanea: l'elemento (nella migliore delle ipotesi) aristocratico che è insito nell'esperienza giuridica può essere temperato solo dalla effettiva presenza e capacità di influire nella società di un'opinione pubblica diffusa e competente anche per il diritto.

Tuttavia, è vero che dubbi possono essere avanzati attorno alla consistenza di una tale opinione pubblica, dubbi che, a mio modo di vedere, derivano dalla carenza profonda di un tessuto comune, se si preferisce di un contesto “*pubblico, sociale, giustificativo*”, per riprendere ancora le già citate parole di Giuliani, nel quale giudici, professionisti del diritto, studiosi, pubblici amministratori, privati, possano convergere per far valere propri punti di vista, con l'aspettativa di essere ascoltati. Ha qui ragione Luciani nel lamentare la condizione gregaria e subalterna della dottrina⁹³ rispetto all'impatto della c.d. creatività giudiziaria, con-

volontà, poiché solo nel concreto vive l'atto di volontà)”. D'altra parte, e per conseguenza, il rischio di arbitrarietà che si nasconde dietro il concetto giuridico deriva dalla sua considerazione isolata, poiché invece “*nella loro unità nel loro insieme*” i concetti possono esprimere una verità, cercando di rappresentare un'esperienza che, nella realtà dei rapporti sociali ed umani, non è frammentata ma unitaria e accostabile solo se considerata nella sua concreta (non astratta) complessità, nella interconnessione dei suoi elementi. Su questi temi è essenziale, per la profondità della sua ricerca, G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica* (1935), in ID., *La vita etica*, a cura di F. Mercadante, Milano, 2008, p. 111, libro sul quale non posso ora soffermarmi. Si v. anche R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 34 s., 133 ss., 149 ss., ma *passim*, per la polemica contro il dogmatismo e le elaborazioni sistematiche astratte, nonché ID., *Erudito ac benevolo lectori*, in ID., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 20 ss., per il nesso fra storicità del giuridico e lotta contro le sue astrazioni; ma molti altri studi di O. meriterebbero di essere citati. V. altresì A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, *passim*, di cui bisognerebbe considerare l'opera intera, cui *adde* A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009; ID., *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Dir.romano attuale*, 6/2001, pp. 21 ss.

⁹² Così M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 393.

⁹³ M. LUCIANI, *op.cit.*, p. 395.

dizione che farei risalire, con Giuliani, alla scelta fatta dalla dottrina stessa, come si è visto, fra la fine dell'ottocento e l'inizio del nuovo secolo, di alleanza con la legislazione, schierandosi nel conflitto politico-costituzionale che opponeva quest'ultima alla magistratura. Il – relativamente recente – nuovo interesse per il diritto giurisprudenziale dovrebbe forse tenerne conto, non per effettuare, per dir così, nuove scelte di schieramento, ma per rendersi consapevole dei rischi che possono derivare da una situazione in cui un giudice con tendenze creative, orientate verso un'equità soggettiva, povera di legami con principi elaborati collettivamente, operi in un quadro privo – o almeno carente – di confronti con le altre componenti soggettive dell'esperienza giuridica. Il dramma dell'interpretazione sembra perciò concentrarsi in una contraddizione fra l'esigenza che il suo campo sia ospitato da una adeguata opinione pubblica e l'insufficienza di un tessuto sociale capace di costituirlo. Riprenderò questo filo del ragionamento più avanti, nel corso dei §§ conclusivi.

10. Trasformazioni dei principi generali: costituzione, rapporti fra ordinamenti, tecniche interpretative e formazione del giurista

Torniamo però alle disposizioni preliminari. Già si notava che, di fronte all'impegno ed alla profondità della riflessione in materia di interpretazione che deriva dalla spinta antiformalista, il contenuto delle disposizioni preliminari apparve inevitabilmente povero. Mi pare che ciò sia confermato se ci rivolgiamo ai principi generali. È ben noto che questo dei principi giuridici è un tema vastissimo: vorrei solo ricordare che la discussione attorno ai principi generali del diritto (come si esprimeva il codice del 1865), o ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato (come si esprime quello vigente), è un frammento di una discussione più ampia e risalente, cioè quella sulle c.d. *regulae iuris*, prima, poi sui *principia iuris* o *leges legum*⁹⁴. Tuttavia, nella tradizione continentale, questa discussione sui principi generali venne ad assumere un perimetro ancora più circoscritto, specie a seguito dell'orientamento giuspositivo che aveva sostenuto la completezza dell'ordinamento e l'assenza delle lacune.

Beninteso, questa tradizione continentale è tutt'altro che omogenea: si pensi al dibattito francese sui *principes généraux du droit* e al ruolo di dottrina e giurisprudenza nella elaborazione di principi assiologicamente legati al retaggio rivoluzionario⁹⁵. Un dibattito lontano

⁹⁴ La letteratura è copiosissima: vorrei limitarmi a citare qui, oltre alla ricerca di A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, pp. 382 ss., P. STEIN, *The Digest Title 'De regulis juris antiqui' and the General Principles of Law*, in *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962, pp. 8 ss.; ID., *Regulae iuris. From juristic Rules to legal Maxims*, Edinburgh, 1966; S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, in *Annali di storia del diritto*, V-VI, 1961-62, pp. 221 ss.; N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss.Dig.it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 887 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto a) Diritto costituzionale*, in *Enc.dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 494 ss.; M. BASCIU (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto*, Atti del XV Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano, 1987; *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1992.

⁹⁵ Sull'argomento cfr. S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., pp. 505 ss., con riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di stato e del Consiglio costituzionale, ma il fenomeno è più vasto ed investe anche il

dalla impostazione più rigidamente positivista della dottrina italiana che, come si è visto, fu prevalentemente concentrata, dapprima, nel rigettare le potenzialità equitative rivendicate dall' *interpretatio*; successivamente, con l'approvazione del codice del 1942, ad accentuare l'aspetto di identificazione dei principi con le norme⁹⁶ che compongono l'ordinamento giuridico statale. Di fronte ad un profilo così rigido, nel difendere i presupposti del positivismo giuridico, le conseguenze, come già sappiamo, furono da un lato la diffusione, anche nella giurisprudenza, di dichiarazioni intese a ribadire la fedeltà a quei presupposti, dall'altro il ricorso ad un antiformalismo occulto, rinviando a lavori preparatori, progetti di legge, all'appello alla volontà del legislatore attuale, ecc., come accadeva anche per l'*analogia legis*, determinando un aumento dei poteri del giudice⁹⁷.

E' allora facile comprendere che questo quadro concettuale ed applicativo era destinato ad essere sconvolto dall'avvento del nuovo ordine costituzionale repubblicano e, successivamente, dalla integrazione degli ordinamenti giuridici europei, dell'unione e convenzionale. Una costituzione rigida, dotata di molte disposizioni di principio, di una articolazione nuova delle fonti del diritto rispetto a quella consegnata alle disposizioni preliminari – articolazione spesso imperniata su un criterio di competenza costituzionalmente riservata e non sulla gerarchia – di un giudice della legittimità costituzionale delle leggi e dei conflitti, era destinata a produrre questi effetti, che si resero particolarmente acuti specie a partire dagli anni sessanta, quando il conflitto politico ed ideologico e il diffondersi fra i giudici di concezioni antiformaliste e per un "uso alternativo del diritto"⁹⁸, determinarono una prima, vistosa contestazione dei canoni tradizionali del giuspositivismo. Di fronte a quella che veniva percepita come inerzia della politica, o sua connivenza con gli interessi capitalistici, si fece strada l'idea e la prassi di una supplenza del potere giudiziario sul terreno dell'attuazione costituzionale, idea e prassi che rinviavano ad una concezione dei principi molto più aperta e dinamica di quella sino ad allora prevalsa. Questi indirizzi potevano apparire, ed a mio parere erano, frutto di una stagione ideologica dai contorni radicali, al punto di ammettere un sindacato di co-

diritto privato, v. J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, 1950, pp. 51 ss., tanto da suggerire cautela sulla qualificazione della scuola esegetica come una dottrina del tutto prona al dogma volontaristico, poiché essa fu consapevole della calibratura assiologica dei *principes*.

⁹⁶ Gli studi di V. CRISAFULLI segnarono la strada: *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, pp. 175 ss.; ID., *I principi costituzionali dell'interpretazione e applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di S. Romano*, I, Padova, 1940, pp. 665 ss.; ID., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

⁹⁷ Come più volte ricordato è stato A. GIULIANI, *op.ult.cit.*, pp. 434 s. (a proposito dei principi generali) a segnalare ed analizzare il ricorso, da parte dei giudici, ad un antiformalismo occulto: v. *supra*, § 9.

⁹⁸ Il riferimento è, naturalmente, non solo ai volumi, a cura di P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, e II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973, che raccoglievano gli atti del convegno di Catania del 1972, ma più ampiamente, al movimento dei giudici che si ispirava ad una pluralità di presupposti culturali, per es. la critica del c.d. individualismo proprietario, l'idea del diritto come strumento di promozione delle trasformazioni sociali, la critica delle ideologie giuridiche dal punto di vista di un'analisi marxista, un movimento che produsse sì elaborazione teorica ma anche pratica militanza, con l'azione dei c.d. pretori d'assalto.

stituzionalità delle leggi da parte del giudice ordinario, che avrebbe potuto direttamente applicare principi costituzionali, facendoli valere contro i precetti del legislatore⁹⁹.

Se tuttavia si pensa alla graduale diffusione, in dottrina e in giurisprudenza, dell'idea che nella costituzione repubblicana sia determinante il nesso fra valori e principi (anche se questo nesso certamente non taglia fuori il riferimento alla testualità della carta, che resta anzi "il punto di partenza del processo interpretativo"¹⁰⁰); se si pensa alla diffusione del canone del diritto vivente e della interpretazione adeguatrice, sia rispetto alla costituzione che al diritto comunitario e convenzionale¹⁰¹; non sarà difficile concludere che il tema del rapporto fra costituzione, diritto europeo comunitario e convenzionale, ed interpretazione della legge è

⁹⁹ Condivido del tutto l'opinione espressa da A. GIULIANI, *Prefazione* a C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., p. XXX, che "Se i giudici pretendessero di fare politica nel senso del potere legislativo otterrebbero effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo politico proprio del giudice. Se infatti questi pretendesse di divenire distributore di beni e di ricchezze perderebbe la fiducia dei cittadini: per quanto nobili fossero i suoi scopi, la sua decisione non sarebbe più una sentenza ma un atto di amministrazione".

¹⁰⁰ V. F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, p. 36, che insiste per l'insopprimibilità dei vincoli testuali ma, in generale, è pacifica la rilevanza del limite che deriva dal testo della costituzione. Sono tuttavia diverse le ricostruzioni del ruolo giocato dal riferimento al testo: si v., oltre al già cit. studio di Modugno, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 173 ss., 267 ss., ecc.; G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, cit., pp. 231 ss., spec. 242 ss., che tenta di valorizzare i limiti dell'interpretazione che deriverebbero dal testo costituzionale, per es. dalle gerarchie di valore riconducibili alle disposizioni costituzionali, limiti che dovrebbero condizionare o escludere i bilanciamenti della corte costituzionale. Sulle accennate diversità di impostazione v. le interessanti considerazioni di M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto Scritti scelti*, Bologna, 2015, pp. 124 ss. Vorrei anche notare che l'isolamento, corrente nelle opinioni di larga parte della dottrina costituzionalistica, delle norme e principi costituzionali da tutto il resto del tessuto normativo, desta perplessità. Non si tratta di contestare il ruolo fondativo di un ordine giuridico e politico-sociale riconducibile alla carta costituzionale e neppure la sua spiccata tessitura di principio e assiologica. Tuttavia, la costituzione non è la sola fonte del diritto che sfugge, in sede interpretativa, "ad un'opera di mera sussunzione" (così G. AZZARITI, *op.cit.*, p. 241), poiché tutte o quasi le disposizioni normative sono soggette agli apprezzamenti interpretativi di cui si è ampiamente detto: tener conto del contesto in cui esse si inseriscono, degli obiettivi che perseguono, dell'elemento storico-evolutivo che ne orienta l'interpretazione. L'obiezione, tuttavia, dovrebbe essere più distesamente argomentata, tenendo conto della varietà delle posizioni della dottrina, anche con riferimento alle peculiari qualificazioni attribuite all'interpretazione costituzionale, ciò che però sfugge ai limiti di questo lavoro. Si v., comunque, quanto scrive L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 98: "Oggi il giudice deve frequentemente integrare la fattispecie normativa o trovare da sé la regola di decisione mediante bilanciamento di beni e di interessi, soppesando vantaggi e svantaggi, secondo diversi punti di vista, delle varie soluzioni ipotizzabili".

¹⁰¹ L'uso della metafora del diritto vivente è originariamente legata, in Italia, alle motivazioni delle sentenze della corte costituzionale che rinviano, per lo più, alle massime della Corte di cassazione. Tuttavia ormai l'espressione ha assunto significati ulteriori. Tutta la sua storia, che non è però solo italiana – si pensi alla *Verfassungskonforme Auslegung* – non può essere qui neppure sunteggiata ma esiste una grande messe di dottrina dedicata al fascio di temi legati a quest'argomento. Vorrei, a tal proposito, limitarmi a ricordare A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesis, uso, implicazioni*, cit., *passim*; A.A. CERVATI, *Diritto vivente e costituzione vivente*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., pp. 58 ss. Anche sulla interpretazione adeguatrice è ormai assai ampia la letteratura: v., *ex multis*, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli, 2009, p. 1533; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., pp. 445 ss.; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, pp. 99 ss.

oggi il vero epicentro di un rapporto complesso fra legislatori ed istituzioni giudiziarie: i giudici comuni, la corte costituzionale e le corti sovranazionali. Questo rapporto, che in fondo coincide con un fascio di problemi di governo del pluralismo sociale, politico, istituzionale, non solo all'interno di un medesimo ordinamento ma anche nei rapporti fra ordini distinti, è percorso da controversie sulla definizione dei principi, sulle tecniche interpretative e sulla individuazione delle *leges legum* candidate a governare le relazioni fra fonti del diritto.

Evidente che queste controversie ammettono impostazioni, e a maggior ragione soluzioni, divergenti, ispirate da distinte ricostruzioni e punti di vista. Proprio la pluralità di impostazioni e possibili soluzioni dovrebbe rendere allora, nella stessa formazione culturale del giudice, e dell'interprete in generale, assorbente il rinvio alla solidità e al rigore dell'argomentazione, nonché all'esigenza di non allontanarsi dai propri precedenti senza aver offerto apertamente ragioni che conducano al fondo della scelta di rettificare indirizzi di giurisprudenza consolidati¹⁰². Non si tratta di immaginare o auspicare una comunità o società di interpreti¹⁰³ pacificata e non attraversata da conflitti, nel cui ambito non si costituiscano posizioni o ruoli di potere, di egemonia, di peculiare influenza, per esempio della corte costituzionale, ma, nel variare dei tempi storici, anche di altri soggetti o organi. Si tratta invece di investire, specie a partire dall'importanza dell'educazione dei giovani giuristi e, più in generale, dei processi della formazione (intesa come *paideia*) culturale, su una visione dell'esperienza giuridica – intesa nel suo complesso e non solo per quanto concerne la sola materia costituzionale – immersa in un contesto comunicativo e sociale capace di generare discussione, adeguati e coerenti itinerari argomentativi, orientato verso una ricerca comune di interpretazioni – non di interpretazioni comuni.

¹⁰² V. anche *supra*, § 9 e nota 90, i riferimenti alle ricordate considerazioni di Ascarelli e di Giuliani, a proposito dell'esigenza di scongiurare l'isolamento del giudice da un contesto culturale ed interpretativo capace di formare opinioni influenti sull'interpretazione, riferimenti ai quali vorrei aggiungere L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 148, a proposito delle motivazioni delle sentenze della corte costituzionale, cui aderisce F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, cit., pp. 41 ss., che sottolinea l'importanza del contesto intersoggettivo per l'interpretazione costituzionale, ma esprime poi perplessità nell'accordare "fiducia in un'unica e coesa società aperta degli interpreti", che Modugno immagina non unanime ma attraversata da contrasti sulle interpretazioni, "divisa da presupposti assiologici diversi, piuttosto che coesa intorno ad un'unica visione legittimante". Una società che, pertanto, dovrebbe riconoscere alla corte costituzionale il ruolo di "organo di chiusura del sistema...nell'atto di scegliere essa seleziona tra i vari significati possibili, tra le varie assiologie in campo, contribuendo a definire, ogni volta, l'universo di significati che sta dietro alla costituzione...In tal senso è proprio la posizione privilegiata della Corte a rendere asimmetrica e perciò meno aperta la presunta 'società degli interpreti della costituzione'" (pp. 46 s.). V. anche C. PINELLI, *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Napoli, 2004, III, pp. 1675 ss., che si sofferma sul tema della controllabilità degli esiti interpretativi dei giudici con ampi riferimenti alle teorie dell'argomentazione e alla perelmaniana logica del probabile, teorie che, secondo L. MENGONI, *Prefazione*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 7, non "ci procurano un criterio intersoggettivo di controllo" dei loro ragionamenti e dei relativi giudizi di valore. Lamenta, opportunamente, "il sempre minore condizionamento esercitato dai precedenti", che "finisce per rendere ancora meno visibili e chiare le ragioni dei mutati orientamenti" nella giurisprudenza costituzionale, G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., pp. 247 s. Su questi temi tornerò conclusivamente *infra*, §§ 14 e 15.

¹⁰³ E' stato, com'è noto, Peter Häberle ad elaborare una teoria sulla società aperta degli interpreti della costituzione, sin da P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297 ss.

A questi fini, è necessario che il giurista si predisponga con un'indole propensa alla discussione più aperta invece che al ripiegamento all'interno di contesti concettuali chiusi ad ogni fermento che non provenga dal proprio *milieu* dogmatico, e decisiva è pertanto la sua formazione culturale che non dovrebbe ridursi ad una nuda apprensione di nozioni e definizioni. Su questa visione dell'esperienza giuridica vorrei ancora tornare più avanti, nei due paragrafi conclusivi di questo lavoro, in particolare per porre la questione se i principi giuridici possano costituire, e in che termini, le fondamentali norme di riconoscimento per il giurista contemporaneo. Per ora, direi che un esempio interessante sia delle prospettive che si offrono a chi intenda aprirsi ad una discussione feconda, sia degli equivoci cui vanno incontro i ripiegamenti concettualistici, è possibile trarlo proprio dalla teoria delle norme sulle norme, una teoria che concerne i precetti sull'interpretazione giuridica, che siano o non stati trasfusi in precise disposizioni di legge.

11. Le norme sulle norme: Zitelmann e la norma generale negativa

E' probabilmente vero che non deve essere stato facile sciogliersi dal fascino intellettuale di una personalità come quella di Rudolf von Jhering, ed è certamente vero che Ernst Zitelmann questo fascino lo avvertì intensamente e che ancora alla suggestione di Jhering dobbiamo una sua adesione alla tesi che le *Rechtsätze über Recht* fossero ordini di applicazione rivolti al giudice. La tesi proveniva dai presupposti imperativistici del punto di vista jheringhiano: "ogni norma è un imperativo: se positivo, un comando; se negativo, un divieto. Ma un imperativo ha senso soltanto se pronunciato da chi ha la forza di imporre ad una volontà altrui questa limitazione"¹⁰⁴. Ora, secondo Jhering, poiché la forza ed il potere coercitivo sono dello stato, dei singoli organi statali preposti, il diritto è appunto indirizzato a costoro, in particolare al giudice, cui spetta applicare il precetto formulato in termini generali, anche se le norme destinate a regolare le più varie situazioni della vita di una società, per esempio un certo rapporto fra privati, hanno lo scopo pratico di investire e determinare l'azione dei privati. Esistono, però, alcuni precetti che non hanno un tale scopo, per es. "non rivolgono alcun imperativo al privato, ma ad esso devono essere applicate dal giudice"¹⁰⁵, e fra queste Jhering annoverava quelle sull'interpretazione delle leggi e dei negozi giuridici. Caratteristica di queste norme è che l'imperativo è rivolto al giudice e solo a lui e, in luogo dell'aspetto sostanziale di regolazione di casi della vita, prevale per esse un aspetto formale, organizzativo.

Quando, nel 1903, fu pubblicata la sua *Rede* (pronunciata l'anno precedente) dedicata al tema delle lacune, Zitelmann subiva ancora probabilmente, almeno in certa misura, l'influenza della lezione jheringhiana: il BGB era da poco diventato vigente senza tuttavia contemplare disposizioni destinate a regolare le fonti, la loro entrata in vigore ed efficacia nel

¹⁰⁴ R. v. JHERING, *Lo scopo nel diritto* (1887), Torino, 1972, p. 239. Non potrebbe essere pertanto più chiara l'adesione di Jhering alla *Befehltheorie* ma non è certamente questa adesione a caratterizzare la grande personalità del libro.

¹⁰⁵ R. v. JHERING, *op. cit.*, p. 241.

tempo e nello spazio, nonché l'interpretazione, come avevano invece fatto, come sappiamo, il codice austriaco e quello italiano. Tuttavia, egli poté qualificare come giuridiche le *allgemeine Rechtsgrundsätze*, e tra queste le regole (non scritte) in materia di interpretazione, poiché esse, pur non rivolgendosi direttamente ai privati, sono tuttavia destinate ad essere applicate dal giudice¹⁰⁶. Sarebbe però, dal mio punto di vista, erroneo trarre da ciò la conclusione che Zitelmann seguisse, ancora all'inizio del secolo, la vecchia teoria imperativista. Certamente questo tema delle norme sulle norme sarà, nel corso degli anni, più volte toccato da Zitelmann, che continuerà a rifletterci anche dalla prospettiva del diritto internazionale privato, una delle aree di maggior interesse dello studioso tedesco, e vedremo che la sua opinione non resterà fissa ma subirà cambiamenti. Tuttavia, è forse eccessivo ritenere che la messa a punto di una teoria delle norme sulle norme da parte di Zitelmann sia avvenuta solo molti anni dopo il suo scritto sulle lacune¹⁰⁷, ancora, per così dire, interamente ostaggio della impostazione che Jhering aveva dato al tema.

È necessario infatti considerare, come emerge in particolare da due studi che Emilio Betti dedicò al giurista tedesco¹⁰⁸, che già da tempo Zitelmann aveva abbandonato una sua visione più ristretta e razionalista della dogmatica giuridica, specie dopo aver meditato le tesi di un suo collega dell'università di Göttingen, Gustav Rümelin, che aveva nel 1891 pubblicato un libro nel quale sosteneva che l'interpretazione giuridica non può essere tutta compresa nel campo della logica poiché essa risulta fondata su giudizi di valore, in particolare su valutazioni di interessi in conflitto¹⁰⁹. Pochi anni dopo, nel 1896, lo stesso Zitelmann dedicava

¹⁰⁶ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht, Rede gehalten bei Antritt des Rektorats, (Bonn 18 Oktober 1902)*, Leipzig, 1903, pp. 26 e 44.

¹⁰⁷ Così invece A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 398, secondo cui solo dopo aver abbandonato la tesi di Jhering – che le norme sull'interpretazione siano ordini rivolti al giudice – Zitelmann elaborerà la categoria delle norme sulle norme. Secondo Giuliani, Betti non avrebbe colto, nell'elaborare a sua volta la categoria delle norme di secondo grado, le fasi successive della riflessione di Zitelmann, di cui dirò più ampiamente.

¹⁰⁸ Si tratta di E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann* (1925), in ID., *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, pp. 11 ss.; ID., *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Riv.dir.int.*, 1925, pp. 33 ss. e 188 ss. Per un confronto fra Betti e Zitelmann sui temi della comparazione giuridica v. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, pp. 29 ss.

¹⁰⁹ V. E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 47, con riferimento a G. RÜMELIN, *Werturteile und Willenentscheidungen*, Freiburg, 1891. Si allude qui, pertanto, a Gustav Rümelin, non a Max: il primo, nato nel 1848, il secondo nel 1861; il primo, che Luigi Lombardi, nella sua accurata ricerca, annovera, insieme a Zitelmann, nella generazione dei precursori del *Freirecht* – benché questa qualificazione si basi su un criterio largo di valutazione storica di quel movimento, caratterizzato dalla reazione, molto varia, alla rigidità della visione tradizionale del giuspositivismo; il secondo, noto come esponente della *Interessenjurisprudenz*: sulla sua opera in rapporto sia a quella di Heck sia alla *Freirechtsbewegung* v. L. LOMBARDI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 213 ss. Ora, sia G. Rümelin (*Werturteile*, cit., p. 9) che Zitelmann (*Lücken*, cit., pp. 45 s., n. 18) condivisero l'idea che fosse compito dell'interprete colmare le lacune che inevitabilmente si aprono nella legislazione. È questo, del rapporto fra il ruolo del legislatore e quello dell'interprete – non solo del giudice – una volta riconosciuta l'esistenza di lacune, un tema come sappiamo fondamentale, che ha avuto una varietà di svolgimenti e che ho cercato di accostare nei termini di una necessaria complementarità fra i ruoli stessi, senza tuttavia alcuna pretesa di originalità ma nel solco di una importante tradizione in tal senso: v. ancora L. LOMBARDI, *op.cit.*, pp. 259 s., cui *adde*, almeno, E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 135, 144, 228 ss., ecc., per la sua teoria della distinzione fra norma giuridica e massima di decisione. Si v. inoltre quanto già annotato nel corso del § 8, a proposito dell'evoluzione delle teorie soggettive ed oggettive sull'interpretazione, ed in particolare sulla elaborata proposta ermeneutica di Emilio Betti, che a sua volta, tenendo conto di una pluralità di suggestioni, accreditò una concezione dell'attività interpretativa che

alcune pagine importanti al tema dell'interpretazione¹¹⁰, sostenendo che siccome il testo della legge offre solo una cornice all'interno della quale deve esercitarsi il ruolo del giurista, la corretta applicazione della legge richiede appunto "un'attività creatrice" integrativa del diritto (*nachschaffende Tätigkeit*)¹¹¹. La valutazione del caso deve certamente tener conto, per un verso, del complessivo sistema giuridico, soddisfacendo un'esigenza logica, e quindi è compito del giurista desumere da esso *Grundsätze*, principi giuridici¹¹² che possano essere idonei per la soluzione del caso, anche quando tali principi non siano stati formulati esplicitamente dal legislatore ed anzi sia chiaro che questi non ne aveva avuto limpida coscienza, e però essi possano trarsi dal sistema. Per l'altro, proprio la considerazione del sistema giuridico nel suo insieme deve orientare l'interpretazione verso l'apprezzamento degli scopi della legge, onde poter adeguatamente rispondere alle esigenze che nascono dalle peculiarità del caso¹¹³. Esplicitamente egli qualificava l'attività interpretativa nel campo del diritto come un'attività che non si esaurisce in giudizi di verità ma in *Werturteile*, giudizi di valore, poiché la giurisprudenza non è solo attività cognitiva ma *Kunstlehre*, come anche la medicina¹¹⁴.

Dunque, il giurista non deve attendersi di trovare già pronto, nelle disposizioni dettate dal legislatore, l'assetto giuridico che propriamente dev'essere dato al caso, poiché invece a lui spetterà ricavare i principi generali (*allgemeine Grundsätze*) dai quali potrà trarsi quell'assetto, qualora essi non siano stati già enunciati dalla legge, principi che potranno essere desunti da disposizioni particolari¹¹⁵. Questi principi generali, o principi giuridici generali (*allgemeine Rechtsgrundsätze*), sono dunque gli elementi fondamentali di cui si avvale l'interpretazione ed è dalla complessiva valutazione di tali elementi (di nuovo: *tota lege perspecta*) che essa deve ricavarsi, onde poter trovare una soluzione del caso concreto, anche quando manchi una disciplina apposita per regolare singole fattispecie o intere materie.

È sulla base di questa concezione dell'attività interpretativa, evidentemente sensibile alla temperie di rinnovamento degli studi giuridici e di reazione contro la giurisprudenza concettuale che attraversava la Germania a cavallo dei secoli, che Zitelmann affrontò il tema delle lacune e scrisse il suo saggio, destinato a così larga influenza anche sulla nostra dottrina. Mi pare si possa notare che, fra i giuristi italiani, *Lücken im Recht* sia stato spesso associato a *Il problema delle lacune* di Donati e credo che le pagine di Bobbio in merito abbiano

supponeva il necessario apprezzamento degli interessi implicati e dello sfondo assiologico che tali interessi sottendono, in sintonia con le posizioni di Heck, esponente di spicco della *Interessenjurisprudenz*.

¹¹⁰ V. E. ZITELMANN, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft*, Bonn, 1896, pp. 15 ss.

¹¹¹ E. ZITELMANN, *op.ult.cit.*, pp. 16 s.

¹¹² Si v. anche la concezione che della concreta esperienza giuridica accredita G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., pp. 61 ss., secondo il quale i principi sono estratti dal pensiero riflesso della scienza giuridica immergendosi nell'azione umana e nei suoi specifici fini, storicamente determinati, e cercando per tale via "il criterio dell'azione", il suo orientamento. Così, trovare il principio, per l'interpretazione giuridica, è "ordinare secondo i principi che la reggono, gli sparsi momenti in cui l'esperienza si risolve. Ma ciò significa insomma non aggiungere nulla all'esperienza ritrovare quello che c'è nella esperienza, vale a dire essenzialmente ricostruire la vita interna la storia interna dell'esperienza" (p. 63).

¹¹³ E. ZITELMANN, *op.ult.cit.*, pp. 19 s.

¹¹⁴ E. ZITELMANN, *op.ult.cit.*, p. 22. Su queste posizioni espresse da Zitelmann v. altresì E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto*, cit., pp. 14 s.

¹¹⁵ Cfr. E. ZITELMANN, *Die Rechtsfragen der Luftfahrt*, Leipzig, 1914, pp. 29 ss.

fatto scuola, benché la discussione intorno allo scritto di Zitelmann risalga già agli anni venti. Secondo Bobbio, Zitelmann prima (1903) seguito poi da Donati (1910), con lo scopo di contrastare le concezioni legate al diritto libero, rovesciarono la teoria dello spazio giuridico vuoto, che risaliva a Karl Bergbohm¹¹⁶, sostenendo che non si dà uno spazio giuridico vuoto, che “*il diritto non manca mai*”, ed è per questo che esso si costituisce in un ordinamento completo che, per definizione, esclude lacune. Accanto alle norme particolari che regolano i comportamenti e le conseguenze giuridiche che derivano da tale regolamentazione – cioè le norme di condotta – implicitamente ma sicuramente, al tempo stesso, l’ordinamento contempla una norma generale negativa (Zitelmann) o esclusiva (Donati) che nega, ovvero esclude possa applicarsi detta regolamentazione a tutti gli altri comportamenti, non previsti dalle norme particolari¹¹⁷. In questo ordine di idee, secondo Bobbio, sia Zitelmann che Donati avrebbero sostenuto che tutti i comportamenti non compresi dalla fattispecie della norma particolare regolativa della condotta sono tuttavia anch’essi regolati da una norma generale esclusiva (o negativa), cioè dalla regola che nega o esclude tutti i comportamenti che non rientrano in quello previsto dalla norma particolare.

Ora, è certo che Zitelmann non condivideva le tesi di chi riteneva che il giudice dovesse trascurare il dettato legislativo, privilegiando una decisione che corrispondesse a criteri di equità, poiché così facendo, anche se con l’intenzione di perseguire un nobile scopo, è compromessa la certezza del diritto, nel tentativo di cercare una giustizia della decisione che, tuttavia, potrebbe tradursi nell’arbitrio del singolo giudice. Come sappiamo, egli invece era convinto che fosse compito proprio dell’interprete, e dunque anche del giudice, cercare la soluzione dei casi all’interno di un campo problematico rispetto al quale il legislatore non potrà dare altro che una cornice¹¹⁸. Egli era consapevole dei limiti della dottrina giuspositiva ed era ormai lontano da una concezione razionalistica ed astrattizzante del diritto. È perciò difficile immaginare uno Zitelmann intento a cercare puntelli per la tesi della completezza dell’ordinamento normativo, conoscendo le sue posizioni in tema di interpretazione. Mi sembra più probabile che, dal punto di vista di Zitelmann, affermare l’esistenza di un *allgemeine negative Grundsatz* fosse funzionale, più in concreto, ad escludere che l’interprete non sia provvisto di criteri di giudizio per i casi in cui non esista disciplina per certe materie e dall’ordinamento non possano desumersi *Rechtsgrundsätze* idonei a colmare, per via d’integrazione, la lacuna. Per questi casi, che Zitelmann qualificava come lacune improprie, *unechte Lücken*, si dovrà riconoscere che non esiste né regolazione né effetti giuridici, per

¹¹⁶ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Leipzig, 1892, pp. 375 ss., opera dedicata *toto corde* alla confutazione del diritto naturale ed espressione di un positivismo “*nudo e crudo*”, così G. CAPOGRASSI, *Karl Bergbohm (1848-1927)*, in ID., *Opere*, Milano, 1959, VI, p. 52. Il *rechtsleere Raum* è, nella visione di Bergbohm, libero dai vincoli posti dalle norme giuridiche e si affianca allo spazio da esse occupate, che all’opposto è giuridicamente pieno. Se un caso della vita cade all’interno di quest’ultimo ha rilievo giuridico, altrimenti – se perciò ricade nel primo spazio – è disponibile alla libera attività umana. Pertanto, non si danno lacune ma solo *limiti* dello spazio giuridicamente pieno, oltre i quali non esistono lacune ma attività libere, che il diritto non regola e alle quali resta indifferente.

¹¹⁷ V. N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 148 ss.

¹¹⁸ V. E. ZITELMANN, *Selbstdarstellung*, pubblicata da H. PLANITZ in *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 1, Leipzig, 1924, pp. 202 ss.

esempio, diritti, oneri, obblighi, ecc.: un principio generale negativo sancisce questo stato delle cose. Il problema è allora quello di ricostruire nei termini più appropriati tale principio, proprio per come era stato pensato da Zitelmann nella sua *Rede* sulle lacune, e ciò nonostante alcune incertezze e conseguenti divergenze interpretative che il testo può ingenerare, sulle quali subito diremo.

12. Implicazioni antiformaliste della dottrina delle norme sulle norme

Come dobbiamo intendere dunque questo principio generale negativo? Bobbio¹¹⁹, e con lui l'opinione generalmente accettata, ritengono che, come pure per Donati, così per Zitelmann si sarebbe al cospetto di una vera e propria norma giuridica, che vale a chiudere l'ordinamento giuridico. Ora, è bensì vero, com'è stato rilevato¹²⁰, che il saggio di Zitelmann sulle lacune può prestarsi, su questo punto, a diverse interpretazioni. Tuttavia, mi pare che colga il segno Betti nel sostenere che il suddetto principio debba intendersi non come principio giuridico, come per esempio certamente è quello – nell'ordinamento giuridico tedesco, inespresso – che qualifica come giuridica la norma ricavabile dall'interprete per via analogica; ma che debba intendersi quale principio logico, che deriva dalla assenza di una regolazione positiva. Esso risulta, scrive Betti leggendo Zitelmann, "*di riflesso dalla totalità delle stesse norme contenenti disposizioni positive, nel senso che è, per così dire, il rovescio di tutte queste norme prese insieme*", ed è da intendersi come "*principio periferico, un criterio-limite dell'ordine giuridico*"¹²¹. In fondo, proprio all'opposto di Donati, secondo cui la norma

¹¹⁹ N. BOBBIO, *op.ult.cit.*, pp. 149 ss., e, come accennato, già altri prima di lui, tra cui A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch.giur.*, 1921, pp. 135 s.; C. GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, *ivi*, 1923, pp. 137 ss.; G. BRUNETTI, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1925, pp. 41, 47, 51 ss.; G. PACCHIONI, *I principii generali di diritto*, in *Arch.giur.*, 1924, pp. 133 ss., spec. 138 ss. Per Pacchioni la giurisprudenza, intesa in senso lato, è fonte del diritto positivo e in ciò risiede un limite per il giudice, che deve tener conto della scienza giuridica. Se pertanto lacune si danno nel sistema legislativo, non se ne danno invece "*nel più vasto sistema del diritto in generale, il quale è costituito, oltre che dalle leges, anche dai iura*" (p. 145). Anche Pacchioni accomuna però le teorie di Zitelmann e Donati: v. p. 146, n.1. V. altresì A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch.giur.*, 1923, pp. 167 ss., spec. pp. 176 ss., che dopo aver provveduto ad una ricognizione delle teorie che negano e di quelle che ammettono l'esistenza di lacune dell'ordinamento giuridico, accomuna anch'egli le tesi di Zitelmann e di Donati (p. 181) ritenendo che entrambe contemplino una norma generale di chiusura dell'ordinamento. Che la *norma generale esclusiva* debba intendersi, secondo la tesi di Donati, come vera e propria norma giuridica, sì che da essa "*derivano diritti ed obbligazioni distinte da quelle prodotte dalle varie norme particolari*", e perciò tale norma è da intendersi come produttiva di rapporti giuridici diversi da quelli riconducibili alle norme particolari, è affermato espressamente da quest'autore, v. D. DONATI, *Il problema delle lacune*, *cit.*, pp. 41 ss.

¹²⁰ V. E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto*, *cit.*, p. 22, n. 22.

¹²¹ V. E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 21, il quale ulteriormente chiarisce il pensiero di Zitelmann, osservando che qualora il giudice, applicando la legge, neghi l'esistenza di un diritto, di un obbligo, ecc., non è che faccia così applicazione dell' *allgemeine negative Grundsatz*, che non è norma giuridica ma solo riflesso logico di tutte le norme giuridiche, prese nel loro insieme. Egli applica invece, negativamente, le *Sachnormen*, le norme sostanziali, non riconoscendo il diritto, l'obbligo, ecc.; e inoltre, le applica in via mediata, "*perché siffatta applicazione negativa si opera attraverso l'osservanza di quelle norme che disciplinano l'interpretazione delle norme giuridiche e il modo di colmarne le lacune*" (p. 23, n. 24). Dunque, le norme sulle norme, o norme di secondo grado, secondo la

generale esclusiva è “vera e propria norma giuridica”¹²², risulta invece testualmente che, secondo Zitelmann, “occorre una norma giuridica per far sorgere un effetto giuridico: non ne occorre alcuna per escludere che sorga”¹²³.

Come già accennato in chiusura del § che precede, questo principio negativo, di portata generale, assolve ad un ruolo molto concreto, quello di permettere al giudice di applicare il diritto vigente, negando che possa riconoscersi, per un certo caso, una qualificazione giuridica. Per Zitelmann, dunque, il principio generale negativo non è una norma sulla norma, non è criterio giuridico desumibile dalla *Rechtsordnung* per guidare l'interpretazione. Al contrario, proprio quando non si debba ricorrere ad esso (quando cioè l'interprete sia in grado di rintracciare, nell'ordine giuridico, una disciplina per il suo caso, sia in quanto direttamente contemplata dal legislatore, sia perché desunta dallo stesso interprete tramite l'individuazione di una analogia con altra fattispecie, sia infine perché derivata da un principio generale), proprio allora si apre lo spazio di applicazione delle norme sulle norme, cioè di quei principi giuridici – questi, effettivamente, giuridici, *Rechtsätze* – che regolano l'attività interpretativa. L'operatività logica del principio generale negativo, pertanto, è del tutto negativa quando, delineando un limite, segnando una periferia – seguo la metafora bettiana già ricordata – del giuridico, indica all'interprete un'area non giuridicamente regolata o qualificabile solo in termini negativi: non c'è un diritto, un obbligo, ecc., poiché non c'è norma regolativa della condotta e non può prodursi l'effetto giuridico che sarebbe conseguito dalla sua esistenza. Ma, una volta constatata l'impossibilità di applicare al caso determinate norme positivamente stabilite dal legislatore, l'interprete può anche individuare una regola per esso, sfruttando i principi giuridici che disciplinano l'interpretazione delle norme e il modo di colmare le lacune.

Questi principi sono, ripeto, vere norme regolatrici dell'ordine giuridico, norme sulle norme, *Rechtsätze über Recht* o, come aveva scritto Vittorio Scialoja¹²⁴, diritto che governa le leggi, diritto che vige indipendentemente dalla sua esplicita formulazione (che in effetti, si ricorderà, non c'era nel caso del BGB). È vero tuttavia, come era stato notato¹²⁵, che il pensiero di Zitelmann non si fermò ai risultati ottenuti con *Lücken im Recht* e che in questo saggio egli ancora sembrava concepire i principi in materia di interpretazione come norme legali, cioè come norme riconducibili all'ordinamento statale, benché non da esso esplicitate ma desumibili dall'interprete. Direi che, su questo punto, lo scritto sulle lacune non scioglieva tutti i dubbi: per un verso, le norme in materia di interpretazione sono “diritto tedesco positivo”, dall'altro, esse non sono scritte “perché s'intendono da sé”¹²⁶. Non è chiarissimo se l'autore volesse riferirsi, con l'espressione “diritto tedesco positivo”, al diritto dello stato: forse

terminologia di Betti, sono *Rechtssätze*, non lo è invece il principio generale negativo, che è solo criterio logico, non proposizione giuridica.

¹²² V. D. DONATI, *op.cit.*, p. 41.

¹²³ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, cit., p. 18.

¹²⁴ V. SCIALOJA, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, cit., p. 47.

¹²⁵ V. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 398. Giuliani aveva compreso che “la penetrazione dell'opera dello Zitelmann nella scienza giuridica italiana è un capitolo meritevole di essere esplorato” (p. 397). Devo proprio alle sue riflessioni il mio interesse per l'argomento.

¹²⁶ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, cit., p. 26.

sì, se si pensa al peso enorme che esercitava in Germania il presupposto statualista del diritto, maggiore che in qualsiasi altro ordinamento europeo; forse no, se si inclina a ritenere che già al tempo in cui scriveva il saggio sulle lacune Zitelmann avesse, se non maturato, almeno intuito ciò che anni dopo esplicitamente dichiarerà, e che forse già s'intravede nella affermazione che le norme sull'interpretazione "s'intendono da sé".

In un saggio del 1919¹²⁷ Zitelmann affrontò il tema più ampio del diritto sul diritto, *Recht über Recht*, un diritto che regola la formazione del diritto, la sua interpretazione, il rapporto fra ordinamenti o tra fonti di distinti ordinamenti. Il diritto sul diritto, perciò, è costituito da *Rechtsätze* che hanno diverse finalità ma "la caratteristica comune di non disporre immediatamente l'effetto giuridico da ricollegare ad una fattispecie, come le norme sostanziali, ma di esprimere o di determinare qualche cosa che concerne l'ordinamento giuridico nel suo complesso o una parte di esso"¹²⁸. Questi *Rechtsätze*, secondo il giurista tedesco, non dovrebbero assimilarsi alle norme sostanziali che regolano la condotta, poiché essi sono "qualcosa'altro, a sé stante"¹²⁹, e tuttavia egli non dubitava della loro giuridicità. La loro articolazione nelle tre aree ricordate – le regole sulle fonti, quelle sull'interpretazione e quelle sui rapporti fra ordinamenti – "risponde alla natura delle cose" e Zitelmann ricordava, a questo proposito, le Parti generali che la Pandettistica usava premettere ai propri sistemi. Naturalmente, esse possono essere disposte esplicitamente e direttamente dalle costituzioni o da altre fonti ma, quando anche ciò avviene, resta che esse rinviano ad altre regole, e infine alle "regole sull'interpretazione che hanno natura originaria, che sono valide di per sé"¹³⁰. Dunque, regole che si comprendono da sé, che sono valide di per sé, per mezzo delle quali orientarsi nell'attività interpretativa: potremmo dire, con Giuliani, norme di riconoscimento¹³¹. Zitelmann non giungerà ad un'elaborazione compiuta delle norme di riconoscimento ma sostenne che, in particolare, quelle sull'interpretazione hanno un fondamento originario, non riconducibile ad altre norme poiché "si tratta...di regole valide 'naturalmente' (il tanto criticato diritto naturale resiste, su questa posizione, contro ogni attacco)"¹³².

Cosa intendeva Zitelmann affermando che i principi in tema di interpretazione sono regole di diritto naturale? Regole di diritto razionale, vevolevoli sotto ogni cielo? Regole di diritto storico, legate alla tradizione culturale, sociale, giuridica di un popolo? Forse una ricerca più accurata potrebbe almeno formulare ipotesi. Mi sembra tuttavia certo che egli era convinto, al tempo in cui scrisse il saggio ora in esame, che le regole sull'interpretazione non sono di derivazione statale e, se si pensa che ormai da tempo egli coltivava una concezione dell'interpretazione che aveva abbandonato i presupposti giuspositivi, mi sembra altrettanto certo che la sua concezione delle norme sulle norme – almeno di quelle sull'interpretazione – avesse implicazioni antiformaliste. Beninteso, si tratta di implicazioni che non possiamo che leggere in chiave di continuità e coerenza con una visione dell'esperienza giuridica che Zi-

¹²⁷ E. ZITELMANN, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Dir. internaz.*, 1961, pp. 152 ss.

¹²⁸ E. ZITELMANN, *op.ult.cit.*, p. 153.

¹²⁹ E. ZITELMANN, *op.loc.ult.cit.*

¹³⁰ E. ZITELMANN, *op.ult.cit.*, p. 156.

¹³¹ V. *supra*, nota 52.

¹³² E. ZITELMANN, *op.loc.ult.cit.*

telmann aveva maturato da tempo e che era estranea ad ogni torsione soggettivistica dell'attività interpretativa. Ebbene, sono proprio queste implicazioni che la dottrina italiana, come ha colto benissimo Giuliani, ha rifiutato ed anzi occultato o rimosso accuratamente, specie con l'assimilare la dottrina di Zitelmann a quella di Donati, e con il considerare anzi la seconda un perfezionamento della prima.

Questo esito della recezione del giurista tedesco in Italia non sorprende perché in sintonia con l'indirizzo ancora prevalentemente formalistico e positivistico della dottrina italiana dei primi decenni del secolo, i cui orientamenti, come sappiamo, rimasero in larga misura estranei alla reazione che si manifestò in Francia e in Germania contro la scuola dell'esegesi e contro il concettualismo della pandettistica. Per i giuristi italiani sarebbe stato arduo rivolgersi ad uno Zitelmann contestatore del positivismo giuridico, che era arrivato a sostenere che le norme sull'interpretazione sono norme, in qualche senso, di diritto naturale; e molto più semplice invece, e rassicurante, ricostruirne il pensiero facendone un alfiere della completezza dell'ordinamento giuridico, una completezza assicurata da una norma generale negativa. Sappiamo, del resto, che con il codice civile italiano del 1942 si arrivò a stabilire espressamente, nell'art. 12 delle preleggi, che i principi generali non sono principi del diritto ma dell'ordinamento giuridico dello stato, riaffermando così la provenienza esclusivamente statualista delle norme sulle norme che, proprio per il loro oggetto, per il fatto cioè di essere indirizzate a regolare le vicende di altre norme, a maggior ragione devono intendersi solo, e rigorosamente, come precetti statali. La divaricazione fra gli esiti maturi della riflessione di Zitelmann e quelli del positivismo codicistico italiano non potrebbe apparire in termini più netti ma il nome del giurista tedesco resterà associato alla tesi che più rigidamente ha incarnato i presupposti culturali della lezione giuspositiva, cioè quella della completezza dell'ordinamento.

13. La recezione di Zitelmann in Italia e il problema di una dottrina per il riconoscimento del diritto. Le norme strumentali secondo Betti

Le regole in materia di interpretazione furono lette dalla dottrina italiana anche sulla scorta delle teorie di Zitelmann e di Donati. Se la concezione jheringhiana dei destinatari delle norme – che assicurava un ruolo alle norme strumentali, al *Recht über Recht*, stabilendo che si trattava di ordini di applicazione rivolti al giudice, ancora sulla scorta di una lettura imperativista del diritto – era ormai stata abbandonata e considerata “*un falso problema*”¹³³, una dottrina del riconoscimento del diritto poteva fornire nuova spiegazione al fenomeno. Mi pare si possa dire che questa dottrina, in Italia, è stata quella della costruzione gradualista dell'ordinamento. Una volta respinte, o ignorate, le prospettive offerte da una impostazione problematica come quella di Zitelmann, una versione della *Stufenbautheorie* avrebbe dato

¹³³ Così S. ROMANO, *Norme giuridiche [destinatari delle]*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 144.

nuovo lustro alle preleggi, sia per scongiurare ogni tentazione di accreditare una diversa versione delle norme di riconoscimento, più orientata verso l'equità¹³⁴ o comunque verso un indirizzo antiformalista, sia per sostenere che, accanto alla prevalenza gerarchica delle disposizioni costituzionali, derivante dal nuovo ordine repubblicano, una più antica gerarchia, di tipo strumentale, continuava a fare perno sul codice civile e sul suo titolo preliminare. E' ancora Alessandro Giuliani a notare che non casualmente il *mainstream* della dottrina civilistica, con Francesco Santoro-Passarelli, aveva rifiutato la versione bettiana delle norme sulle norme – o norme di secondo grado, come preferiva la terminologia di Betti – perché fondata su una teoria del riconoscimento del diritto che “avrebbe finito per attenuare il valore delle preleggi come norme strumentali”¹³⁵.

Betti, com'è noto, aveva sottolineato che il ruolo delle regole legali destinate a disciplinare l'interpretazione deve giocarsi su terreno della esigenza “di eliminare o ridurre al minimo, o almeno di circoscrivere in più angusto margine, l'incertezza” che deriva dal libero esame dei precetti giuridici, e scongiurare i possibili “risultati divergenti secondo le visuali soggettive e l'interesse degli interpreti”¹³⁶. Da ciò la convinzione che queste regole legali siano tutt'altro che regole tecniche, prive di valore vincolante¹³⁷. Ciò detto, e come a bilanciare questo valore di certezza, rivendicato come obiettivo primario per ogni ordinamento, che deve essere perseguito per quanto possibile, Betti chiarisce – è opportuno riportare distesamente le sue parole – come “non sia da credere che questa materia possa essere regolata in modo esauriente da esplicite norme e sia da respingere quale frutto di mentalità astrattistica ispirata al pregiudizio normativistico del positivismo giuridico il postulato di una ‘norma’ sulla produzione del diritto nonché le norme dirette a regolare il vigore, la sfera di applicazione, i limiti nello spazio e nel tempo, l'interpretazione della legge e, in generale, delle norme giuridiche sostanziali”¹³⁸. E ancora: “i compiti e i criteri dell'interpretazione per un diritto in vigore danno luogo ad una problematica così complessa che sarebbe un'illusione credere ch'essi possono essere abbracciati e contemplati in modo esauriente da una disciplina legale dell'attività interpretativa: disciplina, la quale ha bisogno, essa stessa, di essere interpretata

¹³⁴ Si v., per es., quanto sostiene F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., II, pp. 109 ss., spec. 111, che appunto valorizza il ruolo dell'equità nell'interpretazione del diritto positivo e in particolare per la soluzione di problemi legati al “*conflict des lois anciennes et des lois nouvelles*” e sulla “*portée de la règle de la non-rétroactivité*”.

¹³⁵ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 398.

¹³⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 235.

¹³⁷ Vorrei sottolineare la peculiarità della posizione bettiana: da un lato egli riconosceva, come detto nel testo, pieno valore giuridico, normativo e vincolante, alle regole sull'interpretazione, che non devono intendersi come semplici massime tratte dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di ermeneutica giuridica. A queste conclusioni B. giunse anche sulla base di una ricostruzione della origine delle norme sull'interpretazione che, come si è visto, avevano avuto una genealogia bensì più risalente (della) ma altresì intrecciata con la storia delle codificazioni europee. Dall'altro, Betti evitava però di irrigidire questo riconoscimento, perché se è vero che la certezza del diritto è valore che l'ordine giuridico intende tutelare riconoscendo alla sola legislazione il ruolo nomopoietico, tuttavia il principio di separazione fra i poteri non può essere inteso in termini troppo rigidi. Il legislatore non dovrebbe cioè concepire tale principio sino a farlo coincidere con la rivendicazione di una pretesa di governare e coprire interamente, stabilendone la disciplina, l'area dell'attività interpretativa. Sui nessi fra disciplina dell'applicazione della legge e ordinamento della magistratura v. A. GIULIANI N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 106, nonché A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., pp. 416 ss.

¹³⁸ V. E. BETTI, *op.ult.cit.*, pp. 241 s.

con canoni ermeneutici che vanno oltre quelli da essa fissati”¹³⁹. Implicita ma evidente, in queste pagine bettiane, una profonda considerazione, cioè che i problemi posti dalle regole sull’interpretazione non possono essere affrontati e risolti (solo) a fil di logica, perché la loro complessità sottintende non solo un’estensione propriamente ermeneutica, già molto vasta, ma anche questioni istituzionali e sociali che riguardano i rapporti fra legislazione, giurisdizione, scienza giuridica, opinione pubblica: temi di fondo dell’ordine giuridico e del suo assetto culturale e sociale, temi intorno ai quali non si può pretendere di trovare soluzioni nette, precise, racchiudibili in formule, se non appunto a partire da una, scrive Betti, mentalità astrattistica.

Secondo Betti, inoltre, un’ulteriore conseguenza può essere tratta dalla disciplina legale dell’interpretazione, conseguenza che investe pienamente il tema istituzionale sopra evocato, dei rapporti fra legislazione e giurisdizione. Se spetta solo alla prima la “*competenza a porre le norme costitutive dell’ordine giuridico*”, alla seconda è affidato il compito di interpretare ed applicare i precetti normativi; pertanto, è in questo secondo ambito che “*l’elemento logico assume un’importanza preponderante*”, poiché il giudice deve comprendere appieno la portata normativa dei precetti, penetrando la loro *ratio iuris*, elaborando concettualmente gli istituti e la loro ordinazione sistematica. Nella sfera di competenza del giudice è assorbente la dimensione dell’intelligenza del contenuto precettivo delle norme e ne consegue che l’elemento logico – e, per conseguenza, la giustificazione della decisione – è decisivo. Nella sfera della competenza del legislatore, che ha il primario compito di disciplinare la condotta, si può (ed anzi talora si deve) ricorrere, beninteso, a “*operazioni logiche*” necessarie per comprendere e qualificare fenomeni sociali e poi configurare adeguatamente la disciplina che si intende varare. Ma “*il compito della legge...non è quello di determinare un mero sapere, ma quello di determinare una condotta*”¹⁴⁰. Da ciò deriva che mentre per il giudice, come è stato scritto¹⁴¹, il vincolo della motivazione e della sua coerenza è “*assorbentemente prescrittivo*”, l’esigenza della stima ragionevole da parte del legislatore, il rispetto di un criterio di *rationalitas* delle scelte normative, non scompare ma deve lasciare intatto il margine per la valutazione propria della discrezionalità politica. D’altra parte, questa discrezionalità politica segna anche un limite per il legislatore, che non potrebbe legittimamente pretendere una estensione irragionevole della sua competenza verso l’area conoscitiva, definitoria, della

¹³⁹ E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 249.

¹⁴⁰ E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 247.

¹⁴¹ A. CERRI, *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit., p. 283. V. anche *supra*, n. 63. Si v. inoltre, a proposito della connessione – che è logica ed etica assieme – fra una politica legislativa che operi in sintonia con le esigenze suggerite dall’esperienza giuridica e non con quelle della ragion di stato, e una giurisdizione che sfugga alle tentazioni di un potere esercitato al di fuori dei necessari controlli offerti da un contesto di comunicazione fra interpreti ed alle sue “*operazioni sociali*”, A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., pp. 13 ss. (p. 42, per la citazione riportata fra virgolette). In fondo, la “*restaurazione della ‘prudenza nomotetica’ presuppone la consapevolezza della identità tra ragionamento dialettico e ragionamento politico-legislativo*” (p. 45). Ma da questa restaurazione siamo evidentemente lontanissimi: la crisi delle istituzioni politiche è crisi della legislazione come la crisi delle istituzioni giudiziarie è crisi della giurisdizione, e ad esse corrisponde una più generale e profonda crisi di fiducia nelle relazioni sociali. Secondo A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 496, “*la crisi di una teoria delle fonti non è soltanto crisi di una teoria dei principi del diritto, ma altresì crisi delle istituzioni*”.

conoscenza, che nell'esperienza giuridica è prerogativa della giurisprudenza teorica e pratica.

Infine, l'elaborazione bettiana sulle norme di secondo grado ricomprende in esse tanto le norme sull'interpretazione della legge che quelle sull'interpretazione dei contratti (artt. 1362 ss. c.c.), perché anche di queste ultime il giudice dovrà tener conto, decidendo una controversia, per poter determinare la massima di decisione. Ma, come già riferito, la dottrina civilistica prevalente non poteva accogliere l'impostazione di Betti: scontata la natura normativa delle preleggi ed accolta la qualificazione che si tratta di norme sulle norme, che cioè¹⁴² "regolano, in vario senso e sotto vari riguardi, l'operatività di altre norme", esse sono, senza esitazione, destinate alla "individuazione della disciplina giuridica applicabile", senza ulteriori precisazioni o limiti. Le disposizioni delle preleggi, inoltre, non possono essere accomunate a quelle del codice sull'interpretazione dei contratti, perché solo le prime permettono l'individuazione della regola giuridica da applicare mentre le seconde "servono ad individuare nei suoi esatti contorni...il fatto, cui l'ordinamento riconduce effetti, in ragione della valutazione operata". La separazione delle norme che regolano l'interpretazione delle leggi da quelle destinate alla disciplina dell'interpretazione dei contratti è preliminare alla valorizzazione delle prime, le quali, almeno dal punto di vista della loro strumentalità, della loro funzione di individuazione del diritto applicabile, si pongono "in una posizione di priorità rispetto a tutte le norme: anche a quelle costituzionali, che pure occupano, nel sistema delle fonti, una posizione sovraordinata"¹⁴³.

14. Dalle norme sulle norme alle norme di riconoscimento

Sappiamo che però la dottrina costituzionalistica, se in una prima fase aveva condiviso l'idea del valore costituzionale delle preleggi¹⁴⁴ ed aveva ammesso l'estensibilità della disciplina legale dell'interpretazione anche alle disposizioni formalmente costituzionali¹⁴⁵, suc-

¹⁴² F. SANTORO PASSARELLI, voce *Preleggi*, in *Noviss.Dig.it.*, XIII, Torino, 1966, p. 625.

¹⁴³ F. SANTORO PASSARELLI, *op.cit.*, p. 627. Si noti che la preminenza strumentale delle preleggi investe, secondo l'autore, le disposizioni costituzionali anche nel senso che almeno l'art. 12, la disciplina dell'interpretazione, si estende anche ad esse: v. p. 629, n. 8. In fondo – questa mi pare l'idea che circola nelle pagine dell'illustre civilista – il codice e le sue preleggi non hanno perso prestigio e centralità per effetto dell'entrata in vigore della costituzione repubblicana: essa ha segnato non un rivolgimento "ma uno sviluppo dell'assetto civilistico stabilito da un codice, che fu il frutto della scienza e della pratica giuridica italiana": così ID., *Note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali*, in *Riv.dir.civ.*, 1980, I, p. 86.

¹⁴⁴ V. C. MORTATI, *Valore giuridico delle disposizioni generali sulle fonti del diritto nel nuovo codice civile*, in ID., *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, p. 705; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 16. Sull'argomento v. le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, pp. 121 ss.

¹⁴⁵ V. F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., p. 155; ID., voce *Corte costituzionale*, in *Enc.dir.*, X, Milano, 1962, p. 943. *Contra* G. ZAGREBELSKY, *op.ult.cit.*, p. 133. Più di recente esprime ancora opinione contraria alla possibilità di utilizzare le regole sull'interpretazione stabilite nell'art. 12 preleggi anche per le disposizioni costituzionali F. MODUGNO, *Interpretazione per valori*, cit., p. 36; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 264 ss. Favorevole, invece, A. PAGE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, pp. 95 s., secondo il quale l'art.12

cessivamente si è orientata verso il disconoscimento della forza costituzionale delle preleggi¹⁴⁶. Da un lato, non si dubita ormai che i canoni dell'interpretazione facciano parte della materia delle fonti e che perciò il tema sia legittimamente attratto nella sfera della disciplina costituzionalistica; dall'altro, è venuto meno il primato del codice civile in materia di fonti e si è affermata la centralità della costituzione¹⁴⁷. In particolare, le regole in tema di interpretazione, attorno alle quali era stata sempre viva la discussione (vere norme giuridiche, persino di valore costituzionale o sovracostituzionale? Semplici consigli, regole logiche? Addirittura proposizioni inutili e dannose?) restano ancora oggetto di controversia.

Nonostante sia diffusa non solo nella dottrina ma anche nelle applicazioni giurisprudenziali la distinzione fra disposizione e norma¹⁴⁸, che ha contribuito a rendere sensibili gli interpreti verso la peculiarità dell'attività interpretativa, sono tuttavia rimasti estranei alla cultura giuridica diffusa molti aspetti dinamici di tale attività: dall'esigenza di tener conto della *ratio iuris* e pertanto del contesto in cui si collocano i precetti oggetto dell'interpretazione, a quella di apprezzare gli scopi della legislazione e perciò il suo sfondo assiologico e le conseguenze che essa implica, fino agli aspetti evolutivi dell'interpretazione. In senso opposto, la pressione dei principi costituzionali, non sempre enunciati direttamente ma anche ricavati in via interpretativa, e la consapevolezza della loro densità assiologica, ha sospinto anche le opinioni, che pure si erano mostrate meno propense ad abbandonare l'interpretazione della lettera e della volontà del legislatore, verso l'esigenza di cogliere la coerenza dell'ordinamento sul piano costituzionale¹⁴⁹. Successivamente, non solo i problemi posti dalla

può essere impiegato per l'interpretazione costituzionale purché non contraddica "la normatività e la superiorità della Costituzione". Pace ritiene che l'efficacia dell'art. 12 possa essere, nei confronti delle disposizioni di rango costituzionale, "quanto meno suppletiva". Proprio quest'ultima osservazione sembra pertanto confermare quanto notato da C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., p. 1666, a proposito dell'insufficienza – ormai condivisa nella dottrina costituzionalistica – per l'interpretazione costituzionale, dei precetti desumibili dall'art. 12, poiché essa richiede "il ricorso a canoni ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'interpretazione delle leggi".

¹⁴⁶ V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Enc.dir.*, XVIII, Milano, 1968, p. 937.

¹⁴⁷ Si v. specialmente L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv.dir.civ.*, I, pp. 19 ss., che a proposito della individuazione delle fonti contenuta negli art. da 1 a 9 delle preleggi afferma "come quasi nulla sia rimasto" di essa per effetto dell'avvento della disciplina costituzionale.

¹⁴⁸ T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., pp. IX ss.; ID., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., pp. 151 ss.; ID., *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., pp. 69 ss.; ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv.dir.proc.*, 1957, pp. 351 ss.; V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc.dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 39 ss. (ivi la distinzione fra interpretazione-attività e interpretazione-prodotto); A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig.disc.pubb.*, VI, Torino, 1991, p. 415 s. La distinzione riceve differenti impostazioni e sfumature anche in altri autori ma non riterrei decisivo approfondirla in questa sede: basta aver notato che è corrente nella dottrina e che ha attecchito anche nelle applicazioni della giurisprudenza. Si v., tuttavia, anche A.A. CERVATI, *Disposizione e norma*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 312 ss.; per una recente confutazione della distinzione v. ora M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 399 ss., con argomenti che non condivido ma che meritano, nella sede appropriata, valutazione attenta.

¹⁴⁹ Si v. la posizione espressa da L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, cit., pp. 26 ss., che per un verso mostra di essere incline a rivalutare l'intenzione soggettiva del legislatore, contro l'interpretazione logica fondata sulla *ratio legis* (e, a maggior ragione, sulla *ratio iuris*), nonché a svalutare il rinvio al sistema e all'interpretazione teleologica e a quella storico-evolutiva; per l'altro, tenendo conto dei sopravvenuti principi costituzionali, rovescia la sua impostazione, affermando che essi hanno rilanciato "in termini definitivi il momento sistematico" e che "la sistemazione vada perseguita pur quando non vi siano vuoti normativi da riempire", richiamando il ricorso al diritto vivente e alla interpretazione adeguatrice (pp. 29 s.). V. anche ID., *Le fonti del diritto*

interpretazione conforme alla costituzione e dalle attività interpretative imperniate su bilanciamenti, ma anche quelli che derivano dalla elaborazione giurisprudenziale dei principi generali dell'unione europea e dal rapporto fra ordinamenti nazionali e sovranazionali, hanno ulteriormente e intensamente complicato i problemi ermeneutici del giurista. Problemi rispetto ai quali le proposizioni che disciplinano l'interpretazione, come quelle dell'art. 12, offrono ormai un contributo ancora significativo ma insufficiente.

Al di là della formalizzazione di regole interpretative in testi normativi – regole che valgono nei confronti di tutti gli interpreti, giudici compresi – anche l'esperienza giuridica più recente sembra denunciare in modo acuto le conseguenze della esilità di contesti sociali capaci di provvedere alla elaborazione di giustificazioni, di argomenti per il diritto. Non si tratta, giova ripeterlo, di immaginare un contesto comunicativo privo di fratture, di argomenti controversi, poiché all'opposto esso non può che costituirsi proprio sulla controversia, sul conflitto fra distinti orientamenti logici ed assiologici, che fanno da sfondo al concreto contrapporsi di interessi che innerva ogni dimensione sociale. Tuttavia, il conflitto non è il solo abitante di un contesto comunicativo, di una sfera pubblica giuridica: essa si popola, nel tempo ed in misura variabile, anche di orientamenti in certa misura condivisi sulla base di elaborazioni che provengano dalla stessa legislazione, dalla giurisprudenza, dalla discussione scientifica, dal più ampio ambito degli interessi coinvolti e capaci di esprimere – nella sfera pubblica più generale come in quella propriamente giuridica, a cominciare dal processo – il proprio punto di vista¹⁵⁰.

La norma di riconoscimento – intesa l'espressione, lo ripeto, nel senso (ampio) sostenuto da Giuliani, di criterio di orientamento gnoseologico necessario all'interprete per indirizzare i propri apprezzamenti – non può essere ridotta a formula normativa, anche se elegantemente espressa. In questo senso, una disposizione come l'art. 12 – e come altre analoghe, ancora in vigore in altri ordinamenti – appare insufficiente non solo per il diritto costituzionale ma per l'interpretazione giuridica *tout court*. È invece necessario rivolgersi al contesto comunicativo, alla sfera pubblica, alla pluralità delle sue componenti, per cercare risposte adeguate alle questioni giuridiche. Se però il contesto sociale e comunicativo è debole,

italiano, cit., pp. 109 s. Sul punto v. C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., p. 1668, che nota come questa posizione teorica si differenzi da quella di chi ha sostenuto la prevalenza dei principi costituzionali perché in essi si scorge “una predeterminazione costituzionale di principi di giustizia”: in tale ultimo senso, com'è noto, vanno le tesi sostenute da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 129 e, più di recente, ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 131 ss. Ha scritto che la costituzione è “una sorta di diritto naturale secolarizzato” A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., p. 218, senza peraltro chiarire in che senso egli si riferisca al diritto naturale. V. anche M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., pp. 127 ss., che forse irrigidisce eccessivamente una distinzione fra interpretazione orientata ai valori (fatta coincidere con l'equità, sembrerebbe intesa nel tradizionale senso puramente soggettivo ed intuitivo) e interpretazione fondata sui canoni giuspositivi.

¹⁵⁰ Si v. le profonde riflessioni di Betti sulla giurisprudenza, teorica e pratica, come organo della coscienza sociale, in E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 324 ss., troppo note perché torni a scriverne qui, ma anche ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, pp. 925 ss.; T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., pp. XIV, n. 7, XXIII s., XXXII, XL s., XLIII ss.; ID. *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., pp. 72 ss.; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., pp. 413 s., 421 s., 432, 440 ss., 498 ss.

carente, l'interprete fatalmente si troverà di fronte a difficoltà rilevanti per l'apprezzamento di tali questioni.

Resta così aperto il problema di quali possano essere, in un contesto così sensibile al cambiamento ed alle sollecitazioni che provengono anche dall'esterno dell'ordinamento giuridico nazionale, le norme di riconoscimento del diritto per l'interprete. La tesi di Giuliani, che esse debbano ormai ravvisarsi in una versione aggiornata dell'equità, metafora base dell'esperienza giuridica e delle attività interpretative che le competono, intesa sia nel suo collegamento con una importante tradizione storica che con il diritto positivo (tramite il suo vincolo ai principi)¹⁵¹ può destare perplessità.

L'equità che ha in mente Giuliani, come si è visto, non ha nulla della tralatizia concezione soggettiva che lascia all'intuito del giudice uno spazio interpretativo che sconfinava nell'arbitrio: la nozione di equità non è fissa, concettualmente rigida, ma il suo significato varia, invece, sia come conseguenza del mutare delle concezioni del diritto positivo che delle variazioni *"nel livello di razionalità e di moralità di una certa epoca"*¹⁵². Il terreno su cui essa è chiamata a dispiegarsi è quello di un ambiente sociale aperto ma non per questo privo di limiti. E' vero che l'interprete si muove ormai in uno spazio che *"lo ha familiarizzato con la utilizzazione di principi metagiuridici – come la eguaglianza e la ragionevolezza"*¹⁵³, ma non mi pare, tuttavia, che sia ormai definitivamente alle spalle il retaggio della giurisprudenza italiana, impigliata nella contraddizione fra fedeltà al metodo giuspositivo e prassi giudiziaria che la contraddice. Lo stesso Giuliani aveva annotato che *"la nostra giurisprudenza si trova ad affrontare problemi analoghi a quelli di un judge-made law, ma senza il retroterra culturale, in cui le tecniche di quei giuristi trovano il loro sostegno"*¹⁵⁴. Il vero problema sembra essere quello della carenza di una razionalità storica – forse anche di una moralità – depositata nel costume culturale del giurista italiano, che si sia mostrata capace di individuare le norme di riconoscimento nella collaborazione di dottrina e giurisprudenza e nel rapporto stretto con le dinamiche sociali, economiche, politiche.

La suddetta carenza non è priva di conseguenze sul terreno istituzionale e della dogmatica delle fonti, alimentando confusione e crisi incessante della credibilità sia della politica che della magistratura: non si devono dimenticare le connessioni fra i problemi dell'interpretazione e quelli dei rapporti fra legislatore e autorità giudiziaria. In questo quadro non sembra sufficiente, benché sia necessario, richiamare un'esigenza comunicativa che valorizzi l'attività interpretativa del giurista, attività che dovrebbe collocarsi *"in una dimensione intersoggettiva e relazionale capace di sfuggire alla semplice risalente opposizione fra 'oggettivo' e soggettivo"*¹⁵⁵. E' certamente necessario, perciò, insistere, come anch'io ho

¹⁵¹ V. *supra*, nota 83.

¹⁵² A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 441. V. anche *supra*, n. 7.

¹⁵³ A. GIULIANI, *ibidem*.

¹⁵⁴ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 414.

¹⁵⁵ Così C. PINELLI, *op. ult. cit.*, p. 1676. Importanti, a questo proposito, le riflessioni di L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, cit., pp. 11 ss., spec. 28 ss. e 35 ss., a proposito della topica e del c.d. pensiero problematico, e pp. 47 ss., per i limiti della topica e la esigenza di integrare il pensiero problematico con quello sistematico. Mengoni non tiene conto della teoria dell'argomentazione nella prospettiva di Giuliani. Si v. comunque anche ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in ID.,

fatto in questo lavoro, sulla necessità di irrobustire un tessuto sociale fatto di discussione, di argomenti, di confronto fra opinioni, poiché è questo stesso tessuto che dovrebbe costituire il limite per la soggettività dell'interpretazione, un limite che, come si è visto, può essere inteso come elemento di valore costitutivo dell'esperienza giuridica. E si deve essere consapevoli che si tratta di un tessuto discontinuo, fatto di apporti diversi, tutti importanti, a partire dai luoghi della formazione dei giuristi, passando per le istituzioni giudiziarie, per quelle politiche e per quelle della p.a., infine per una sfera pubblica ampia, costituita da tutti gli interessi coinvolti dalle questioni giuridiche e capaci di parola, che facciano capo ad individui o a formazioni sociali. Singoli segmenti della trama di questo tessuto possono essere adeguatamente problematizzati: si pensi all'opportunità di tornare a riflettere sul precedente, un tema a partire dal quale potrebbero ancora offrirsi spazi di collaborazione fruttuosa fra i soggetti dell'esperienza giuridica¹⁵⁶. Tuttavia, tutto questo non sembra sufficiente ad avvalorare,

Diritto e valori, cit., pp. 79 ss.; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 43 ss., secondo cui la dogmatica "forma il nucleo specificamente giuridico della 'precomprensione' del giurista" (p. 51). Dal punto di vista di Mengoni, peraltro, i concetti giuridici avrebbero perso, in larga misura, la pretesa di definire verità granitiche e sarebbero "aperti alla critica, e quindi alla correzione o alla sostituzione con altri punti di vista" (pp. 52 s.). Ciò, beninteso, è certamente necessario, forse non ancora sufficiente per sventare i rischi che possono derivare da un'eccessiva fiducia nelle elaborazioni dogmatiche, che può condurre verso esiti intellettualistici una teoria dell'interpretazione giuridica, come appunto sembra accadere alla riflessione di Mengoni: v. spec. p. 54, dove sostiene che per superare le condizioni di incertezza che derivano dall'aver accolto un'impostazione problematica, l'interprete deve rivolgersi al pensiero sistematico. Pertanto, egli deve verificare che l'ipotesi interpretativa sia idonea "a stabilizzarsi in vista dell'applicazione a casi futuri...Il mezzo della verifica è la costruzione concettuale del caso, la quale trasforma il giudizio valutativo...in un concetto teoretico idoneo a collegare le circostanze di fatto a una fattispecie normativa, cioè a fornire il termine medio di un'argomentazione in forma dimostrativa". V. anche – per avere conferma dell'orientamento intellettualistico del pensiero di M. – a proposito della c.d. argomentazione orientata alle conseguenze, le pp. 106 ss. (dove però si avverte ancora la carenza che deriva dal non aver considerato la riflessione di Alessandro Giuliani, ed in particolare gli studi da lui dedicati all'opera di Ermogene di Tarso, retore che visse fra il secondo ed il terzo secolo d.C. e che ebbe consapevolezza "della dimensione temporale dei problemi dialettici", e quindi anche delle questioni che implicano valutazione delle conseguenze. Giuliani ricorda che, attraverso la messa a punto dell'argomentazione *ab eventu*, già Ermogene aveva messo in luce l'utilità di un esame che concernesse il rapporto fra lo scopo di una azione ed i suoi risultati: non posso intrattenermi su questi complessi problemi ma v. A. GIULIANI, *La controversia*, cit., p. 120 (per la citazione riportata e, più ampiamente, pp. 113 ss.), nonché ID., *La logique juridique comme théorie de la controverse (à propos du περι των στασεων d'Hermogène de Tarse)*, in *Archives de philosophie de droit*, XI, 1966, pp. 87 ss.). Mengoni ha cercato di tenere insieme ragionamento sillogistico e ragionamento probabile ma è dubbio che il tentativo sia riuscito, benché sia da riconoscere alla sua ricerca non solo profondità di analisi e di prospettiva ma anche spunti di grande rilievo, specie quando egli affronta problemi di diritto civile.

¹⁵⁶ Sul precedente giudiziale continuano ad essere molto importanti le riflessioni di G. GORLA, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quad.Foro it.*, 1966, cc. 5 ss., secondo cui "il problema della certezza del diritto è soprattutto problema della certezza della giurisprudenza" e richiama la sensibilità del *Manuale di diritto privato* di Andrea Torrente per la giurisprudenza ed i suoi precedenti, nonché già ID., "Ratio decidendi" e "obiter dictum" (1964), in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 331 ss.; ID., voce *Precedente giudiziale*, in *Enc.giur.*, Roma, 1981; ma v. anche N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1985, XXXIX, pp. 201 ss., per il quale se è vero che "la legge, di per sé, dice poco o nulla al cittadino ed al giurista; occorre attendere l'interpretazione e l'applicazione da parte dei tribunali", tuttavia diventa allora fondamentale il "problema dei limiti e dei controlli" (pp. 202 s.) ed il ruolo del precedente giudiziario; G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, con importanti interventi di Guastini, Wróblewski, Twining, Sacco, Chiarloni, Taruffo, Zagrebelsky, Jayme, Calabresi, ecc., sui quali non posso soffermarmi; L. MONTESANO, *Aspetti problematici del "potere giudiziario" e della giurisprudenza "teorica" e "pratica" nell'Italia d'oggi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1991, XLV, pp. 665 ss., il quale sottolinea come l'attenzione ai precedenti non dovrebbe – come purtroppo spesso avviene – attenuare nel giudice l'attenzione e la sensibilità per i fatti che caratterizzano le singole controversie e rivendica alla dottrina processualistica il compito di segnalare alla giurisprudenza questa esigenza di "ricercare, nella causa da decidere, non

nell'ordinamento giuridico italiano, un'idea di interpretazione imperniata sulla norma di riconoscimento dell'equità.

In senso contrario, come detto, gioca l'estraneità dell'esperienza giuridica italiana ad una tradizione e ad una prassi sufficientemente evolute sul piano di una ricerca sociale, giustificativa, pluralista, delle soluzioni giuridiche: si può e si deve cercare di migliorare le condizioni di questa ricerca ma non si può, dal mio punto di vista, far finta di non vedere che essa è ancora oggi molto carente. In fondo, sembra ancora troppo rischioso, in un contesto culturale come quello che caratterizza l'esperienza giuridica italiana, ammettere che una logica giuridica intesa come logica del probabile implichi riconoscimento di "*più significati probabili di un testo in riferimento ad un caso giudiziale*"¹⁵⁷. Un tale esito della logica giuridica apparirebbe forse, per un verso, ovvio perché corrivo al malcostume applicativo del diritto, per l'altro, ancora estraneo alla tradizione interpretativa continentale, ed italiana in particolare, degli ultimi duecento anni. Non per questo si deve rinunciare ad interrogarsi sulle norme di riconoscimento. Mi chiedo allora se la discussione, ancora viva, che è nata dalle tesi di Dworkin¹⁵⁸ sul rapporto fra principi e regole possa essere ripresa, abbandonando però il terreno definitorio della distinzione fra i due termini – che non mi pare fecondo perché legato ad una concezione meccanica dell'interpretazione giuridica – ed invece tornando a riflettere, in una prospettiva più ampia, sul ruolo dei principi nell'attività interpretativa.

15. Principi del diritto, canoni ermeneutici: la sensibilità del giurista nell'esercizio dell'attività interpretativa fra *quaestio iuris* e *quaestio facti*

Se è improbabile che i principi del diritto, sia generali che di settore, tornino a somigliare alle *regulae iuris* del *mos italicus*, care alla riflessione di Alessandro Giuliani, non è forse impossibile che essi prendano distanza sia da formulazioni astratte, elaborate da una dottrina incapace di dialogare con le altre componenti dell'esperienza giuridica, che da procedimenti puramente induttivi, affidati alla sola razionalità soggettiva del singolo o alla mera intui-

solo 'argomenti giuridici', ma anche ogni aspetto del 'fatto' diverso da quelli dei casi su cui si è formato il precedente" (p. 666) ; G. BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae iuris Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, pp. 173 ss., spec. pp. 183 ss. Per il giudizio costituzionale si v. A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Milano, 1995, spec. pp. 75 ss. e, per i precedenti della corte costituzionale, pp. 127 ss. È peraltro significativo che un'attenta analisi della giurisprudenza della Cassazione italiana in tema di sindacato sulle sentenze equitative pronunciate ex art. 113, co. 2, c.p.c., abbia mostrato le difficoltà nell'individuazione di principi di settore idonei a guidare le soluzioni interpretative, al punto da lamentare una varietà ed imprevedibilità dei criteri enunciati dal supremo collegio nel tentativo di individuare i principi regolatori delle materie: v. F. ROSELLI, *Note sull'impugnazione della sentenza equitativa*, in A. BIXIO, G. CRIFÒ (a cura di), *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano, 2010, p. 448, che scrive a tal proposito di "*orientamenti caotici*".

¹⁵⁷ V. C. PINELLI, *op.ult.cit.*, p. 1677.

¹⁵⁸ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad.it., Bologna, 1982, pp. 90 ss., cui dobbiamo l'ormai celeberrima (beninteso, tra gli 'addetti ai lavori') tesi della distinzione logica fra principi e regole, tesi ripresa da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 147 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 210 ss.

zione dell'interprete. I principi hanno una funzione decisiva nell'esperienza giuridica e, in particolare, nell'attività interpretativa: tramite essi, forse prima e più che per altre vie, il giurista prende confidenza con la dimensione dell'incertezza. Se la certezza per il diritto è valore ed aspirazione che corrisponde ad interessi decisivi per la comunità, l'incertezza è l'ambiente in cui l'interprete è chiamato ad operare. Lo stesso art. 12 preleggi denuncia, con il suo comma 2, questo stato delle cose: "se la controversia non può essere decisa con una precisa disposizione", si apre per l'interprete il terreno del "dubbio diagnostico"¹⁵⁹, che investe la valutazione giuridica del caso.

Si noti che questa incertezza, che il dubbio che prende l'interprete, non è di ordine logico (benché anche qualche aspetto logico possa essere controverso) ma assiologico. L'incertezza può essere superata solo con giudizi di valore, in particolare con giudizi di valore a carattere secondario – poiché, nell'esperienza giuridica, i giudizi di valore a carattere primario competono agli organi dotati di legittimazione politica, cui spetta la funzione nomopoietica – come quelli dell'interprete nell'esperienza giuridica, che dovrà "rifarsi alle concezioni dominanti nella coscienza sociale dell'epoca in cui la norma fu posta, e così ritrovare la valutazione legislativa in essa immanente e latente; inoltre, deve tenere in conto le modificazioni di orientamenti normativi sopraggiunte nell'ambiente in cui la norma ha avuto vigore: solo così sarà in grado di intenderla e di applicarla secondo il suo spirito"¹⁶⁰. Principi generali

¹⁵⁹ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 307.

¹⁶⁰ E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 132, ma v. anche pp. 108 ss. Sul rapporto fra soggettività interpretanti, mondo dei valori e realtà fenomenica sono da meditare attentamente, di Betti, i *Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione (posizione dello spirito rispetto all'oggettività)*, che come noto aprono la sua *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., I, pp. 1 ss. Potrebbe forse essere proficuo per il giurista, partendo dalla sua propria sensibilità pratica per i problemi con cui quotidianamente si misura, tornare a quelle pagine. Vorrei provare a segnalare qualche tema di riflessione: il mondo dei valori, mondo storico – poiché è mondo dinamico e non trascendente, come lo è sempre, hegelianamente, tutto ciò che non può essere attinto con le scienze della natura ma con una conoscenza valutativa, che è "costruzione continua, nella quale il soggetto pensante, man mano che viene scoprendo l'oggetto (il valore) viene formando se stesso" (p. 24) – ma non privo di una sua oggettività ideale, trova anche la via per attingere "una esistenza fenomenica" per "esistenziarsi", e questa via può percorrere non per virtù propria ma facendo "assegnamento sopra un'istanza intermedia, alla quale è affidato un ufficio di mediazione al servizio di una causa: istanza, che è la spontaneità del soggetto stesso" (p. 39). È così messo in luce il compito fondamentale dell'interprete, che non è di attingere un'oggettività ideale per offrirla al mondo reale, come fosse reliquia o reperto di un mondo definitivamente staccato da quello reale; bensì di adempiere "un compito di mediazione fra l'oggettività ideale dei valori e l'oggettività reale del mondo sensibile, attuando l'una attraverso l'altra e procacciando al valore un'esistenza fenomenica, che manca ad esso come tale, all'infuori di quell'operare" (p. 41). Questo compito, va sottolineato, si realizza non attraverso una attività solitaria in cui il soggetto interpretante, fidando solo della sua intelligenza e della sua coscienza, compie, demiurgo solitario, lo sforzo ermeneutico. Si realizza invece nel collegamento fra la coscienza individuale ed una "sensibilità essenzialmente partecipabile", secondo l'insegnamento kantiano, collegamento che rende possibile l'esperienza e che dà luogo ad una "comunicazione reciproca e...elaborazione concorrente rispetto all'oggettività dei valori" (pp. 28 e 27). È un circolo di reciprocità – una delle manifestazioni del circolo ermeneutico – quello che lega l'individuo interpretante ad una più ampia comunione attinta da una vita collettiva, che sarebbe improprio qualificare hegelianamente come "spirito oggettivo", ma che nondimeno, come concreta manifestazione di comune, eguale umanità, alimenta una "continuità nella comunione dei vivi e dei trapassati, attraverso le generazioni che si succedono" (p. 34). Non è forse questo circolo parte dell'esperienza quotidiana del giurista? Cos'è, in fondo, il valore della certezza del diritto, se non manifestazione esteriore di questa più profonda esigenza di connessione e inserimento dell'azione individuale in un dialogo più ampio, fatto dinamicamente di contrapposizioni ma anche di "reciproca illuminazione" (p. 36)? Ciò che accade, la realtà dei rapporti economici e sociali, il complesso divenire del mondo fenomenico, può essere così sottratto ad un'apprensione puramente intellettualistica, dogmatica, quasi che i pensieri umani siano già "insiti nei fatti stessi, considerati astrattamente in una loro nuda oggettività" (p. 47), per es-

di diritto e principi di settore, perciò, sono chiamati ad esprimere criteri di valutazione cui potrà conformarsi tanto una norma giuridica che l'interpretazione di un giudice, poiché essi, secondo la celebre formulazione dello stesso Betti, si caratterizzano per "un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)"¹⁶¹.

Il riferimento ai principi come norme di riconoscimento, in questo ordine di idee, potrebbe contribuire a riportare nelle sue dimensioni più appropriate il tema della c.d. creazione giudiziaria del diritto: i giudici non creano diritto ma collaborano, attraverso il delicato compito della sua applicazione, alla formazione dell'esperienza giuridica. Questa formazione è una vicenda molto complessa, e in essa il ruolo dei principi, come norme di riconoscimento, è un ruolo espansivo, capace di propagarsi nell'ordine giuridico, tramite la loro "indole valutativa e assiologica"¹⁶². I principi giuridici potrebbero concepirsi come vere norme di riconoscimento se intesi non come concetti irrigiditi in astratte formulazioni, in "dogmi irrefutabili"¹⁶³, ma come fattori di emersione della realtà storica, che siano in grado di sintonizzare l'interprete "al fondo comune del diritto positivo e dell'ethos"¹⁶⁴, nell'apprezzamento delle esigenze della vita sociale. Se, intesi nei termini anzidetti, i principi giuridici possono essere norme di riconoscimento e perciò strumenti essenziali dell'interpretazione, suoi criteri direttivi, è evidente che rispetto ad essi, ancora seguendo Betti, può configurarsi un ruolo unitario di dottrina e giurisprudenza. Anche il legislatore può raccogliere ed elaborare un principio per trasferirlo nel testo normativo, tenendo conto di un contesto culturale e sociale in trasformazione, come ha fatto il costituente repubblicano. Ma il destino dei principi giuridici non è quello di cristallizzarsi in documenti normativi ed è insopprimibile la tendenza della giurisprudenza, teorica e pratica, a rielaborarne il contenuto, per adattarlo alle peculiari condizioni sociali e alle variabili caratteristiche dei casi concreti.

La elaborazione delle norme di riconoscimento, a partire dalla valutazione dei principi giuridici come criteri per la definizione delle massime di decisione dei casi, può ancora arricchirsi di una varietà di canoni ermeneutici che, per un verso, appartengono alla tradizione

sere riportato ad un più complesso ma effettivo processo di apprendimento, che non è mai compiuto, mai irrigidito in una statica separazione fra verità ed errore. È ancora, come già si diceva nel testo, l'incertezza la vera protagonista del processo ermeneutico e questa incertezza dovrebbe suggerire al giurista apertura mentale, disposizione alla tolleranza per l'altrui punto di vista, poiché egli, come ogni essere umano, non è mai in grado di "abbracciare ogni possibile contenuto dell'esperienza" (p.16). È ben noto, peraltro, che l'opera di Emilio Betti è stata, ed è tuttora, oggetto di numerosi studi e fra questi vorrei segnalare il n. 7 (1978) dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dedicato ad Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, in particolare il saggio di G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, pp. 165 ss. (sul quale non posso ora soffermarmi anche se lo vorrei, perché è questo, a mio giudizio, il più considerevole studio dedicato a Betti), ma anche quelli di Hans-Georg Gadamer, Franco Bianco, Antonio De Gennaro, Aldo Schiavone, Pietro Costa; G. MARINO, *Principi generali del diritto, ordine giuridico e interpretazione*, in V. RIZZO (a cura di), *Emilio Betti e l'interpretazione*, Napoli, 1991, pp. 45 ss.; G. CRIFÒ (a cura di), *Le idee fanno la loro strada La teoria generale dell'interpretazione cinquant'anni dopo*, Roma, 2010, ricco di molti studi importanti fra i quali vorrei specialmente segnalare quello di A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti e lo studio del diritto costituzionale*, pp. 139 ss., poi ripubblicato in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., pp. 75 ss., sul quale dovrò ancora tornare.

¹⁶¹ E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 316.

¹⁶² E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 317.

¹⁶³ V. A.A. CERVATI, *op.ult.cit.*, p. 100, il quale sottolinea invece la qualità dei principi come "orientamenti vitali, dialettici e valutativi".

¹⁶⁴ E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 319.

interpretativa diffusa nella comunità dei giuristi, e per l'altro dovrebbero essere intesi in una "prospettiva storica" senza "irrigidire la portata conoscitiva", così da "mantenersi fedele ad una visione dinamica dei criteri di riconoscimento"¹⁶⁵ del diritto. Principi del diritto e canoni interpretativi – come quelli, generalissimi, messi a punto dallo stesso Betti, ma altresì come quelli, tradizionali, riconducibili, per es., all'argomento *a fortiori*, o *a contrario*, o a quelli *a maiori ad minus*, *a silentio*, *ab absurdo*, *a similibus ad similia*, ovvero a quelli per cui *eadem ratio eadem dispositio*, e della *mens spectanda*, ecc.¹⁶⁶ – chiamano ad una collaborazione dottrina e giurisprudenza, ad una integrazione degli sforzi che, in prospettiva, possa superare diffidenze e contrapposizioni sterili; ad un'attività comune di continua rielaborazione e messa a punto, che presupponga un ruolo distinto della giurisprudenza, teorica e pratica, da quello affidato agli organi titolari delle funzioni normative, ruoli che siano chiamati ad esprimere, secondo l'intuizione ascarelliana, "un elemento della struttura costituzionale"¹⁶⁷. Come

¹⁶⁵ A.A. CERVATI, *op.ult.cit.*, p. 97. Sul rapporto fra principi costituzionali e argomenti interpretativi, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti, si v. lo studio di R. BIN, *Diritti e argomenti Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, studio che ha certamente moltissimi meriti e che è giustamente celebre fra i costituzionalisti, ma che riterrei forse ancora troppo incline ad avvalorare la distinzione principi-regole secondo il punto di vista di Dworkin. Bin non manca di notare che Dworkin, con questa distinzione, sembra accreditare "una lettura sussuntoria e algoritmica dell'applicazione delle norme" (p. 10, n. 7), insomma la vecchia operazione "meccanica" basata sul presupposto della *lex clara*. Ma questa osservazione, che sembra implicare critica della tesi di Dworkin, non è poi portata verso ulteriori conseguenze. Anzi, esplicitamente Bin ritiene che l'impostazione del giurista americano "non intacca la sua validità operativa in questo contesto, ossia la sua capacità di offrire uno schema, un modello iniziale" (p. 10). A partire da queste premesse, la ricerca di Bin potrà notare come disposizioni costituzionali che, dal suo punto di vista, dovrebbero essere qualificate come regole (per es., l'art. 25 cost., nonostante l'indeterminatezza dell'espressione *giudice naturale*) siano state intese nella giurisprudenza costituzionale alla stregua di principi e soggette ad interpretazioni bilanciate, invece che semplicemente (verrebbe da dire, meccanicamente) applicata, secondo lo schema dworkiniano della regola (v. pp. 14 s., e 28 ss., ma il discorso può estendersi a tutta la ricerca di Bin). Tutto ciò non toglie che l'analisi attenta degli itinerari argomentativi della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti sia stato grande merito del libro di Bin, per es. quando nota che il nesso fra principi e valori costituzionali può essere colto, nella giurisprudenza della corte, "in ordine a casi concreti" (p. 34) e non in astratto; ovvero quando opportunamente sottolinea che i principi costituzionali si prestano ad applicazioni in base al canone del *tota lege perspecta* (per es., pp. 39 ss., benché il canone, secondo il punto di vista qui sostenuto, non vale certo per i soli principi: ma così si torna alla questione della discutibile idoneità gnoseologica della distinzione dworkiniana fra principi e regole). La netta esclusione, infine, dei bilanciamenti dall'area dell'interpretazione (v. spec. pp. 133 ss.) sembra essere diretta conseguenza di una visione, in fondo, meccanica di quest'ultima, che esclude dalle attività interpretative sia l'apprezzamento degli interessi coinvolti da una questione giuridica sia ogni forma di valutazione storico-evolutiva.

¹⁶⁶ *Contra* R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 195, secondo il quale gli argomenti desumibili da brocardi o aforismi giuridici sono "incapaci sempre di assurgere a criteri generali ed assoluti di direzione dell'attività interpretativa, perché, da un punto generale ed assoluto, gli uni quasi sempre in conflitto con altri". Senonché, questi argomenti possono intendersi come criteri generali ma il loro impiego dipende dalle caratteristiche del caso perché non esistono criteri che confezionino soluzioni giuridiche già belle e pronte, indipendentemente dalla concretezza dei casi. Lo stesso Quadri, del resto, lo testimonia quando sostiene che il conflitto fra i criteri si manifesta "da un punto generale ed assoluto": un punto che non è però quello che interessa per la soluzione di questioni giuridiche. I criteri interpretativi non sono dogmi astratti ma canoni interpretativi che non devono essere irrigiditi e fra i quali il giurista è chiamato a scegliere per affrontare il concreto problema applicativo.

¹⁶⁷ V. T. ASCARELLI, *Prefazione*, cit., p. XXXIII: v. *supra*, nota 88; ID., *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 87, da cui è tratta la citazione nel testo. Si v. anche le intense pagine di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv.it.sc.giur.*, 1950, p. 59: "Scienza giuridica e diritto, in perenne processo, si integrano a vicenda. Quella costituisce il momento riflesso per cui questo acquista coscienza di sé, ma non già in vista di una generica esigenza contemplativa o conoscitiva, bensì per la sua conaturata necessità di massima possibile realizzazione. Norme e principi di diritto si realizzano tanto quanto si acquisti coscienza della loro portata".

lo stesso Betti aveva ribadito, la giurisprudenza non è fonte del diritto¹⁶⁸, non lo è nel mondo contemporaneo poiché “il bisogno di certezza del diritto predomina decisamente su quello di una giustizia differenziata secondo la concreta natura dei rapporti”¹⁶⁹.

La “concreta natura dei rapporti”: tocchiamo così un'altra questione centrale dell'interpretazione giuridica che è interpretazione che investe un problema pratico, attinente alla sfera dell'azione umana e alla sua valutazione. Vorrei, a questo proposito, richiamare di nuovo¹⁷⁰ le annotazioni di Luigi Montesano, secondo il quale l'attenzione ai precedenti non dovrebbe – come purtroppo spesso avviene – attenuare nel giudice l'attenzione e la sensibilità per i fatti che caratterizzano le singole controversie e rivendica alla dottrina processualistica il compito di segnalare alla giurisprudenza questa esigenza di “ricercare, nella causa da decidere, non solo ‘argomenti giuridici’, ma anche ogni aspetto del ‘fatto’ diverso da quelli dei casi su cui si è formato il precedente”. La prospettiva di una collaborazione fra giurisprudenza teorica e pratica non è limitata alla *quaestio iuris* ma investe la dimensione del fatto, dimensione che sfugge anch'essa, oltre i limiti di ciò che è accertabile in termini incontrovertibili, ad una verifica puramente oggettiva.

È certo che, nel giudizio, “i fatti rilevanti non sono dati, ma sono il frutto di una selezione della pressoché infinita molteplicità dei dati materiali disponibili”¹⁷¹. Questa selezione è perciò guidata da una logica della rilevanza, una logica che rende labile la distinzione fra questione di fatto e questione di diritto. Ora, altro è però stabilire che la rilevanza dei fatti per il giudizio “trova il proprio fondamento nell'identificazione della norma che va loro applicata”¹⁷²; altro ritenere che la valutazione della rilevanza dei fatti derivi dalla dialettica delle argomentazioni che si realizza nel giudizio. A segnare la strada sono ancora gli studi di Alessandro Giuliani: la controversia giuridica è un classico esempio di *quaestio mixta*, composta di valutazione giuridica e di valutazione dei fatti. Però, la seconda non può essere rigorosamente separata dalla prima, perché “i fatti – in quanto eventi storici (res gestae) – appartengono al passato, la prova dei fatti avviene nel presente, le regole sono orientate verso il futuro”¹⁷³. I fatti, secondo Giuliani, “sont sélectionnés dans le raisonnement pratique”¹⁷⁴, un ragionamento in cui sono interdipendenti questioni relative al fatto (*an sit*), questioni relative alla loro definizione (*quid sit*), questioni concernenti la loro qualificazione (*quale sit*). Da qui,

¹⁶⁸ E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 328.

¹⁶⁹ E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 329.

¹⁷⁰ V. *supra*, n. 156. È stato notato, esattamente, che l'insindacabilità della motivazione nel ricorso per cassazione, per effetto della riforma del co. 1 dell'art. 360 c.p.c., riduce la possibilità, per la corte suprema, di “confrontare la portata della norma con la vicenda di rilievo sociale in cui era maturato quell'ordine di vertenza” (così A. TRAVI, *Intervento*, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 504). Nel nostro ordinamento si è pertanto attenuata, invece che rafforzarsi, la connessione, vitale per tutta l'esperienza giuridica, fra *quaestio iuris* e *quaestio facti*. Condivido del tutto, con Travi, l'idea che a ciò sia necessario reagire anche con la proposta di “una teoria condivisa dell'interpretazione giuridica, che risponda a criteri di ragionevolezza e che consideri, quanto ai risultati, un'esigenza di verificabilità” (p. 505).

¹⁷¹ M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., p. 425.

¹⁷² Così, ancora M. LUCIANI, *ibidem*. *Contra*, v. l'ampia problematizzazione del fatto nell'esperienza giuridica di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 174 ss.

¹⁷³ A. GIULIANI, *Prova e convincimento: profili logici e storici*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1997, p. 251.

¹⁷⁴ A. GIULIANI, *Le rôle du “fait” dans la controverse (à propos du binôme “rhétorique-procédure judiciaires)*, in *Archives de Philosophie du droit*, 39, 1995, p. 233.

la connessione fra diritto e fatto, potremmo dire l'insieme di relazioni che, nel giudizio, si pongono fra regole e fatti. Il discorso, a partire da questo punto, dovrebbe, ancora seguendo le ricerche di Giuliani, dirottarsi verso la teoria della prova e la sua storia e verso quella dell'*ordo iudiciarius*, con i suoi diversi modelli storici, e sarebbe però un altro discorso, benché connesso, certamente, con quello condotto qui.

Queste brevissime annotazioni sull'influenza della valutazione del fatto nei procedimenti interpretativi avevano il limitato scopo di segnalare la problematicità di un'impostazione che esaurisca la controversia giuridica nelle dottrine del circolo ermeneutico: l'interpretazione giuridica non è solo interpretazione di un testo e non è (non dovrebbe essere) assorbente, in essa, la precomprensione del giudice. In fondo, proprio la logica della rilevanza adottata, come si è visto, per la determinazione dei fatti di causa, mette a disposizione un efficace rimedio per difendersi dalla complessità dei problemi che derivano dall'indagine sull'azione umana: i fatti pertinenti sono selezionati sulla base di una tecnica confutatoria, concepita in termini negativi. Non si tratta per il giurista, tanto meno per il giudice, in particolare, di stabilire la verità dei fatti in sé ma solo con riferimento alle argomentazioni portate nella controversia, nel giudizio: la "*contraddittorietà rappresenterà un aspetto costitutivo nella ricostruzione del fatto*"¹⁷⁵. I fatti non debbono essere intesi in una prospettiva naturalistica, non possono essere appresi, conseguiti, come fossero verità oggettive né essere acquisiti con metodi sperimentali d'indagine ma sono invece da considerarsi come ipotesi controvertibili e controverse, intorno alle quali un giudice è chiamato a scegliere.

Vorrei perciò sottolineare che, per un verso, la considerazione del fatto suggerisce al giurista una modestia di accostamento alla sua valutazione: la logica controversiale di cui ragiona Giuliani è logica argomentativa, consapevole dei limiti della ragione nel campo dell'azione umana. Per l'altro, tenere insieme *quaestio facti* e *quaestio iuris* sottintende consapevolezza profonda della complessità dell'esperienza giuridica e delle valutazioni che essa implica: il circolo ermeneutico che parte (dai) e riporta ai testi si arricchisce, durante il suo percorso, di tutti gli elementi necessari ad un apprezzamento logico, sistematico, teleologico ed evolutivo. Compiuto il circolo – anzi, più correttamente, mentre esso si compie – la valutazione giuridica richiede all'interprete di misurarsi con la ricerca sulla concreta, controversa calibratura dei fatti, ricerca così delicata e cruciale per l'esperienza giuridica, senza la quale essa perde le sue peculiari caratteristiche di esperienza pratica, orientata alla regolazione dell'azione umana.

Il nesso fra fatto e diritto nell'attività interpretativa, mi pare si possa conclusivamente dire, riporta al centro, in questa messa a punto del ruolo sociale dei giuristi, la necessaria loro sensibilità per i valori e per le esigenze sociali, sensibilità che si esprime e coglie nel nesso fra dimensione assiologica ed apprezzamento dei mutamenti che caratterizzano la realtà sociale. Una sensibilità, tuttavia, che non dovrebbe mai accampare la pretesa sovversiva di prendere il posto della discrezionalità del legislatore ed anzi allenarsi nell'evitare di

¹⁷⁵ A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971 (ristampa inalterata dell'edizione del 1961), p. 15; si v. anche ID., voce *Logica del diritto b) (teoria dell'argomentazione)*, in *Enc.dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 15.

sovrapporre alle scelte di quest'ultimo proprie linee di politica del diritto. Non è sensibilità facile a svilupparsi e che richiederebbe, come già detto, anche un'opportuna formazione educativa nei giovani. Vorrei richiamare ancora la profonda riflessione delle pagine conclusive della bettiana *Teoria generale dell'interpretazione* che, nel porre la questione di una fenomenologia ermeneutica, indica per l'educazione dell'interprete l'esigenza di un "crescente approfondimento del senso storico, come senso della continuità nel succedersi delle generazioni e spirito di tolleranza nella civile convivenza"¹⁷⁶. Non sembrano, queste, espressioni generiche o in puro stile parenetico: esse sono al fondo del compito concreto del giurista, che accanto alla "umiltà consapevole di una posizione allocentrica"¹⁷⁷, che è suggerita dalla consapevolezza di trovarsi inseriti come "semplici anelli di un'immensa catena" che collega viventi e trapassati, grandi spiriti ed umili artigiani del mestiere giuridico, dovrebbe allenarsi a "quell'apertura mentale e ampiezza d'orizzonte che si richiede nella civile convivenza per giudicare con serena equanimità degli atteggiamenti altrui"¹⁷⁸.

¹⁷⁶ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., II, p. 962.

¹⁷⁷ Vorrei ricordare l'attenzione di Betti per la filosofia di Friedrich Nietzsche, le cui opere circolano in larga parte della sua produzione scientifica e alla quale dedicò anche un saggio: v. E. BETTI, *Per una interpretazione idealistica dell'etica di Federico Nietzsche* (1943-44), in ID., *Diritto metodo ermeneutica*, cit., pp. 261 ss., al quale non posso dare qui il rilievo che meriterebbe. Richiamo l'interesse per Nietzsche perché, nel far valere la sua visione della continuità storica che l'interprete deve imparare ad apprezzare ed in cui è inserito, Betti richiama *La gaia scienza*, 337 (trad.it., Torino, 1967-1979, con introduzione di G. Vattimo, pp. 191 s.): "il senso storico è ancora qualcosa di così povero e freddo, e molti sono assaliti da esso come da brividi gelati e per esso diventano ancor più poveri e freddi. Ad altri appare come il segno della vecchiaia, che pian piano si avvicina e il nostro pianeta non è per loro che un triste inferno...[ma] chi sa sentire la storia degli uomini nella sua totalità come la sua propria storia", può avvertire la storia come sentimento dell'umanità, "sentimento divino". Merita altresì di essere segnalato l'interesse di Betti per Vico: v. E. BETTI, *I principi di scienza nuova di G.B. Vico e la teoria della interpretazione storica*, in ID., *Diritto metodo ermeneutica*, cit., pp. 459 ss., interesse che molto darebbe da riflettere e sul quale mi proporrei di tornare in sede opportuna.

¹⁷⁸ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., II, p. 964.