

L'interpretazione giuridica tra le fonti del diritto ed il problema della giustizia*

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il presente studio si propone di evidenziare come l'attività interpretativa possa annoverarsi, anche a seguito di pronunce giurisprudenziali di corti europee e nazionali, a pieno titolo fra le fonti del diritto; si rileva anche come sia proprio una interpretazione determinativa di norme giuridiche a permettere l'adeguamento dell'ordine normativo alle cangianti esigenze sociali, rendendo in questo modo concreto il concetto di certezza del diritto ed operante il valore della giustizia.

PROLOGO

Prendendo a prestito un'intuizione propria al *verismo musicale*, Ruggiero Leoncavallo in particolare (si veda, *rectius*, si ascolti il Prologo dei *Pagliacci*), pare d'uopo premettere alle riflessioni che seguiranno l'intento dell'autore, tanto da svelare completamente al lettore una mal celata *metodologia dei risultati*¹ a guida dell'indagine condotta.

La tesi sostenuta è che l'attività interpretativa è sempre (stata) momento di *determinazione*² del diritto, quindi attività da annoverarsi tra le fonti del diritto e, se correttamente svolta – con intento non parti-

*Il testo raccoglie le lezioni tenute presso il corso di Dottorato in Studi giuridici comparati ed europei, con sede amministrativa nell'Università degli Studi di Trento, il 28 e 29 gennaio 2015. L'autore non può esimersi dal ringraziare i professori Maurizio Manzin e Federico Puppò nonché la dottoressa Serena Tomasi per aver promosso e condotto gli incontri in oggetto.

1 L'espressione è tratta a prestito da Luigi Lombardi Vallauri, segnatamente dal *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981.

2 Per l'uso del termine *determinativo* e non *creativo* nel designare l'attività interpretativa si rimanda al paragrafo successivo.

PAROLE CHIAVE

INTERPRETAZIONE GIURIDICA;
CERTEZZA DEL DIRITTO;
GIUSTIZIA;
VALORI SOCIALI;
DISPOSIZIONE E NORMA;
INTERPRETAZIONE GIURIDICA DETERMINATIVA.

giano – momento di reale affermazione di giustizia³.

Considerazioni, queste, che se non specificate corrono il rischio di risultare troppo generiche; l'attività interpretativa alla quale ci si riferisce è quella riconducibile ad un preciso fenomeno giuridico: l'evento (o l'avvento) della codificazione moderna.

Ci si riferisce pertanto specificatamente ad un processo interpretativo di disposizioni codicistiche, ovvero di interpretazione della legge.

Non rileva in questa sede un'analisi ed una qualificazione dell'attività interpretativa in realtà precedenti alla codificazione (la *interpretatio*), che si lascia agli storici del diritto, né in realtà che non abbiano recepito tale fenomeno (il mondo della *common law*), che si lascia ai comparatisti.

Ciò che rileva è l'attività interpretativa che si svolge in presenza di un codice, d'un codice a cui si attribuisce la virtù di ricomprendere e rappresentare in sé l'intera regolamentazione giuridica, ovvero la soluzione giuridica di ogni accadimento quotidiano⁴.

3 Cfr. S. Satta, *sub voce* Giurisdizione, in *Enciclopedia del Diritto*.

4 Cfr. in tema gli studi di Norberto Bobbio *Il positivismo*

Quindi l'affermazione dell'interpretazione come momento *determinativo* del diritto, va ricondotta in un contesto culturale il quale ritiene che la legge (il codice) ricomprenda tutto il diritto.

È evidente come le due affermazioni non possono coesistere in quanto contraddittorie; o diamo credito all'una (l'interpretazione determina il diritto e, pertanto, si è in presenza di diritto al di fuori dei confini posti dalla legge), oppure all'altra (il diritto coincide con la legge e pertanto l'attività interpretativa è applicazione di ciò che è già).

Un'analisi condotta con intenti *veristici* (nel senso di mirare al vero-simile, non al vero), potrebbe portare ad optare per la prima soluzione: anche l'interpretazione *post 1804* (in realtà la promulgazione iniziò nel mese *Ventoso* dell'anno XI – il 13 marzo del 1803) è attività determinativa di diritto.

Ma è bene svolgere il tema, specificando che il presente intervento si articola in quattro *quadri*, all'interno dei quali verrà sviluppata un'unica trama mirante al riconoscimento del ruolo della cosiddetta interpretazione *creativa* tra le tradizionali fonti del diritto (di ispirazione continentale).

Va ribadito, quindi, come da una prospettiva filosofico-giuridica, quale è quella con cui ci si accinge ad osservare il nostro fenomeno, non appare proficuo affrontare il vasto e variegato tema dell'interpretazione disgiungendolo da quello che indubbiamente si presenta come una questione centrale (meglio ancora imprescindibile alla) nell'esperienza giuridica: il problema delle fonti del diritto.

DISPOSIZIONE E NORMA

Prendendo le mosse dalla questione delle fonti del diritto va immediatamente riconosciuto, sulla scorta di autorevole dottrina⁵, come queste sono quegli atti o quei fatti a cui l'ordinamento giuridico fa dipendere la produzione di norme giuridiche.

giuridico, Torino, 1961 e *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

⁵ Vedi ancora N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 34-35.

Tale definizione è il preludio per il richiamo dell'articolo primo delle *Disposizioni sulla legge in generale* (R. D. n. 262 del 16 marzo 1942), ove vengono per l'appunto indicate le fonti del diritto nell'ordinamento italiano (leggi, regolamenti, norme corporativa – di lì a poco abrogate – ed usi). Sicché in questa prospettiva il diritto *sorgerebbe* o *sgorgherebbe* (solo) dalle sopra indicate fonti.

Aprondo una apparente digressione, va rilevato come l'uso delle due forme verbali (*sorgere*, da un lato, *sgorgare*, dall'altro) non sempre può considerarsi indifferente, ovvero perfettamente intercambiabile, e ciò a maggior ragione se raccogliamo le suggestioni di Enrico Paresce racchiuse nella sua voce *Fonti del diritto* (*Filosofia del diritto*) redatta per la *Enciclopedia del diritto*⁶.

A tal fine va attratta l'attenzione sul termine *fonte*, comunemente utilizzato dalla letteratura giuridica nel senso di luogo e di modo di produzione del diritto (si pensi alle fonti atto ed alle fonti fatto, alle fonti primarie ed alle fonti secondarie e così via⁷). Richiamare l'uso del sostantivo *fonte* (*fons*), quale termine per evocare le caratteristiche dei soggetti coinvolti nella produzione di diritto oggettivo, nonché le sue modalità di produzione, implica l'utilizzo di una metafora al fine di indicare, per un verso, il fondamento (formale) del diritto oggettivo, ma, per altro, anche il suo punto d'origine, inteso non solo quale luogo in cui questo si manifesta. Nella seconda accezione viene chiaramente ripreso il significato originario di fonte quale punto fisico da cui scaturisce l'acqua. Va tenuto presente come la fonte è il luogo da cui sgorga la vena d'acqua; la fonte (sia questa naturale o artificiale poco importa), è soltanto il punto in cui l'acqua si manifesta passando dal sottosuolo alla superficie, dove diviene utilizzabile dall'essere umano. Sarebbe del tutto errato affermare che la fonte crei l'acqua, certamente non dal nulla; infatti, la fonte permette soltanto che l'acqua si manifesti e possa venire

⁶ Vedi in proposito le riflessioni raccolte a pp. 893-895.

⁷ Non potendo qui approfondire il discorso si rimanda agli ormai classici contributi di V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 1-218 e di V. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, pp. 299-364.

utilizzata. Certo è che in questo passaggio l'acqua muta, per così dire, la sua funzione, da fenomeno meramente geo-fisico, non dominato ed invisibile dalla superficie terrestre, diviene, per lo meno potenzialmente, fenomeno economico, elemento controllabile ed utilizzabile, in ogni caso tangibile e disponibile (come la storia idrologica del territorio da cui provengo testimonia, il fiume carsico non arreca di per sé alcun utile, ma ciò non significa affatto che non vi sia il fiume e con questo l'acqua, la stessa va ricercata e convogliata in una fonte al fine di poter essere utilizzata in modo economicamente appropriato).

L'attività interpretativa è pertanto solo la fonte, nel senso sopra indicato, del diritto, è, per così dire, il luogo in cui il diritto scorga; in quanto fonte, ovvero sorgente, non può venire concepita come luogo di produzione o creazione del diritto, dato che questo sussiste, sia pure in altro modo e forma prima del suo emergere attraverso la fonte.

Solo una rappresentazione fortemente ancorata al positivismo di stampo classico può ritenere che la fonte, intesa come manifestazione di volontà sovrana, sia il momento reale di creazione del diritto. Per questa prospettiva, infatti, non sussisterebbe nulla di giuridico prima della manifestazione del potere sovrano⁸, il quale creerebbe da nulla la regolamentazione giuridica della società. Evidente è allora come il diritto, che, in questa prospettiva, si fonda su *nulla*, ovvero non è in alcun modo riconnesso ad una realtà sociale, nella quale forme di regolamentazione operano anche in assenza di un centro di potere sovrano⁹, non

8 Che poi in buona sostanza è l'idea espressa dalla scuola del diritto naturale moderno; vedi in proposito T. Hobbes, *De homine*, 10, 5 (si veda la trad. it. curata da A. Pacchi, Bari, 1970). Cfr. in proposito l'analisi proposta da N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

9 All'interno di questa prospettiva, una realtà priva di sovranità, ovvero non organizzata in forme statuali, è considerata un tutto disaggregato ove regna il *bellum omnium contra omnes*. Vedi la Prefazione di Thomas Hobbes al *De cive*, ove si sottolinea che "la condizione degli uomini fuori dalla società civile (condizione che si può ben chiamare stato di natura), non è altro che una guerra di tutti contro tutti, e che in tale guerra tutti hanno diritto a tutte le cose" (vedi la trad. it. in *Opere politiche. I*, a cura di N. Bobbio, Torino, 1971, p. 69). Tale riflessione

possa che sorreggersi sulla forza¹⁰, ovvero sulla sua sanzionabilità visto che, sgorgando da nulla, null'altro può reggerlo.

Chiusa la digressione, va ancora riconosciuto come legare l'interpretazione alle fonti del diritto sarebbe ancora visione parziale se non comprendessimo che le due si congiungono in vista di un altro e fondamentale problema che affronta chi si pone alla ricerca del diritto: il problema della certezza del diritto.

Affrontare il problema della certezza del diritto significa, in ultima istanza, volgere lo sguardo al tema della giustizia.

Tema, quello della giustizia, sul quale appare opportuno aprire in questo *primo quadro* una seconda e ben più importante digressione; una (apparente) digressione che ci riconduca verso il problema dell'interpretazione.

Anche in questo caso ancoreremo le riflessioni che seguiranno ad una voce dell'*Enciclopedia del diritto*: la voce *Giustizia (filosofia del diritto)*, redatta da Enrico Opocher.

Il pensatore patavino delinea nel suo saggio un concetto formale di giustizia, per il quale "significa essenzialmente dire che essa implica una conformità (o disformità nel caso

risulta, come ampiamente noto, caratterizzante il pensiero politico-giuridico hobbesiano; infatti, la stessa viene dal Hobbes ripresentata nel *Leviathan*, XIII, ove si legge: "da questa guerra di ogni uomo contro ogni altro uomo consegue che niente può essere ingiusto. Le nozioni di diritto e torto, di giustizia e di ingiustizia non vi hanno luogo. Laddove non esiste un potere comune, non esiste legge; dove non vi è legge non vi è ingiustizia" (p. 103 della trad. it. a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 1989). Sul tema cfr. le riflessioni di F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983.

10 Si può infatti affermare che in tale prospettiva il diritto sia forza e null'altro. Sottolinea, infatti, Hans Kelsen: "se il diritto, considerato del tutto positivisticamente, non è altro che un ordinamento coattivo esterno, esso sarà allora concepito soltanto come una specifica tecnica sociale: si raggiungerà lo stato sociale desiderato collegando al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contrario di questo stato sociale, un atto coattivo come conseguenza, cioè la privazione coattiva di un bene: vita, libertà, beni economici. Evidentemente, con ciò, l'ordinamento giuridico parte dal presupposto che gli uomini, il cui comportamento è regolato dal diritto, considerino questo atto coattivo come un male che cercano di evitare", *Reine Rechtslehre* (1934), cit., § 14, a (trad. it. a cura di Renato Treves, Torino, 1952)

dell'ingiustizia) nei confronti di una misura"¹¹. Va riconosciuto, sulla scorta del pensiero opocheriano, che "perché si possa parlare di giustizia come conformità ad una «misura» è necessario che questa «misura» sia una, vale a dire venga posta come criterio unico di validità di un simile giudizio, e valga pertanto incondizionatamente nei confronti di ogni atto, fatto o rapporto al quale si voglia applicare il concetto della giustizia come conformità"¹².

Opocher ritiene di poter ravvisare tre concezioni derivanti dal predetto concetto di giustizia: la giustizia come legalità, ovvero come conformità ad un ordine normativo che una determinata società esprime in un dato momento storico¹³; la giustizia come conformità ad un ordine teologico (od ideologico), ovvero come conformità all'ordine implicito nelle finalità che orientano la vita sociale¹⁴; la giustizia come conformità all'ordine storico degli accadimenti, ovvero come riconoscimento della verità¹⁵.

11 E. Opocher, *sub voce Giustizia (Filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 572.

12 *Ibidem*. Ci permettiamo di rilevare come, all'interno di una società complessa, quale è quella contemporanea, la legalità, sia etica generale che giuridica, si articola in varie forme, ovvero in diversi sistemi di ordini normativi che fondano differenti forme di giustizia. Un contesto che esprime un ordine normativo non può, a sua volta, venire considerato come una sorta di monade isolata, si apre ad altri contesti e le stesse persone che vi partecipano sono comunque attratte da altre forme di normatività promananti dalla famiglia, dai grandi altri, dalla classe-ceto di appartenenza, dalle cosiddette società intermedie (religione, credo politico, di categoria), ma anche da contesti etno-culturali diversi. Vi è quindi la necessità di determinare un equilibrio gerarchico fra i vari ordini normativi – su questo specifico punto insiste anche Opocher, vedi p. 577. Pertanto legare il concetto di giustizia all'idea di conformità ad un ordine normativo appare quanto meno astratto a meno che non si voglia ancorare la giustizia su un piano incondizionato: o sulla forza oppure assolutizzando uno specifico ordine normativo. Sulla questione dell'ordine normativo all'interno di una realtà sociale di pluralismo culturale rimandiamo, fra i molti, alla voce *Diritti sociali* redatta da Antonio Baldassarre per l'*Enciclopedia giuridica Treccani*.

13 E. Opocher, *sub voce Giustizia (Filosofia del diritto)*, cit., p. 574.

14 *Ibidem*, p. 579.

15 *Ibidem*, p. 581. A questa si affianca la concezione della giustizia come conformità all'ordine della natura o della ragione.

Per il nostro, soffermandosi sul tema della giustizia come legalità, la giustizia in senso giuridico, implica la conformità all'ordine oggettivo che si manifesta nell'esperienza giuridica, che, come noto si sviluppa per Opocher sui tre piani dell'azione, della norma e del giudizio¹⁶. Il richiamo stesso alla nozione di esperienza giuridica fa sì che la conformità dell'azione sia certamente da valutarsi rispetto all'ordine normativo, ma la determinazione di quest'ultimo non può prescindere dal riferimento all'ordine teologico, giacché caratteri metagiuridici intervengono in modo determinante nella vita del diritto¹⁷. Quindi, per Opocher, il vero problema della norma, al di là della sua validità formale, è costituito dalla sua conformità all'orizzonte dei fini propri della società in cui la norma è posta; vi è pertanto un rapporto inscindibile fra la giustizia come legalità e la giustizia teologica.

In proposito l'autore rileva: "è, infatti, necessario ricordare come attraverso l'interpretazione giuridica (e particolarmente attraverso il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico) si svolga continuamente un'opera di adattamento delle norme giuridiche al movimento dell'orizzonte ideologico di una determinata società, attraverso una serie di giudizi che finiscono con l'essere sempre [...] giudizi di valore connessi ad una presa di posizione di carattere nettamente ideologico"¹⁸.

Il richiamo al pensiero di Enrico Opocher ci fa scorgere con indubitabile chiarezza l'intimo legame che unisce una riflessione sull'interpretazione giuridica a quella sulle fonti del diritto ed a quella, ben più pregnante per i suoi effetti pratici, sulla giustizia.

A questo punto del discorso necessitiamo, in parte indotti dalle riflessioni degli autori sin qui richiamate, ad operare una distinzione, meglio una specificazione, dato che il termine interpretazione (oggetto del nostro discorso) è termine ambiguo; porta in sé almeno due significati. In-

16 *Ibidem*, p. 582.

17 *Ibidem*, p. 584. In argomento cfr. le lucide analisi di Luigi Caiani, allievo della Scuola patavina, in *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

18 E. Opocher, *sub voce Giustizia (Filosofia del diritto)*, cit., p. 586.

interpretazione quale attività (volta all'intendere, direbbe Emilio Betti nella sua monumentale *Teoria generale dell'interpretazione*¹⁹), e l'interpretazione quale prodotto di questa attività.

Le due accezioni del significato non vanno confuse, come ben evidenziano gli studiosi della scuola raccolti intorno all'opera di Giovanni Tarello²⁰.

Nel nostro particolare, l'attività interpretativa (al di là della sua valenza ricognitiva oppure determinativa) va ricollegata al problema delle fonti del diritto, mentre l'interpretazione-prodotto a quello della certezza del diritto in funzione della quale – della giustizia – l'esperienza giuridica si dispiega.

La duplice presenza di una attività e di un prodotto che si predicano dello stesso termine (l'interpretazione, per l'appunto) ci offre anche l'opportunità di richiamare la distinzione fra disposizione e norma, che, se ritrova la sua più nota istituzionalizzazione nelle voci *Disposizione (e norma)* redatta da Vezio Crisafulli per l'*Enciclopedia del diritto*²¹, affonda le proprie radici in un saggio pubblicato sulla rivista "Giurisprudenza costituzionale" all'indomani della terza e dell'ottava sentenza della Corte costituzionale (emesse nel 1956): *Alcuni caratteri della giurisprudenza di legittimità della norma* a firma di Massimo Severo Giannini.

Giannini, interrogandosi sulla funzione che la Corte andrà a svolgere nell'ordinamento italiano, che allora si intravedeva collocata fra due poli, da un lato protesa a dichiarare, con proprio atto autoritativo, la volontà della Costituzione nei confronti della legge, dall'altro a riconoscere nella legge, attraverso l'attività interpretativa, il significato consono ai principi della Costituzione, sottolinea come "contrariamente all'opinione corrente la norma come fatto, o meglio il fatto della norma, è ben lontano dall'essere un'entità sicura e apprensibile; ma costituisce uno dei fatti più incerti che possano sussistere in un ordinamento"²².

19 Vedi l'edizione corretta ed ampliata a cura di Giuliano Crifò, Milano, 1990. La prima edizione appare nel 1955.

20 Di cui si veda *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

21 Dello stesso autore cfr. anche *Lezioni di diritto costituzionale*, cit.

22 M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisprudenza di*

L'incertezza intorno alla norma ritrova, per l'autore, la propria ragione in due cause; la prima, va ricercata nel "fatto che la norma è cosa distinta dal testo normativo, e che è cosa distinta dalla sua fonte", sicché la norma non è riconducibile pienamente né al testo (definito con il termine di disposizione), né alla fonte che lo ha posto in essere. Questo dato *tecnico*, per Giannini, fa sì che vi sia una non coincidenza fra testo normativo e norma da questo derivata²³.

Per l'autore, "la fonte crea la norma, ma non riesce a determinare se non parzialmente il contenuto; l'altra parte del contenuto è determinata da altre norme, ossia ogni norma, per sua natura subisce un'estraneazione", che si manifesta anche contro la volontà dell'autore della norma stessa. In questo senso Giannini può significare che "l'esistere della norma è determinato dal sistema, la fonte [ne determina] invece solo l'essere"; il sistema che determina l'esistere della norma, è un sistema in divenire, il quale non si modifica soltanto "per atti volontari, cioè per nuove leggi o atti normativi in genere [... ma ...] segue il divenire delle comunità associate che usano degli strumenti positivi, attraverso modificazioni, spesso impercettibili, indotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza".

Sicché il dato *tecnico* descritto dal Giannini ci fa cogliere come la norma esista in quanto inserita in un sistema di norme, ma questo non è sistema da intendersi in senso formale, ovvero come l'insieme dei testi normativi posti dall'autorità competente; il sistema si compone invece di norme tratte dai testi e si evolve anche in assenza di interventi da parte delle autorità competenti. Infatti, la modificazione del sistema e delle norme che lo compongono, avviene anche per mezzo di pressioni sociali ("il divenire delle comunità associate"), le quali si manifestano tramite la dottrina e la giurisprudenza²⁴.

legittimità della norma, in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), nn. 3-4, p. 906.

23 Cfr. *ibidem*, p. 907.

24 *Ibidem*. Già tre lustri prima del qui richiamato contributo Giannini ebbe ad osservare, in proposito della attività interpretativa, come "è essa che tiene in contatto il diritto con la vita: è la porta da cui entrano i fattori

Per Giannini, dunque, “di fronte alla norma si erge sempre il dubbio d’interpretazione, in ordine alle modificazioni di significati e di effetti indotte da norme sopravvenute o da sopravvenuti orientamenti di dottrina e di giurisprudenza”²⁵.

Il dato *tecnico* qui enunciato ci induce a riconoscere che fisiologicamente sussista, a prescindere da ogni contesto storico-sociale, un’ombra di incertezza che grava sulla norma; la stessa non è, infatti, il calco del testo normativo, ma il prodotto di una attività interpretativa, la quale nel suo concreto svolgersi è indirizzata da dinamiche evolutive che non necessariamente promanano dall’organo legislativo, ma che possono ritrovare la loro fonte nella dottrina e nella giurisprudenza, le quali fanno proprie, in questo modo concorrendo ad offrire legittimità giuridica, istanze sociali promananti dalla comunità che *usa* quei dati strumenti giuridici.

Oltre a tale dato *tecnico*, il rinvenimento della norma è ulteriormente aggravato da cause di natura *storica*, che concorrono a favorire l’incertezza della stessa. Per Giannini “si tratta di questo: col venir meno dello Stato neutro (o a gruppi omogenei, o censitario, o liberale puro, ecc. ecc, a seconda dell’ordine di concetti in cui ci si ponga) proprio – *grosso modo* – dello scorso secolo, e col sopravvenire di quell’altro tipo di ordinamenti statali, che i costituzionalisti chiamano a regime misto, la legislazione stata-

politici, economici, sociali, non giuridici insomma, dell’interpretazione. Sono stati più volte illustrati, da vari autori e in diversi climi storici, questi fattori e impulsi di vario genere, interdipendenti funzionalmente, come sarebbe la cultura, l’educazione spirituale e materiale di un popolo, il livello etico, la perfezione delle istituzioni politiche e sociali, le particolari caratteristiche storiche, sociali, religiose, ecc. ecc. Alla continua trasformazione da essi determinata sulla vita di una società soggiace inconsciamente l’interprete per una parte che sfugge alla comune osservazione, per un’altra parte invece di cui ha coscienza, l’interprete è portato a intendere la volontà dell’atto giuridico interpretandolo, in senso corrispondente allo stato della sensibilità sociale. Cosa che assume un’importanza tutta particolare per quel che riguarda l’interpretazione della legge (c. d. adattamento della legge ai nuovi bisogni)”, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939, p. 71.

25 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, cit., p. 908.

le è venuta ad accogliere nel suo seno principi giuridici fra loro configgenti”²⁶.

Questo ulteriore elemento aumenta l’incertezza della norma, già gravata dal dato *tecnico*, nel momento in cui il legislatore accoglie ed istituzionalizza, nel sistema dei testi dispositivi, principi ed interessi fra loro configgenti; come esemplificato da Giannini, dalla libertà d’impresa alla censura dei monopoli, dalla tutela del risparmio al favorire “forme sempre più ingegnose di credito”. Al di là della necessità di evitare conflitti nel trarre la norma dal testo (o dai testi), “a rendere ancor meno semplici le operazioni, intervengono quegli istituti che, esistendo da tempo antecedente l’introduzione dei nuovi principi, debbono trovare con questi un coordinamento. Di qui una ragione di incertezza sul significato delle norme”²⁷.

In conseguenza a ciò, nel contributo qui richiamato, Giannini raccomanda di “sempre aver cura di non confondere tra norme e testo normativo: è la norma che è dichiarata valida, non il testo normativo contenente la norma dichiarata valida che tale è dichiarato. Onde se possa prospettarsi quel medesimo testo normativo come contenente altra norma che si possa ritenere invalida, ovvero se quel testo normativo in combinato con altri testi possa esser prospettato come origine o coorigine di una norma derivata, è proponibile sempre un ricorso per l’impugnativa di queste altre norme possibili”²⁸.

Ricollegandosi a quanto sopra si affermava intorno ai significati del termine interpretazione, sulla disposizione si esplica l’attività interpretativa, il cui prodotto è, per l’appunto, la norma.

La norma è chiamata ad indirizzare il comportamento del destinatario (sia esso l’autorità competente chiamata giudicare oppure il consociato chiamato a conformare il suo comportamento), non la mera disposizione.

26 *Ibidem*. Come noto Giannini svilupperà il tema del passaggio dallo stato monoclasse a quello pluriclasse, fra i vari luoghi, nella monografia *Il pubblico potere. Stati ed amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

27 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità costituzionale*, cit., p. 908.

28 *Ibidem*, p. 927.

Il diritto qui riconosce due elementi che lo costituiscono: disposizione e norma collegati tra loro dall'interpretazione. Se la disposizione è il frutto dell'autorità legislativa, non così la norma (nemmeno nel caso della cosiddetta interpretazione autentica, perché anche la disposizione che la racchiude necessita di interpretazione). Sicché il diritto positivo non pare racchiuso in modo esclusivo ed esaustivo nella disposizione legislativa.

Va rilevato che se accettassimo quella visione monistica, propria al positivismo classico, per la quale il diritto si esaurirebbe nel diritto positivo (*rectius*, nelle disposizioni legislative – la legge), poco avremmo da discutere intorno all'interpretazione o, meglio, intorno ad una interpretazione colta alla luce delle fonti del diritto ed in funzione della certezza del diritto, quindi della giustizia.

Non occorre spendere molte parole per delineare le conseguenze di una rappresentazione in chiave monistica dell'esperienza giuridica, basti richiamarsi alle considerazioni proposte da Norberto Bobbio nel suo *Il positivismo giuridico* ove, nella *Conclusione generale*, affermando l'incondizionata validità scientifica della teoria legislativa del diritto di fatto lega a questa, quale logica conseguenza, la teoria dell'interpretazione logica o meccanicistica del diritto, anche se, come ampiamente noto egli ritiene che le critiche a quest'ultima siano fondate nel momento in cui constata come "l'interpretazione del giudice non consiste mai nella semplice applicazione della legge in base ad un procedimento puramente logico"²⁹.

Non va però sottaciuto come proprio intorno a questa *anomalia* (ritenuta foriera di incertezza del diritto se non di arbitrio vero e proprio) si sono costituite quelle istanze che hanno determinato il sorgere del positivismo giuridico in senso lato e che ritrovano fra i loro maggiori cantori il Beccaria e il Filangieri³⁰

²⁹ *Il positivismo giuridico*, cit., p. 284. Solo per inciso rileviamo che una caducità nella teoria dell'interpretazione meccanicistica del diritto si riflette con conseguenze esiziali sulla teoria legislativa del diritto, facendo sì che alla produzione di esso partecipi anche altri dal legislatore.

³⁰ Vedi il celeberrimo passo del Beccaria, per il quale "in ogni delitto si deve fare del giudice un sillogismo perfetto:

esplicitando una certa (algoritmica) concezione della certezza del diritto.

TEORIE DELL'INTERPRETAZIONE E CONTESTI STORICO-POLITICI

Se per qualche ragione, non ultima la non sussistenza della tesi del "significato proprio delle parole" all'interno del linguaggio ordi-

la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o non alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza, non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge". Il passo è tratto dal capitolo quarto de *Dei delitti e delle pene*, uscito anonimo a Livorno nel luglio del 1764 (già l'anno successivo, con il titolo di *Traité des delits et des peines*, viene editato in Francia). Citiamo dalla edizione curata da Giuseppe Armani, Milano, 1987, p. 15. Al quale fa eco, nell'illuminismo partenopeo, Filangieri, che, commentando il *dispaccio* reale di Ferdinando IV di Borbone del 23 settembre 1774, sottolinea: "nei governi dispotici gli uomini comandano; nei governi moderati comandano le leggi [...]". L'arbitrio giudiziario è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge. Vediamone ora i mezzi. Il re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi: che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei dottori bandita dal foro, e il magistrato costretto ad esporre al pubblico la ragione della sentenza. Questi sono gli argini che il sovrano ha innalzati contro il torrente dell'arbitrio". Così nelle *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, citiamo dalla riproduzione parziale in P. Comanducci (a cura di), *Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1978, pp. 173-174. Il riferimento di Filangieri è il *dispaccio* reale del 23 settembre del 1774, ai sensi del quale "le decisioni si fondino non già sulla nuda autorità dei dottori, che àn purtroppo nelle loro opinioni e alterato e reso incerto e arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del regno e comuni. E quando non vi sai legge espressa per il caso, di cui si tratta, e si abbia da ricorrere alla interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice di maniera, che le due premesse de l'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse e letterali. E quando il caso sia nuovo, o talmente dubbio che non possa decidersi colla legge, né con l'argomento della legge, allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà Sua per ottenere il sovrano oracolo", sull'argomento cfr. il fondamentale testo di G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in "Foro italiano", XCIV (1969), V.

nario³¹, ritenessimo corretta la distinzione concettuale fra disposizione e norma, allora potremmo prendere le mosse per un'analisi del nostro problema senza per questo voler aggirare le possibili obiezioni promananti dal positivismo classico.

Anzi è proprio da qui che si dispiegherà il nostro discorso ed in particolare dalla speculazione di Hans Kelsen, il quale nel sottolineare come all'interno del processo interpretativo "la norma di grado superiore [...] regola l'atto con cui viene prodotta la norma di grado inferiore (o l'atto di esecuzione se si tratta soltanto di questo); essa determina, con ciò non soltanto il procedimento in cui viene prodotta la norma più bassa, ma anche eventualmente il contenuto della norma da prodursi", rileva altresì come "questa determinazione non è mai completa. La norma di grado superiore non

31 Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 393. Cfr. anche G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 26. Sull'argomento è intervenuta più di recente Francesca Poggi, *Contesto e significato letterale*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 2006, Torino, 2007. Nel saggio citato, "si è negata l'utilità della nozione di significato letterale di un enunciato, non perché le parole che in esso compaiono non abbiano significato alcuno, bensì perché (1) tali significati possono essere vaghi, molteplici, generici; (2) la proposizione espressa può essere vaga, ambigua, generica (anche indipendentemente dal fatto che lo siano i termini che in essa compaiono) e il suo riferimento è quasi sempre indeterminato; (3) per un difetto non eliminabile di esternalizzazione; (4) perché il background di assunzioni di fondo non rientra né può essere incluso nel contesto semantico [... pertanto ...] il contesto svolge un ruolo imprescindibile nell'individuazione del significato di un'enunciazione", così a pp. 187 e 188. Il contributo, alla cui lettura si rimanda, è corredato da interessanti riferimenti bibliografici non solo inerenti alla letteratura giuridica in argomento e da una breve, ma significativa, rassegna giurisprudenziale in argomento di interpretazione letterale. Per una critica delle teorie interpretative in chiave di *significato letterale* cfr. anche G. P. Monateri, *sub voce Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, pp. 36 e segg. e ancora R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, il quale ritiene che "la molteplicità delle interpretazioni, si noti, non dipende tanto dalla equivocità - diciamo così - «oggettiva» del linguaggio in cui gli enunciati normativi sono (spesso) formulati, sebbene anche da questo. Le controversie interpretative dipendono piuttosto: a) dal contesto in cui ciascun enunciato si inserisce [...] b) dalle tesi dogmatiche elaborate dai giuristi [...] c) dalla molteplicità di tecniche interpretative", p. 50.

può vincolare in tutti i sensi l'atto per mezzo del quale viene eseguita"³².

È quindi proprio la lettura del testo kelseniano a porci di fronte ai problemi dell'interpretazione e dei suoi rapporti con le fonti del diritto³³ e con la certezza/giustizia del diritto³⁴. Kelsen ci fa toccare con mano come l'attività interpretativa sia di natura politico-giuridica e non tecnico-giuridica, come certa tradizione risalente alla Scuola dell'esegesi vorrebbe significare³⁵.

32 *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves, Torino, 1952 (ma Wien, 1934), p. 118.

33 Infatti, "il giudice è un creatore del diritto ed egli pure [al pari del legislatore] è relativamente libero in questa funzione. Appunto per questo, la determinazione della norma individuale nel procedimento esecutivo della legge è una funzione della volontà in quanto con questa viene riempito lo schema della norma generale", *ibidem*, p. 123, ciò non di meno bisogna stare accorti nello "spostare il centro di gravità della produzione del diritto dal creatore delle norme generali a colui che applica il diritto al caso individuale", *ibidem*, p. 129

34 Per Kelsen, "il problema per cui ci si chiede quale, fra le possibilità date nello schema di una norma, sia quella «giusta», non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico", *ibidem*, p. 123; l'autore, infatti, non ritiene che il diritto possa rappresentarsi "come un ordinamento fisso che determina il comportamento umano in ogni suo aspetto e in special modo l'attività degli organi che applicano il diritto fra i quali prima di tutto quella dei tribunali, in modo che la funzione di questi, e quindi anche l'interpretazione, dovrebbe essere considerata soltanto come la ricerca di norme che sono già esistenti e che debbono essere quindi scoperte con un determinato procedimento. È l'illusione della certezza del diritto che la teoria giuridica tradizionale coscientemente o incoscientemente si sforza di mantenere", *ibidem*, pp. 124-125.

35 "L'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente a un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi anche se una soltanto tra esse, nell'atto delle sentenze, diventa diritto positivo"; all'incontrario "la teoria comune dell'interpretazione vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto un'unica decisione esatta e che «l'esattezza» della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa. Essa presenta il processo di questa interpretazione come se si trattasse di un atto intellettuale di chiarificazione e di comprensione, come se l'interprete avesse soltanto da far muovere la sua intelligenza, ma non la sua volontà e come se, con un puro atto mentale, si potesse fare, tra le varie possibilità, una scelta che corrisponda al diritto positivo e che sia quella esatta nel senso del diritto positivo", *ibidem*, p. 121.

Pur tuttavia Kelsen ritiene di ricondurre l'attività interpretativa all'alveo tecnico-giuridico (del diritto come è) attraverso il richiamo alla costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, che ha sullo sfondo il binomio diritto-forza, escludendo che la scienza giuridica debba interessarsi al rapporto diritto-giustizia.

Infatti, "quando, nell'applicazione della legge, oltre alla necessaria constatazione dello schema a cui deve attenersi l'atto, ha luogo anche un atto conoscitivo, non vi è una conoscenza del diritto positivo, ma una conoscenza di altre norme che possono sfociare nel processo della produzione del diritto; norme della morale, della giustizia, giudizi di valore sociali, che si sogliono chiamare: bene del popolo, interesse dello stato, progresso e così via. Sulla loro validità e determinabilità non si può dir nulla dal punto di vista del diritto positivo. Considerate da questo punto di vista, simili determinazioni possono essere caratterizzate solo negativamente; sono determinazioni che non muovono dal diritto positivo stesso. In rapporto a queste, la realizzazione dell'atto giuridico è libera, cioè risiede nella libera opinione dell'organo chiamato a realizzare l'atto; a meno che il diritto positivo stesso non deleghi una qualsivoglia norma metagiuridica, quale per esempio quella della morale o della giustizia. Ma con ciò questa norma sarebbe trasformata in norma di diritto positivo"³⁶.

Il rapporto fra diritto e giustizia viene ingabbiato in uno schema formalistico, che lamentevolmente si richiama alla speculazione hobbesiana nel momento in cui ricollega l'idea di giustizia (che in questa prospettiva si esplicherebbe e si realizzerebbe solo nel diritto) alla forma del diritto positivo³⁷.

³⁶ *Ibidem*, p. 124.

³⁷ In proposito, bisogna riconoscere come lo stesso Opocher, nella richiamata voce *Giustizia*, rilevi che "concepire correttamente la giustizia come fine del diritto, non significa necessariamente affermare che solo il diritto assicuri la realizzazione della giustizia e che perciò questa sia sempre, nel suo significato «proprio» giustizia giuridica. Ciò diventa possibile solo a condizione di compiere una [...] assai discutibile operazione e cioè di restringere [...] il concetto formale di giustizia fino a farlo coincidere con il concetto formale di diritto", p. 565.

Al di là di ciò, il testo kelseniano ci pone un fondamentale problema: ovvero che rapporto debba svilupparsi fra il testo da interpretare, la norma generale, e la volontà del legislatore. Per Kelsen, infatti, "malgrado tutti gli sforzi della giurisprudenza tradizionale, non si è finora riusciti a decidere in un modo oggettivamente valido il conflitto fra volontà [del legislatore] ed espressione [tenore delle sue parole] a favore dell'una o dell'altra"³⁸. Tale questione³⁹ – che *esplosce* in tutta la sua evidenza dalla lettura delle disposizioni contenute nell'articolo 12 delle *Disposizione sulla legge in generale*⁴⁰ – rimanda

³⁸ *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 122.

³⁹ In vero affrontata, fra gli altri, anche da F. Carnelutti, *sub voce Documento (teoria moderna)*, in *Enciclopedia del diritto*, e da E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit.

⁴⁰ Cfr. intema R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 396-397; per l'autore, la disposizione contenuta nel primo comma dell'articolo 12 delle disposizioni preliminari di fatto dà vita a due possibilità. Per un verso, si può intendere che il compito primario dell'interprete sia quello di ricercare il significato proprio delle parole e di ricorrere all'intenzione del legislatore solo quando il significato proprio risulti oscuro, l'argomento di tale soluzione sta nel fatto che il legislatore abbia menzionato prima il significato proprio delle parole a poi, quale criterio sussidiario, l'intenzione del legislatore. Per altro, avendo il legislatore accostato i due criteri interpretativi solo per mezzo della congiunzione *e*, la disposizione in oggetto non offre alcun ordine di preferenza e, pertanto, i due criteri, posti sullo stesso piano, debbono entrambe venire utilizzati dall'interprete. Guastini ritiene che una terza ipotesi, anch'essa scaturente dalla lettura della disposizione, ritrovi minore persuasione: ovvero che risulti sussidiario il criterio del significato proprio delle parole rispetto all'intenzione del legislatore e che, pertanto il criterio interpretativo principale sia proprio l'intenzione del legislatore. Va rilevato in proposito come in uno scritto successivo Guastini evidenzi, di converso, come "in caso di conflitto fra i due significati, si può sostenere indifferentemente: a) che l'interprete debba privilegiare comunque il significato letterale, a scapito dell'intenzione del legislatore; b) che l'interprete debba, all'opposto, dare preferenza all'intenzione del legislatore, quale che sia il significato letterale (nell'assunto che il significato letterale non corrisponda all'intenzione). La giurisprudenza – con il conforto, del resto, della dottrina – pare decisamente incline a questa seconda soluzione. Con conseguenze di rilievo incalcolabile: la preferenza per l'intenzione del legislatore, a scapito del significato letterale delle parole, apre ai giudici la strada per praticare una vasta serie di tecniche interpretative [...] che consentono loro di allontanarsi non poco – e d'altronde, non sempre senza ragione – dal significato letterale delle

quindi direttamente all'oggetto dell'attività interpretativa: questo è la volontà o la riproduzione della volontà dell'autorità competente a porre disposizioni?

Ritornando a Kelsen e lasciando in sospeso la questione, rileviamo come se per questi l'interpretazione non è un mero atto meccanico (una sorta di *umiliazione della ragione* del giurista), che produce una proposizione su cui si possa predicare o meno la validità sulla scorta dei giudizi analitici, non per questo è un vero e proprio atto di determinazione del diritto, dato che in questo processo la *magna pars* è pur sempre appannaggio del potere legislativo. È il potere legislativo che pone la norma generale, le altre autorità competenti derivano da questa le norme individuali; ciò non di meno l'apporto dell'interprete autentico e fuori dubbio determinate, tanto da rasentare l'arbitrarietà se nel testo kelseniano possiamo leggere: "l'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto. [...] Anche quando essa produce diritto soltanto per un caso concreto [...] . Con l'interpretazione autentica [...] si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dalla interpretazione teorica della norma da applicare, ma si può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare"⁴¹.

Ma ciò che preme qui sottolineare nell'opera del pensatore praghese, che pone nelle mani dell'autorità interpretativa competente la *creazione* del diritto, è che tale attività risulti vincolata soltanto dal potere, nella più schietta applicazione pratica dell'equazione diritto/forza. Infatti, al fine di meglio specificare il procedimento sopra descritto e di concentrare l'attenzione in modo assoluto sul potere pro-manente da un'autorità competente, Kelsen così si esprime: "quando un individuo vuole

parole", *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 190. Cfr. in argomento anche U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 1999, pp. 24 e segg.

41 *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1975 (ma Wien 1960). Oltre Kelsen rileva come "l'interpretazione secondo la scienza del diritto deve evitare con la massima cura possibile la finzione secondo cui una norma giuridica ammette sempre e soltanto un'interpretazione, quella «esatta», *ibidem*, p. 389.

obbedire ad una norma giuridica che regola il suo comportamento (cioè vuole adempiere un dovere impostogli, tenendo quel comportamento al cui comportamento contrario la norma giuridica ricollega una sanzione), anche questo individuo deve compiere una scelta fra le diverse possibilità, quando questo comportamento non è univocamente determinato dalla norma cui deve obbedire. Questa scelta però non è autentica. Essa non è vincolante per l'organo che applica questa norma giuridica e quindi corre sempre il pericolo di essere considerata erronea da quest'organo, cosicché il comportamento dell'individuo che si fonda su di essa viene considerato un reato"⁴².

Se questo richiamo ci pone di fronte alla differenza fra una interpretazione del testo giuridico in chiave prettamente cognitiva ed una in chiave decisoria⁴³, ingiungendoci, sia pure implicitamente, ad offrire una opinione, su quale possa correttamente intendersi come interpretazione giuridica, per altro ci porta ad osservare un ennesimo e fondamentale problema scaturente da un discorso intorno all'interpretazione.

L'apparente abbandono, da parte di Kelsen, dell'interpretazione autentica alla deriva dell'arbitrio non segna affatto la fondazione di un ordinamento giuridico fondato sulla sregolatezza interpretativa legittimata dalla delegazione di potestà da parte di un'autorità superiore ad una di rango inferiore, che in tal modo diviene il sovrano del caso particolare.

Come ben ci suggerisce Renato Treves, la lettura del testo kelseniano (parimenti alle teorie sull'interpretazione) va collocata nel contesto storico e sociale che le è proprio; "quando apparvero i *Hauptprobleme*, nel 1911, alla fine un lungo periodo di pace e stabilità nella vita sociale, si poteva avere l'impressione che quest'opera rispondesse alle esigenze più profondamente sentite dai giuristi del tempo i quali concentravano il loro interesse sulla struttura logica e formale del diritto prescindendo, tanto dal contenuto economico e sociologico, che pareva allora solidamente determinato da quella struttura, quanto dai fini etici e politici

42 *Ibidem*, p. 388.

43 In tema vedi l'opera di Emilio Betti qui richiamata.

intorno ai quali sembrava che gli studiosi fossero sostanzialmente d'accordo⁴⁴.

Ciò spiega – la presenza di un sostrato valoriale coeso su cui si basa, e rispetto al quale è valutata, l'opera dell'interprete autentico – vuoi la problematica riduzione, attraverso la assunzione del binomio diritto-forza, dell'interpretazione a tecnica giuridica (kelsenianamente intesa) e, nel contempo, spiega le ragioni di quelle ipotesi di interpretazione meccanicistica (che ricerca il prodotto «esatto») propria a quella “dottrina tradizionale” che Kelsen critica.

Entrambe ritrovano la loro *ratio* nell'esperienza di una compagine statale monoclasse. Rileva Zagrebelsky, “in una società politica

44 R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XXXIX (1952), n. 1, p. 182. Le osservazioni di Treves ritrovano lampante conferma dalla lettura di un passo di Vittorio Scaloja apparso nel 1898; in questo l'insigne giurista rilevava come “le norme della interpretazione sono determinate dalle strutture del corpo politico al quale la legge appartiene, e specialmente dai rapporti intercedenti fra cittadini e le autorità legislative, fra queste e le autorità giudiziarie e amministrative. Tali rapporti in generale sono regolati solo parzialmente dal diritto scritto: essi sono determinati più direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose che è la fonte prima del diritto, appartengono a quel diritto tacito, fondamentale, di immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che con parola ormai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario, purché a questa espressione non si connetta l'idea di una lunga consuetudine”, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Studi in onore di Francesco Schupfer*, Torino, 1898. A tale proposito vanno richiamate anche le acute osservazioni di Miguel Reale, il quale, intervenendo nel 1966 al VII Congresso nazionale di Filosofia del diritto, rilevava “nonostante l'apparente vuoto speculativo che sembrava prevalere nel campo della Dogmatica giuridica del secolo scorso, il XIX secolo, i procedimenti interpretativi riposavano su di una tavola comune di valori vigenti, e presupponevano una base esistenziale e storica i cui orizzonti delimitavano e al tempo stesso legittimavano il compito della ermeneutica giuridica. Si può dire che in ultima analisi il legislatore e l'interprete si muovevano nell'ambito della stessa visione liberale del mondo e della vita, ruotante soprattutto attorno ai valori della certezza e della sicurezza, valori consacrati da un diritto oggettivo in formule normative il più possibile precise e complete. Da tale identità esistenziale di base risultava la tendenza naturale a considerare le formule normative come realtà autosufficienti, svincolate perciò dal complesso dei fatti e dei valori che condizionano la normogenesi giuridica”, *Le basi filosofiche dell'interpretazione*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLIII (1966), n. 1, pp. 222-223.

egemonizzata da una sola classe, la legge rispecchiava un ordine semplice e poteva immedesimarsi interamente con quello esprimendone l'intrinseca visione della giustizia, le contestazioni all'ordinamento giuridico liberale borghese, alla stregua di altre visioni della giustizia, non mancavano ma per definizione, data la struttura chiusa dello Stato, non potevano che essere esterne, antiggiuridiche. Esse rappresentavano una minaccia per l'ordinamento come tale, non integrabili fino a tanto che la Costituzione di quello Stato fosse rimasta quella che era⁴⁵.

Alla luce di tutto ciò possiamo quindi affermare come le teorie sull'interpretazione sono determinate dal contesto storico-sociale nel quale sorgono e per il quale operano.

DIRITTO E POLITICA

Tralasciando per il momento il rapporto con le fonti del diritto, l'attività interpretativa per le due declinazioni del positivismo giuridico sopra tratteggiate (quella kelseniana e quella da egli stesso definita “tradizionale”) si incrociano con la certezza del diritto nell'ambito tecnico-giuridico; nella accezione kelseniana come rigoroso ossequio alla costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, in quella “tradizionale” di altrettanto rigorosa osservanza della volontà di un legislatore antropomorfizzato.

Ogni considerazione di natura politica è espressamente esclusa dall'orizzonte giuridico (anche se, come sopra osservato, ne costituisce, più che lo sfondo, la vera e propria base).

Di ciò ce ne dà conto Uberto Scarpelli nel suo *Cos'è il positivismo giuridico*⁴⁶, ove pur riconoscendo la pregnanza della base politica (la scelta di valore) attraverso la quale opera il giurista positivo⁴⁷, lega l'interpretazione

45 *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 128. In tema non si possono sottacere, fra i molti, i fondamentali contributi di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 e di M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit.

46 Milano, 1965.

47 “Il giurista giuspositivista [...] non è uno scienziato ispirato da un puro amore per la scienza, ma piega forme scientifiche di pensiero, di linguaggio e d'opera a

come attività all'esercizio logico di determinazione di significati di segni⁴⁸, perché il giurista *non fa politica* (nel senso che non partecipa in modo attivo all'orientamento dei valori e degli interessi sociali). Per l'autore, "i giudizi di validità all'interno di un sistema di diritto positivo presuppongono il principio fondamentale del sistema e l'accettazione del principio fondamentale del sistema comporta una scelta politica: la scelta di attuare nella scienza e nella pratica del diritto la volontà politica che si è manifestata in quel diritto positivo, la scelta di collaborare all'organizzazione politica che in quel diritto positivo ha la sua struttura"⁴⁹.

In questa prospettiva "attraverso l'elaborazione dell'apparato concettuale tecnico-giuridico la scienza del diritto, collegata [...] con la pratica, influenza la volontà politica che si esprime nel diritto positivo. La scienza e la pratica del diritto giuspositivistiche servono dunque insieme la volontà politica che si è espressa nel diritto positivo e reagiscono inoltre sulla formazione delle volontà che il diritto positivo potrà modificare: ed il positivismo giuridico anche nel suo momento apparentemente più lontano dalla politica, la scienza del diritto, va visto nel suo significato politico"⁵⁰.

In definitiva, all'interno di questa prospettiva, si tratta di perseguire una certezza del fini e interessi politici: i fini e gli interessi politici dello stato moderno", *ibidem*, p. 50.

48 "Da un lato il positivismo giuridico [...] non può vedere nell'interpretazione giuridica che la determinazione del significato dei segni espressivi delle norme positive, significato dotato di una certa precisione e costanza e affidato a segni nell'aspetto fisico e capaci di durare nel tempo [...] . Dall'altro lato alla teorizzazione dei criteri e dei modi di determinazione del significato dei segni espressivi delle norme può essere lasciata qualche elasticità [...] se nella determinazione dei significati l'interpretazione debba esclusivamente o prevalentemente valersi dei mezzi lessicali e logici oppur se, entro la struttura di significanza configurata dal lessico e dalla logica, debba fare posto e buon posto a considerazioni teleologiche, se l'interprete debba star chino sulla lettera o vivificare la lettera con lo spirito, tutto questo può costituire entro il positivismo giuridico materia di dissenso e di scelte diverse", *ibidem*, p. 125.

49 *Ibidem*, p. 89.

50 *Ibidem*, p. 92.

diritto di sapore *formalisticamente formale*: una giustizia come conformità ad un ordine legale rappresentato da norme giuridiche valide che (solo) riflettono un ordine normativo (quindi uno substrato valoriale), sul quale però il giurista in quanto tale non può discutere. In generale per questa prospettiva e per Scarpelli in particolare, il giurista (sia che operi una attività interpretativa di natura cognitivo/ripetitiva o normativo/decisionale) non può elevarsi al rango di *creatore* del diritto, ruolo esercitato in modo esclusivo dal legislatore.

Detto in altri termini, non è il giurista l'affidatario del compito di mediazione fra valori ed interessi (a volte configgenti) operanti in una realtà sociale pluralista.

È possibile ancora cogliere il giurista sotto questa luce?

L'avvento dello stato pluriclasse modifica profondamente il tessuto politico e sociale ed ha notevolissime ripercussioni sulla rappresentazione in chiave tecnicistica dell'esperienza giuridica, investendo la *scietificità* della stessa, ovvero la sua capacità di prevedere e dominare la realtà socio-politica, la quale rappresenta la sua essenza operativa; tali modificazioni inducono a riflettere intorno alla figura dell'interprete, fautore di un'attività che recupera fisionomie proprie ad una realtà (giuridica) pre-moderna.

Non più *bocca della legge* o ingranaggio all'interno di un sistema di delegazione del potere, ma nuovamente, richiamando l'etimologia del termine interprete, *mediatore* fra diversi interessi e difformi sistemi valoriali.

In supporto a questa tesi ci giungono le argomentazioni di Antonio Baldassarre raccolte nella voce *Diritti sociali* e redatte per l'*Enciclopedia giuridica*.

Antonio Baldassarre rileva: "il classico Stato di diritto [...] suppone che tutta l'attività giuridica (privata e pubblica) sia misurabile secondo parametri di legalità e sia, quindi, controllabile giurisdizionalmente. Sin dall'epoca in cui dominava questa forma di Stato, è stata da più parti sottolineata la rottura prodotta su questo principio dalla giustizia politica, cioè da quella attività di ponderazione e di composizione di interessi confliggenti o distinti che viene svolta

in forma giudiziale”⁵¹. In tal senso, all’interno di una compagine statutale caratterizzata dalla sola vigenza dei diritti civili e politici, ovvero dall’astratta eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, questa (eguaglianza) deve ritrovare immediata applicazione da parte dell’organo preposto, lasciando al solo legislatore il compito di stabilire i modelli a cui adeguare i comportamenti concreti; ogni intromissione da parte di altri organi dello stato nell’attività politica risulta esiziale a tale forma di stato.

Per l’autore, infatti, “in un sistema fondato sul principio della «libertà naturale» (o negativa) la giurisdizione può essere idealmente concepita come *bouche de la loi*, in quanto che lo stesso principio di fondo esige, per la sua piena osservanza, giudici «non-attivisti» e strettamente legati al tenore della legge stessa”⁵². Ci troviamo, dunque, di fronte ad una regolamentazione dei rapporti giuridico-politici improntata sulla netta separazione (più che dei poteri) delle funzioni attribuite agli organi dello stato.

Tale rigida statuizione della divisione delle funzioni attribuite ai distinti poteri dello stato e, conseguentemente a questa, dell’affermazione di una *certa* certezza del diritto, muta con l’apparire sull’orizzonte politico e sociale dei cosiddetti *diritti di prestazione*, rivendicati (soprattutto) dalla parte meno abbiente della popolazione, che richiedono all’ente pubblico di porre in essere politiche atte, per riprendere il legislatore costituzionale italiano, a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono alla effettiva eguaglianza.

Sottolinea Baldassarre come, con l’apparire dello stato democratico, o sociale che dir si voglia, “viene ampliato il concetto [di giustizia] attraverso un uso più esteso e più penetrante [...] delle «clausole generali» (ordine pubblico, ecc.) e dei «concetti indeterminati» (utilità sociale, ecc.)” e, contemporaneamente, si assiste all’istituzionalizzazione di “una particolare forma di giustizia politica, quella delle Corti costituzionali [... la quale ...] è chiamata anche a commisurare continuamente le decisioni legislative ai valori astratti fissati in Costituzione e ai criteri di una ancor indeterminata «ra-

51 A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, cit., p. 9.

52 *Ibidem*, p. 10.

gionevolezza», secondo il modello di legalità proprio dello «Stato di diritto materiale»”⁵³. In questo quadro si assiste ad una modificazione dell’idea di legalità, la quale non appare più strettamente legata all’attuazione letterale della disposizione legislativa, bensì quale frutto di un adattamento della stessa ai criteri di ragionevolezza, tanto da supporre che l’attività degli organi giurisprudenziali sia legittima in quanto ragionevole e non perché legata alla sola regola astratta (la presupposizione di un’interpretazione ed applicazione meccanicistica del dettato legislativo caratterizzava, invece, lo stato liberale). Ad un rigido recepimento del principio di legalità si sostituisce l’idea per la quale la risultante di una interpretazione ed applicazione della disposizione legislativa debba conformarsi a criteri di giustizia rilevabili e definibili proprio nell’ambito dell’attività interpretativa.

È importante sottolineare come, per l’autore, l’esigenza di criteri atti ad accertare la ragionevolezza di una decisione, criteri che soppiantano, come osservato, le precedenti concezioni del principio di legalità, derivi dal riconoscimento di una “inesauribilità dei valori, cioè dal loro *surplus* semantico o dalla molteplicità dei contenuti materiali desumibili dai valori stessi, che è tanto maggiore quanto più questi sono universali e che obbliga, comunque, colui che deve riferirli a un caso particolare a operare bilanciamenti e composizioni di antinomie che non sarebbero fattibili o risulterebbero comunque dubbi o arbitrari in mancanza di una relativizzazione dei valori di base a regole o considerazioni empiriche, e perciò probabilistiche e «soggettive», quali sono appunto quelle riconducibili alla «ragionevolezza»”⁵⁴.

Se da un lato la ricerca nella decisione di una ragionevolezza di fondo della stessa (che poi potrebbe venire anche nominata come *adeguatezza* della stessa alla realtà in cui opera) fa sì che la giurisprudenza sia indotta a lavorare con materiali diversi da quelli posti tradi-

53 *Ibidem*, p. 9.

54 *Ibidem*. Cfr. in argomento anche il più recente contributo di A. Ruggero, *Sistema integrato delle fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in “Politica del diritto”, XLI (2010), n. 1, segnatamente pp. 9, 28 e 38-39.

zionalmente a sua disposizione, ovvero le sole disposizioni legislative, ed aprirsi all'utilizzo, nel porre la decisione, di forme regolamentative non istituzionalizzate nelle *leggi* (da cui il richiamo ai valori sociali presenti in un dato contesto a cui adeguare le stesse *leggi*), e, pertanto, ci pone di fronte ad un approccio ordinamentale intersistemico, dall'altro questa nuova concezione della legalità ha forti ripercussioni nell'ambito della divisione dei poteri⁵⁵.

Constatata, infatti, la vigenza "in uno Stato democratico-pluralistico di una «legalità per valori» [... la quale ...] deriva dalla complessa trama sociale che innerva gli organi politici supremi [...] si rende necessaria, per i giudici, una quotidiana opera di integrazione di quei parametri [di ragionevolezza] con il complesso sistema dei valori costituzionali"⁵⁶, perché sono i parametri di ragionevolezza assunti di volta in volta a fronte del caso concreto che fanno sì che la decisione, non più ancorabile ad un mero riferimento formalistico, quale appare la lettera della legge, risulti non arbitraria⁵⁷. Sicché, per inciso, l'asse della certezza del diritto si distanzia sempre più dalla disposizione legislativa per inclinarsi verso una concezione di ragionevolezza che di volta in volta deriva dalla mediazione fra i valori e gli interessi sociali in ballo ed i principî (costituzionali) fondanti la comunità sociale, pertanto, dall'astratto principio di legalità a quello concreto di giustizia. Quindi, per Baldassarre, "il significato della classica «divisione dei poteri» e della regola del reciproco controllo e bilanciamento ha finito per ampliarsi fino a ricomprendere anche questa stessa rete pluralistica"⁵⁸.

In conclusione, "un ordinamento fondato sul bilanciamento del principio di libertà positiva e quello di eguaglianza porta inevitabilmente ad accrescere l'importanza della giusti-

zia politica e a riconoscere in via di principio un'interpretazione «attivistica» del ruolo del giudice, in quanto è chiamato spessissimo a operare bilanciamenti di valore e, in particolare, a mediare «ragionevolmente» fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali"⁵⁹.

Sicché, stante la riflessione proposita da Baldassarre, la stessa presenza nell'orizzonte giuridico, fra i diritti fondamentali, dei diritti sociali induce a dover riflettere, se non a radicalmente rivedere, lo stesso concetto di positività del diritto, così come questo si è sviluppato e fissato nella cultura giuridica (continentale) moderna, non tanto per il portato enunciativo di tali diritti, che riguardano i rapporti sociali (il lavoro, la salute, l'istruzione, l'ambiente – in definitiva il tenore e la qualità della vita *concreta* dei cittadini – il *bene vivere* quotidiano), quanto perché gli stessi sorgono proprio dagli stessi rapporti sociali, meglio delle aspettative di benessere che sottendono a questi, e ritrovano vigenza attraverso il bilanciamento delle pretese. Infatti, a ben vedere, i diritti sociali possono ritrovare nell'opera del legislatore (sia questi costituzionale od ordinario) solo generale enunciazione, per tramite della statuizione di principî, ma saranno in ogni caso i rapporti concreti a determinarli di volta in volta, ovvero a circoscriverne ed aumentarne l'ambito di vigenza rispetto ad altri diritti, che, in taluni casi, si trovano in contrapposizione ai primi (si pensi al caso, oramai di scuola, della possibile incompatibilità fra il diritto al lavoro ed il diritto all'ambiente⁶⁰). Proprio in quest'o-

59 *Ibidem*, p. 10.

60 Non può essere questa la sede per affrontare la questione relativa ad un diritto appellato come *fondamentale*, il quale recede, all'atto pratico, a fronte di altri diritti fondamentali; in questo caso si dovrebbe mettere in dubbio la stessa *fondamentalità* del diritto soccombente, che, in quanto caducante a fronte della comparsa di un altro diritto (fondamentale) cessa di produrre effetti, e, quindi, non può rappresentarsi come un ineliminabile pilastro della comunità politica. Al di là di ciò, va rilevato che, proprio avuto riguardo ai diritti sociali o di terza generazione, la caducità rispetto a casi concreti pare generalizzata fra gli stessi, sì da o escluderli dal novero dei diritti fondamentali, oppure da ritenere che l'essere fondamentale non sia un requisito aprioristicamente attribuito al diritto in parola e senza nessuna considerazione all'ambito ed alle

55 Cfr. in proposito M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005.

56 A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, cit., p. 9.

57 Cfr. il già richiamato contributo di Antonio Ruggero ove si distingue fra approccio *formale- astratto* e approccio *assiologico-concreto*; così a p. 17.

58 A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, cit., p. 9.

pera di compenetrazione e bilanciamento fra varie istanze riconducibili nell'alveo dei diritti sociali enunciati emerge il ruolo attivo della giurisprudenza, a cui lo stesso Baldassarre fa riferimento nella richiamata voce.

Va, in proposito, ancora rilevato come da più parti viene sottolineato che l'apparire sull'orizzonte politico e giuridico dei diritti sociali segni l'inizio della parabola discendente del positivismo giuridico (classico) quale teoria capace di spiegare, ovvero di dominare, i fatti giuridici⁶¹. Si assiste, infatti, ad un notevole depotenziamento operativo della teoria legislativa del diritto, chiave di volta dell'intera costruzione positivista⁶², e con questa della correlata teoria dell'applicazione meccanicistica del diritto (termine, quest'ultimo, che, non va dimenticato, all'interno di questa prospettiva risulta equivalente nel suo significato al termine legge), tanto da rendere, anche in riguardo alla vigenza dei diritti sociali, la giurisprudenza di nuovo attiva nell'opera di regolamentazione giuridica della società. La giurisprudenza, anche in considerazione dell'apparire dei diritti sociali, si sottrae, quindi, sempre più al ruolo, in cui l'opera di codificazione l'aveva relegata⁶³, di organo di mera applicazione di una legge rappresentata come generale ed astratta, tanto da far palesare il giudice non più quale *bouche de la loi* piuttosto come riequilibratore dei rapporti sociali. In tal modo riemerge con prepotenza il ruolo ed il portato prettamente politico della giurisprudenza, ruolo e portato che la prospettiva positivista aveva tentato di occultare.

Si afferma pertanto nella dottrina un'idea di certezza del diritto che si ancora saldamente

circostanze in cui va esercitato, ma sia invece sempre da circoscriversi in un alone di vacuità che solo la *mediazione* fra le pretese (sia pur sorrette su diritti cosiddetti inalienabili) possa dissolvere nella concretezza del caso.

61 Tesi questa chiaramente sostenuta, fra gli altri, da P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007. Cfr. in argomento anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.

62 Cfr., per tutti, il classico studio di Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit. (si veda anche la *Premessa* redatta dall'autore alla seconda edizione, Torino, 1979).

63 Cfr., fra i molti, il volume di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

non più alla lettera della legge, bensì alla lettura della disposizione, riconoscendo implicitamente quella integrazione tra regole giuridiche e regole sociali che Luigi Caiani più di mezzo secolo fa aveva posto in rilievo ne *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*⁶⁴. Ivi l'autore puntualizza come l'interpretazione è, per un verso, "una mediazione tra la testimonianza obbiettiva, ma non sempre univoca, del simbolo o del documento, e il variabile punto di «vista del soggetto» che deve intenderlo", ma, per altro, l'interpretazione non può obliare né "la natura specifica dei problemi e delle esigenze cui deve soddisfare nell'ambito della vita del diritto", né "la natura [...] dell'oggetto cui [...] è rivolta"⁶⁵. Sicché l'attività interpretativa non è attività logico-deduttiva⁶⁶, ma *esperienza* volta a fissare, attraverso il giudizio, una verità processuale che risulti consona al contesto sociale in cui è posta. Per Caiani si ravvisa la necessità di attribuire all'attività interpretativa "una funzione non meramente dichiarativa e passiva nei confronti del proprio oggetto, e la necessità quindi che essa venga a contatto con l'esperienza giuridica nella sua forma anche non normativa, cioè di risalire ai motivi e ai fini che la determinano concretamente"⁶⁷. In tal modo egli, rifuggendo da prospettive

64 Padova, 1954.

65 L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 48.

66 Sottolinea Caiani come "l'aspirazione ad un discorso interpretativo svolto secondo il rigoroso procedimento definitorio e sillogistico, cioè come una ricerca di carattere logico-formale, indifferente ad ogni contenuto di esperienza, può dirsi in fondo il motivo, latente o esplicito, di tutte quelle tendenze metodologiche che vorrebbero risolvere ogni problema e ogni dubbio interpretativo mediante l'esplicazione, in definitiva tautologica, di ciò che logicamente è già tutto contenuto o nella singola norma, o nel principio, o nel sistema, o nell'intero ordinamento. Vale a dire in tutte quelle tendenze che vanno dalle tradizionali posizioni del dogmatismo e del concettualismo tuttora resistenti e rinnovatesi nel mondo dei giuristi, attraverso la mediazione gnoseologicamente più approfondita del formalismo, fino a quegli sviluppi recentissimi che vorrebbero adattare ai problemi della giurisprudenza i criteri di validità e i procedimenti elaborati dalla logica simbolica, con un riferimento ancor più rigoroso alle esigenze del formalismo logico e del matematismo", *Ibidem*, p. 146.

67 *Ibidem*, p. 152.

che riducano l'interpretazione ad attività meramente conoscitiva, riconosce nella stessa "la necessità di un atto creativo"⁶⁸, il quale si sostanzia in un giudizio di valore posto in essere dall'interprete; va in ogni caso riconosciuto come, per l'autore, tale giudizio di valore sia *derivato*, nel senso che non è completamente autonomo, dato che è pur sempre dipendente dalle valutazioni originate dal legislatore, le quali costituiscono il limite entro cui deve collocarsi la valutazione dell'interprete⁶⁹.

Caiani riprende e sviluppa le intuizioni di Giuseppe Capograssi⁷⁰, intuizioni a suggestioni che ritrovano sviluppo anche nell'opera di Salvatore Satta⁷¹ e di Enrico Opocher⁷².

Ci troviamo quindi di fronte ad una certezza del diritto non più di sapore *geometrico*, ma,

68 *Ibidem*. Più in generale Caiani ritiene che la scienza giuridica non possa ridursi fra due alternative: da un lato la sua costruzione sul modello delle scienze logico-formali, dall'altro una sua rappresentazione nei termini propri delle scienze empiriche. Richiudendosi in queste alternative, ovvero nel presentarsi o come branca della logica formale o come settore della sociologia, la giurisprudenza perde ogni caratteristica precipua, quindi cessa di essere fondante il momento della valutazione e perde pertanto ogni autonomia. In proposito si rimanda anche alle considerazioni proposte da E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, pp. 285 e segg.

69 L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 155 e segg.. Va in ogni caso richiamata anche la riflessione proposta da Caiani alla voce *Analogia (teoria generale)*, redatta per la *Enciclopedia del diritto*. In questa l'autore rileva esserci il problema dell'essere *dichiarativa* della interpretazione, che in tal modo si differenzerebbe dalla *creatività* dell'analogia (così a pp. 350-351), ma, in conclusione, "appare chiaro che il processo di interpretazione e integrazione del diritto è un processo qualitativamente omogeneo, che si svolge ovvero che trova il suo fondamento nel principio della unità, coerenza e razionalità «storica» dell'ordinamento. In particolare che non è possibile mantenere il presupposto dell'interpretazione come attività puramente dichiarativa", p. 360.

70 Si veda almeno *Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)*, ora in *Opere*. Vol. IV, Milano, 1959 e *Giudizio processo scienza verità*, ora in *Opere*. vol. V, Milano, 1959.

71 Vedi la voce *Giurisdizione (nozione generale)* redatta per l'*Enciclopedia del diritto*.

72 Vedi *Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della "applicazione" del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLII (1965), n. 3.

per dirla con Emilio Betti, *dialettico*⁷³. Una certezza che si sposa con il linguaggio scelto dal diritto per esprimersi: segni linguistici che devono essere significati avuto riguardo alla realtà sociale ove si collocano. In questa prospettiva, la disposizione va, quindi, contestualizzata per mezzo di una attività interpretativa *determinativa* di diritto.

Che l'idea di una interpretazione *determinativa* (o creativa come taluni la definiscono), sia una via per giungere ad una certezza del diritto non sillogizzante⁷⁴, ovvero non richiamata da infatuazioni analitiche, è intuizione che nella dottrina italiana ha avuto fecondi sviluppi, anche a prescindere dall'influenza del idealismo⁷⁵.

L'INTERPRETAZIONE È FONTE DEL DIRITTO

È giunto oramai il momento di affrontare il rapporto sussistente tra l'attività interpretativa e le fonti del diritto.

Volendo attenersi alla disamina del *diritto come* è la risposta appare semplice: l'interpretazione (meglio, la giurisprudenza) è fonte del diritto. È fonte del diritto non *de facto*, ma, con buona pace dell'articolo primo delle *Disposizioni sulla legge in generale, de iure*.

Il riferimento normativo di tale perentoria affermazione va ricercato sull'orizzonte comunitario ed in particolare nella sentenza del 17 settembre del 2009 (*Scoppola vs. Italia*) della Corte europea di Strasburgo. Vale la pena riportare il testo, che viene riproposto dalla stessa Corte nella successiva sentenza *Previti vs. Italia* del dicembre 2009.

Per la richiamata sentenza, "la nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione [per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali]; essa comprende il diritto di origine

73 Cfr. *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 645.

74 Vedi in proposito la nota polemica far il Guido Calogero de *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* e Alfredo Rocco de *La sentenza civile*.

75 Per una trattazione in argomento mi permetto di rimandare ai miei tre studi su *Interpretazione ed esperienza giuridica*, Trieste, 2011 e 2012.

sia legislativo che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità. Anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi si servono anche, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica. Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto possa essere chiaro il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisogna sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme. Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale. Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria in una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile".

La collocazione della giurisprudenza tra le fonti del diritto viene puntualmente recepita dalla giurisprudenza italiana con sentenza della Corte di Cassazione (Sezioni unite penali) n. 18288 del 21 gennaio 2010, che riconosce come "la Corte europea ha saputo «distillare dalla disposizione dell'art. 7 [della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali] il condensato dei più importanti principi espressivi della «civiltà giuridica europea», conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di lega-

lità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso «allargato». Per effetto dell'esplicito riferimento al «diritto» (law) – non soltanto alla «legge» – contenuto nell'art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo".

In tal modo, un diritto di produzione legislativa ed un diritto di derivazione giurisprudenziale convivono nell'ordinamento italiano, dando vita ad una "relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, "nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa". In questo contesto, "il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data"; va altresì rilevato come, per le Sezioni Unite ed alla luce della giurisprudenza europea, "la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività «concretizzatrice» della giurisprudenza".

Va notato come la Cassazione, sulla scorta della giurisprudenza europea, riconosce la presenza di un diritto di fonte giurisprudenziale proprio nel campo più sensibile dell'esperienza giuridica: il diritto penale, da sempre legato alla rigida riserva di legge, da cui all'articolo 25, comma secondo del dettato costituzionale che illumina l'articolo 14 della *Disposizioni sulla legge in generale* e l'articolo primo del Codice penale.

Va rammentato come la giurisprudenza non solo fa il diritto, ma anche, per così dire, lo

disfa, se la sentenza della Corte di giustizia europea del 28 aprile 2011 C-61/11PPU ingiunge al giudice di rinvio di *disapplicare* la legge. Citiamo letteralmente: “al giudice di rinvio, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell’Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l’art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo”.

In questo senso per la Corte di Lussemburgo “occorre risolvere la questione differita dichiarando che la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l’irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo”⁷⁶.

Non va sottaciuto che anche tale ingiunzione fa riflettere sull’attuale portata dell’articolo 15 delle *Disposizioni sulla legge in generale* in tema di abrogazione della legge. Al di là di ciò, pare oramai acclarata la centralità dell’attività giurisprudenziale nell’evoluzione della determinazione del diritto penale⁷⁷.

Volendo per un attimo divagare possiamo riconoscere che se l’idea di un’attività in-

76 Come evidente la questione si riferisce al cosiddetto reato di clandestinità, ora *abrogato* dalla giurisprudenza europea. La Cassazione ribadisce “l’obbligo per il giudice interno di non contraddire la statuizione contenuta nella sentenza della Corte europea [...] dovendosi affermare conclusivamente che la decisione definitiva della Corte dei diritti dell’uomo ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato ed, in quanto tale, deve essere tenuta in considerazione dall’organo dello Stato che, in ragione della sua competenza, è al momento il destinatario naturale dell’obbligo giuridico, derivante dall’art. 1 della Convenzione[per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali], di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte”, così la terza sezione civile con sentenza n. 19985 del 30 settembre 2011.

77 Cfr. G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002 e R. Kostoris, *sub voce Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*.

terpretativa *determinativa* in ambito penale ritoverebbe ferma ed irrevocabile censura nel Manzoni della *Storia della colonna infame*, che scrive sotto l’influenza di Cesare Beccaria e, soprattutto, di Pietro Verri⁷⁸ (anche se pare nella prosa riprendere il Filangieri), non così ferma condanna si ravviserebbe nel romanticismo d’oltr’Alpe ed in particolare nel Victor Hugo dei *Misérables* e di *Quatre-vingt-treize*. Ma al di là della divagazione, tale evidente richiamo dell’attività interpretativa tra le fonti del diritto ci pone di fronte quanto meno ad una duplice necessità: da un lato di operare una revisione delle fonti del diritto, dall’altro di incamminarci lungo l’asse di una più generale riddiscussione dell’idea di separazione dei poteri.

Per quanto concerne il primo punto – la revisione del diagramma delle fonti del diritto, non più tratteggiabile secondo gli schemi proposti dall’articolo primo delle *Preleggi* – la stessa Cassazione nella richiamata sentenza del gennaio 2010 offre un tentativo di organizzazione gerarchica delle fonti giurisprudenziali del diritto, nel momento in cui rileva come “tali pronunce [giurisprudenza consolidata o costante, con particolare riguardo a quella della Corte di Cassazione] meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema finalizzato a garantire «quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini». Per le decisioni di legittimità predomina sul «criterio quantitativo» quello «qualitativo di grado» e della funzione rivestita dall’Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente «anche una sola decisione della corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite», posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le

78 Va richiamato il saggio di Pietro Verri, *Sull’interpretazione delle leggi* apparso sulla rivista “Il Caffè” nel 1765 (ora nella raccolta curata da S. Romagnoli, *Il Caffè ossia brevi e vari discorsi distribuiti in fogli periodici*, Milano, 1960, pp. 483-489).

decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza".

Tale riorganizzazione delle fonti deve tenere conto di come il diritto è *diritto vivente* e non mera disposizione legislativa; se l'espressione *diritto vivente* è relativamente recente⁷⁹, la sua radice va indubbiamente riconosciuta nel disposto della sentenza della Corte costituzionale n. 3 del giugno 1956 ove possiamo leggere: "la Corte [...] non può non tenere in debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci".

Per quanto concerne la seconda questione, appare evidente come non può reggere alla prova dei fatti una teoria della separazione dei poteri *in senso stretto*, che attribuisca cioè le funzioni legislative ed esecutive ad organi distinti attraverso l'esaltazione della loro specializzazione, ai sensi della quale il giudiziario non parteciperebbe in alcun caso alle funzioni legislative. Il tutto ritoverebbe legittimazione in una certa lettura del Montesquieu *De l'esprit des lois*, secondo il quale "i giudici [...] sono solo [...] la bocca che pronuncia le parole della legge; esseri inanimati che non possono moderarne né la forza né il rigore". Come evidenzia Mauro Barberis, tale prospettiva di lettura non è l'unica possibile (e nemmeno l'unica auspicabile)⁸⁰.

Infatti, all'esercizio esclusivo da parte di un organo o gruppi di organi della sola funzione a questi attribuita, è possibile contrapporre concettualmente una separazione dei poteri come bilanciamento fra gli stessi, in modo tale che le funzioni siano ripartite fra gli organi secondo un criterio di non specializzazione degli stessi. In questo senso, ogni organo partecipa all'esercizio di funzioni diverse dalle proprie.

79 Vedi la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 14 dicembre 1972.

80 Cfr. *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, cit.

È il caso questo di una giurisprudenza che partecipa, attraverso l'interpretazione *determinativa* alla funzione legislativa o, come direbbe il Capograssi, porta a compimento l'opera del legislatore.

Si tratta, in buona sostanza, di invertire quel percorso, iniziato con la codificazione, di "deresponsabilizzazione in senso politico del ceto dei giuristi" a cui fa cenno Giovanni Tarello nella *Introduzione* alla sua *Storia della cultura giuridica moderna*⁸¹; deresponsabilizzazione politica del giurista che porta ad intendere l'interpretazione come mera attività logica e, pertanto, come rilevato da Paolo Grossi nel suo *L'ordine giuridico medievale*, coglie "l'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, [idea] che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro istillato nel cervello"⁸².

Richiamando ancora una volta le riflessioni opocheiane in tema di giustizia, possiamo a questo punto dell'incedere riconoscere come è proprio la giurisprudenza a rimodulare ed istituzionalizzare di volta in volta quell'ordine oggettivo da assumersi a criterio di valutazione.

È l'attività interpretativa che fa sì che l'ordine normativo, la giustizia come legalità, faccia proprio l'orizzonte teologico presente in un dato contesto sociale riportandolo nell'alveo propriamente giuridico attraverso quella che Luigi Caiani definiva la trasformazione dei giudizi di valore in giudizi giuridici.

Marco Cossutta, professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste

81 Cit., pp. 16 e segg.

82 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, p. 163.