

UNA LEZIONE SULLA METODOLOGIA GIURIDICA

1. *Le diverse concezioni del “diritto oggettivo”.*

Se la metodologia giuridica è lo studio del metodo su cui deve essere fondata e condotta la scienza del diritto, ovvero, più concretamente, il complesso dei fondamenti teorici sui quali un metodo (il metodo giuridico) è costruito, sono pensabili (e possibili) altrettanti metodi e relativi fondamenti teorici, quante sono (possono essere) le concezioni del diritto.

“Diritto”, inteso nel senso di “diritto oggettivo”, come insieme delle norme o regole (*norma agendi*) esistenti ed operanti in una determinata comunità umana o esperienza giuridica, (prima ancora e) indipendentemente dal “diritto in senso soggettivo” (*facultas agendi*) che sul diritto oggettivo si fonda o si incontra.

Alla domanda su *quale* sia il *diritto oggettivo*, le risposte possono essere (e sono state) diverse. Per esempio, si può dire che il diritto sia <<l’insieme dei comandi emanati dall’autorità che di fatto si impone in un dato territorio>>; o <<il prodotto, l’espressione in ultima analisi, dello spirito del popolo>>; o <<l’insieme dei criteri di condotta desumibili dalla natura dell’uomo>> (G. CARCATERRA). Il metodo varierà secondo la concezione del diritto, rispettivamente, positivista, storicistica, giusnaturalistica e giusrazionalistica, prescelta.

Indipendentemente da quelle che possono essere le interferenze fra tali concezioni del diritto, qui si assume, in linea di ipotesi o di punto di partenza, la prima: il *diritto oggettivo* è il *diritto positivo* vigente nel nostro ordinamento, con una *importante avvertenza*: nel nostro ordinamento (come nella gran parte degli ordinamenti giuridici dell’ “area occidentale” del pianeta) le norme vigenti non sono soltanto quelle poste dalle leggi e in genere dagli atti e fatti normativi (dalle “fonti” del diritto), ma altresì quelle, in vario modo, desumibili dai “principi” contenuti nella Costituzione che con quelle interagiscono.

Sotto questo aspetto, *il modello metodologico più specifico della interpretazione* come soluzione dei conflitti e, prima ancora, come conoscenza delle norme, è praticato anche, e con particolare modulazione, con riferimento alla interpretazione dei testi costituzionali, per una molteplicità di ragioni, che vanno dalla (prevalente) natura delle costituzioni come enunciazioni di *principi* (più e prima ancora che di norme), dalla ricorrente (ed ineliminabile) *molteplicità* e (possibile) *conflittualità* dei principi, sia in astratto, sia nelle loro concreta applicabilità, alla *ponderazione* e al *bilanciamento* dei valori sui quali tali principi sono (ritenuti) fondati, alla necessità che una soluzione dei conflitti cui essi danno luogo sia

inspirata al *criterio della ragionevolezza*, se non anche a quello della equità e della giustizia. Ed emerge già qui la interferenza tra la concezione positivista del diritto con quella giusrazionalistica.

È sottinteso che il diritto oggettivo non è che l'aspetto normativo di un dato ordinamento giuridico, il quale presenta, come figura generale, tre aspetti: la normazione, la plurisoggettività e l'organizzazione (M. S. GIANNINI); ed è *costituito* da un nucleo di norme fondamentali che, prese nell'insieme, sono dette *la costituzione* di quell'ordinamento (*costituzione in senso sostanziale*), dalla quale occorre partire per "conoscere" l'ordinamento medesimo.

2. *Scienza del diritto e metodologia della scienza giuridica.*

"Scienza del diritto" significa, in prima istanza, *conoscenza dell'ordinamento*. E poiché quest'ultimo si presenta nei tre aspetti della plurisoggettività, della normazione e dell'organizzazione, privilegiando l'uno o l'altro aspetto, possono delinearsi, almeno tre vedute fondamentali del fenomeno giuridico: una teoria del *rapporto giuridico* tra i consociati, tra i soggetti dell'ordinamento; una teoria della *normazione*; una teoria dell'*organizzazione*, o *istituzione*, delle strutture intorno alle quali esso si ordina.

Si tratta di tre modi (*metodi*) diversi, ma convergenti, di affrontare la conoscenza dell'ordinamento. *Relazionismo*, *normativismo*, *istituzionalismo* possono definirsi questi tre modi, ciascuno implicante, combinatoriamente, gli altri due.

Se si riflette in particolare sul fatto che così i soggetti e i loro rapporti, come l'organizzazione dell'ordinamento, come pure la stessa normazione, possono essere –e sono – oggetto di norme giuridiche, ne discende che avremo una normazione sulla *soggettività* (per es. norme sulla cittadinanza e sulla nazionalità) e dei rapporti giuridici (norme di comportamento o di condotta, sostanziali e processuali); una normazione *sulla organizzazione* (norme ascriventi di poteri, di oneri, ossia norme che distribuiscono l'autorità, che istituiscono organi e uffici, che predispongono mezzi, e così via); una normazione *sulla stessa normazione* (le norme sulle c.d. fonti del diritto).

Senza aderire necessariamente alla teoria normativistica pura (H. KELSEN) secondo la quale tutto l'ordinamento si riduce a complesso ordinato di norme e lo Stato stesso si riduce ad ordinamento normativo, e i suoi c.d. elementi (popolo, territorio, sovranità) non sono che, i primi due, limiti rispettivamente personali e spaziali del terzo che si identifica col potere

normativo, preminente, indipendente e incondizionato, ossia *originario* (si noti, però, che Kelsen opta per il primato dell'ordinamento internazionale), non può negarsi che un punto di vista privilegiato dal quale riguardare il fenomeno giuridico – anche secondo il senso comune – sia *rappresentato* dalla considerazione e dalla conoscenza delle norme.

Scienza del diritto è, dunque, *conoscenza delle norme giuridiche* che compongono l'ordinamento giuridico (ovvero *l'aspetto normativo* dell'ordinamento), secondo un *metodo*, perciò, *normativistico*: conoscere il diritto a traverso le norme che lo compongono.

Comunque si concepisca il diritto oggettivo (come insieme di comandi emanati dall'autorità, come prodotto o espressione dello spirito di un popolo, come l'insieme di criteri di condotta desumibili dalla natura o ragione dell'uomo: § 1), esso consta, appunto, di comandi, di prescrizioni, di norme, di criteri di condotta, che debbono essere conosciuti e comunicati o trasmessi, perché possano essere ubbiditi, osservati, seguiti, applicati; ovvero disubbiditi, trasgrediti, abbandonati, disapplicati dai soggetti ai quali si rivolgono o sono indirizzati.

Il diritto oggettivo (e le norme che lo compongono) non può essere trasmesso e comunicato che a traverso il linguaggio, secondo un principio di cui è difficile dubitare (principio dell'*intrascendibilità del linguaggio*). Sia il legislatore, sia il giudice o il pubblico amministratore, sia l'avvocato, sia il privato cittadino, in quanto *operatori giuridici*, non possono non usare il linguaggio nel loro operare. Ogni affermazione, obiezione, risposta, replica, contestazione, e così via, avviene (è possibile) soltanto tramite enunciati linguistici.

Le norme stesse sono espresse *tramite* enunciati linguistici, testi, documenti, disposizioni, le quali *si distinguono* pertanto dalle norme (V. CRISAFULLI).

Qui la conoscenza del diritto si incontra (si interseca) necessariamente con la interpretazione dei testi o documenti giuridici e, in particolare, con i testi-documenti normativi, ovvero con le disposizioni che li compongono.

Non si può conoscere il diritto senza interpretare i testi giuridici (e normativi), senza dedurne (o proporre) i relativi significati. Più specificamente i metodi per “conoscere” il diritto sono molteplici e si risolvono, in gran parte, (coincidono) con i c.d. argomenti interpretativi, come vedremo.

3. *Conoscenza, interpretazione e dogmatica.*

La conoscenza del diritto è possibile soltanto attraverso l'interpretazione dei testi-documenti giuridici. Ma vi sono due modi d'intendere l'interpretazione giuridica.

A) Un primo modo – interpretazione in senso stretto – concerne propriamente l'attribuzione o ascrizione di significato ai testi-documenti giuridici (e normativi).

Nell'ambito di tutti i fatti aventi giuridica rilevanza (*fatti giuridici*), che sono tali perché una o più norme attribuiscono ad essi effetti o conseguenze giuridiche, debbono distinguersi gli *atti giuridici* ossia i fatti imputabili alla volontà umana (fatti che sono anche atti) e che la esprimono necessariamente a traverso il linguaggio (orale o, più spesso, scritto: consegnato in un *documento*). Nel linguaggio giuridico, i termini “atto”, “testo”, “documento” possono essere considerati, presso a poco, come sinonimi. In ogni caso un atto giuridico scritto reca con sé un documento, che si tratta appunto di interpretare.

Nell'ambito poi degli atti giuridici occorre distinguere gli atti propriamente normativi (leggi, statuti, regolamenti, e così via), ossia quegli atti gli effetti giuridici dei quali consistono propriamente nella *produzione di norme* giuridiche. E le regole positive sulla interpretazione di questi ultimi sono in parte diverse dalle regole sulla interpretazione degli atti-testi-documenti giuridici non normativi (negozi, provvedimenti amministrativi, sentenze, e così via). Nel nostro ordinamento le prime sono indicate negli artt. 12-14 delle preleggi (disp. sulla legge in generale), le altre (con riferimento specifico ai “contratti”, ma, secondo la costante giurisprudenza, estensibili ove possibile e con gli opportuni adattamenti, alla interpretazione di tutti gli atti non normativi) sono contenute negli artt. 1362-1371 del codice civile.

B) Secondo l'altro modo di intendere, l'interpretazione giuridica – interpretazione *in senso ampio* – concerne l'individuazione delle prescrizioni o statuizioni (e, nella ipotesi di atti normativi, di norme) *applicabili ad un caso concreto* o per la soluzione di un conflitto. Intesa in questo secondo senso l'interpretazione si risolve nella conoscenza (o nella proposta) dei precetti (prescrizioni) e della normativa (delle norme di diritto oggettivo) da applicare; e, sotto questo secondo aspetto, al tempo stesso, nella individuazione degli *effetti* ascrivibili ai singoli fatti e atti giuridici (oltre che degli atti normativi) ed investe altresì i problemi della efficacia e della validità dei fatti e, soprattutto, degli atti medesimi.

Emblematico, con riferimento ai due modi di intendere l'interpretazione, è l'art. 12 delle preleggi nei suoi due commi.

Il primo concerne propriamente l'interpretazione (in senso stretto) della “legge” (cioè in genere degli atti normativi), così come gli artt. 1362-1371 cod. civ. – parallelamente – riguardano l'interpretazione dei contratti (e in genere degli atti giuridici non normativi, ivi compresi – con i necessari adattamenti – gli atti giuridici autoritativi: sentenze giudiziali e

provvedimenti amministrativi). Il secondo concerne l'interpretazione in senso lato (e si potrebbe dire anche: l'integrazione) della normativa applicabile ai casi concreti e per la soluzione dei conflitti, tramite l'*analogia legis* e l'*analogia iuris*; e riguarda propriamente l'ordinamento giuridico come distinto dalla (e condizionante la) comune esperienza giuridica.

Quanto appena detto, presuppone o suggerisce, secondo i diversi punti di vista, le elaborazioni dogmatiche dei giuristi, fino alla creazione del c.d. sistema giuridico.

Al proposito, com'è stato comprensivamente ben detto, <<in realtà i modelli metodologici dell'interpretazione non sono neutrali sul piano delle assunzioni di valore poiché ciascuno di essi presuppone una *diversa definizione del diritto*. Solo in relazione a uno specifico modo di delimitare l'ambito di fenomeni giuridici è possibile stabilire quali siano le premesse accettabili da cui partire per motivare una certa soluzione di un problema legale>> (C. LUZZATI).

La teoria dell'interpretazione suppone sempre *opzioni fondamentali*, scelte assiologiche, in base alle quali è possibile scegliere i modelli metodologici di interpretazione, ossia i c.d. argomenti interpretativi, che si fondano a lor volta su una diversa definizione del diritto. Di qui i modelli prescrittivi (es. dichiarazione del diritto preesistente, creazione di diritto nuovo, soluzione di conflitti, adeguazione del diritto: c.d. giuspositivismo critico) verificabili, descrittivamente, in quanto effettivamente adottati e seguiti dai giuristi.

Però, se non ci si può fermare alla "lettera" degli enunciati giuridici (e normativi), da essa però *non si può non muovere* alla ricerca dello "spirito", se si vuole che l'innegabile potere creativo dei giudici debba essere usato con prudenza, che le esigenze pragmatiche, altrettanto imprescindibili, non possano finire per travolgere l'interpretazione, finché possibile, condotta secondo riscontri grammaticali-sintattici e semantici. In breve: <<i>giuristi interpreti non devono riscrivere le leggi ex novo; essi devono semplicemente chiarirle e specificarle adattandole alle diverse situazioni>> (C. LUZZATI). Così che la stessa "certezza del diritto" – che assunta nella sua absolutezza è certamente un "mito" – non si può però rinunciare tendenzialmente a perseguire: e si <<un bene fragile>>, un <<valore che può essere realizzato solo parzialmente e al prezzo di una serie di costi sociali. Ma proprio per questa ragione il giurista deve astenersi dall'introdurre nel sistema ulteriori elementi d'instabilità>> (C. LUZZATI). Su questa base riposa, peraltro, l'idea stessa della distinzione tra "esperienza giuridica" e "produzione normativa" (condizionante), tra fatti ed atti giuridicamente rilevanti e fatti ed atti propriamente normativi, distinzione bensì storicamente e istituzionalmente variabile (v. la distinzione tra sistemi di *common law* e di *civil law*), ma tuttavia pragmaticamente irrinunciabile.

Le tesi dogmatiche (costruite dai giuristi) *non sono tesi strettamente interpretative*, anche se non è detto che esse siano costruite <<in modo indipendente da, e in un momento logicamente antecedente a, l'interpretazione di qualsivoglia specifica disposizione normativa>> come opina R. GUASTINI. È vero piuttosto che <<le tesi dogmatiche condizionano l'interpretazione: ora orientandole in un senso a preferenza di altri, ora escludendo certe opzioni interpretative altrimenti possibili>> costituendo cioè <<premesse (...) di ragionamenti (...) la cui conclusione è la costruzione di una norma inespressa (...) implicita nell'ordinamento>> (R. GUASTINI). Del resto, *tutte le norme*, in quanto significati delle relative disposizioni risultanti dall'interpretazione, sono, a rigore, *implicite* nelle disposizioni e propriamente *espresse dagli enunciati interpretativi*. È arduo, perciò, distinguere tra disposizioni-norme enorme implicite o inesprese. Sono forse inesprese le norme risultanti da (o proponibili) per combinati disposti?

In conclusione *interpretazione e dogmatica* corrono *su una stessa linea di continuità logica*, condizionandosi reciprocamente, e mettono capo a quella che può considerarsi la conoscenza del diritto oggettivo.

4. Principi metodici e argomenti interpretativi.

Scoperta o invenzione (proposta) di significato dei segmenti di linguaggio enunciati dal “legislatore”, le norme, o meglio: la stipulazione delle norme (o più in generale delle prescrizioni o statuizioni) va giustificata (motivata) anche perché, in generale, suscettibile di controllo (specialmente in sede giudiziaria).

Sul piano della interpretazione intesa in senso stretto, una tesi interpretativa si risolve nell'attribuzione (ascrizione) di significato ad una o ad un complesso di disposizioni, per trarne (o proporre) la norma o la normativa (D significa N). Gli argomenti interpretativi si possono schematizzare nel modo seguente: 1) “N è conforme alla lettera (L) di D”; 2) “N è conforme alla intenzione (I) del legislatore”; 3) “N è conforme allo scopo (S) perseguito dal legislatore”. Il principio metodico può allora essere formulato nel modo seguente: “si deve attribuire a D il significato L, I, S”. Di qui una molteplicità di principi metodici (che sono regole a fattispecie aperta). Essi tracciano limiti all'attività dell'interprete e, in definitiva, alla libertà del giudice – che è l'interprete qualificato e terminale – circoscrivendo l'area delle soluzioni giustificabili (A. ROSS).

Da altro punto di vista, i criteri interpretativi si possono ridurre a tre classi di criteri: 1) criteri letterali o *semantico-sintattici*; 2) criteri *logici* rivolti a determinare il *significato ragionevole* degli enunciati; 3) criteri *ideologici*, con riferimento all'intenzione (del legislatore) o allo scopo (per cui un determinato enunciato-testo-documento è stato emesso) (G. CARCATERRA).

Non è questo il luogo per passare analiticamente in rassegna tutti i diversi argomenti interpretativi. Qui si deve dire soltanto che l'attività ermeneutica si dispiega al fine di scegliere o proporre, e conseguentemente giustificare, l'attribuzione di significato al testo-documento da interpretare. Questa attività segue schemi o criteri di valutazione che si possono formalizzare in schemi di argomentazione: *gli argomenti interpretativi*. Essi sono *schemi discorsivi* utilizzati, soprattutto, dagli interpreti dotati di autorità, ossia di potere decisionale (nella c.d. interpretazione ufficiale e in quella giudiziale), per motivare le proprie decisioni, segnatamente l'attribuzione di significato e *l'applicazione di disposizioni normative*.

Nel nostro ordinamento debbono essere motivati tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 Cost.) e quelli amministrativi (art. 3 l. n. 241 del 1990).

La motivazione, peraltro, non è detto che sia la fedele cronaca delle *ragioni reali della decisione*. Il ragionamento del giudice, e in genere di tutti gli interpreti, procede anche *per intuizioni*, per cui il complesso della loro attività psicologica non è traducibile né ripercorribile integralmente. In particolare l'interprete è immerso in un contesto di convinzioni, di concetti, sulla base dei quali pre-valuta i punti di partenza e i punti di arrivo del suo ragionamento (parla di "contesti socio-culturali" in cui è immerso l'interprete per es. C. LAVAGNA). In ciò consiste la c.d. *pre-comprensione*, secondo la quale l'attribuzione di significato ad enunciati linguistici non si presenti ad un livello perfettamente consapevole nella mente dell'interprete, ma rimanga spesso al di sotto della sua coscienza, spingendolo a pensare di leggere nel testo solo quel significato che in realtà è lui stesso ad attribuire, sin dall'inizio, trascurando gli altri significati possibili.

La motivazione, pertanto, *non spiega*, non descrive le ragioni reali della decisione interpretativa, ma la *giustifica a posteriori*. E, proprio in quanto giustificazione, deve essere argomentata in modo logico, razionale, e quindi *controllabile*. La sua funzione non euristica, ma eminentemente giustificativa, presenta una ulteriore caratteristica: la *capacità di persuasione*, che si accentua nelle interpretazioni private, segnatamente in quelle degli operatori giuridici professionali che intervengono nelle procedure che conducono alle decisioni; essi cercano di persuadere coloro che debbono decidere: gli interpreti ufficiali e i giudici dotati di autorità, ossia di potere decisionale.

Ora le figure retoriche, gli *argomenti utilizzati per persuadere* finiscono per *coincidere con gli schemi utilizzati per giustificare* le decisioni nelle motivazioni: il giudice, per esempio, se ritiene di accogliere la proposta interpretativa avanzata dall'avvocato, la recepisce motivando la propria decisione con gli stessi argomenti proposti dall'avvocato (G. TARELLO).

Così, anche le scelte interpretative elaborate dalla dottrina vengono formulate e giustificate ricorrendo ad argomenti persuasivi. Si tratta di *scelte proposte per serie di casi futuri*, avanzate come *progetti*, ma argomentate sempre secondo *gli stessi schemi* cui ricorrono gli interpreti privati (di parte) e quelli ufficiali.

Schematicamente, in via meramente descrittiva, si può dire che il ricorso all'uno o all'altro degli argomenti generalmente utilizzati dai giuristi mette capo, a volta a volta, ad una interpretazione c.d. *dichiarativa*, ovvero ad una interpretazione c.d. *correttiva*.

5. Interpretazione dichiarativa e letterale v. interpretativa correttiva.

Movendo dall'opinione, una volta prevalente, secondo la quale il legislatore, nel formulare ed approvare un testo normativo, consegna all'interprete e a colui che deve applicarla una disposizione dotata di un "proprio" significato, la interpretazione resa da quest'ultimo può (e deve) limitarsi a "dichiarare" la volontà del legislatore. L'interpretazione dichiarativa sarebbe allora quella che ascrive agli enunciati normativi nulla più che il loro significato "proprio".

Ma, secondo più moderne opinioni, dovute agli sviluppi della logica, della linguistica, della semantica, della pragmatica, fino alle teorie realistiche del diritto, le parole, i termini, i sintagmi, gli enunciati, non hanno un loro "proprio", intrinseco, invariabile significato, indipendente dai diversi *usi linguistici* che li riguardano.

Deve dunque rigettarsi senz'altro la nozione di "interpretazione dichiarativa"?

Se si considera che l'idea ancora persistente è che il legislatore nel formulare ed approvare un enunciato "vuole" (o si suppone che voglia) che questo abbia un determinato significato, e che tale significato coincida appunto con la (o si tragga dalla) "lettera" dell'enunciato medesimo, non si può rinunciare a *ridefinire la interpretazione dichiarativa come interpretazione letterale*, nel senso di <<quella interpretazione che attribuisce ad una disposizione il suo significato "letterale", cioè quello più *immediato* – il significato *prima facie*, come suol dirsi – quale è suggerito dall'uso comune delle parole e delle connessioni sintattiche>> (R. GUASTINI).

Ciò non toglie che non è affatto facile (scontato) stabilire con sicurezza quale sia il significato letterale di parole, termini, sintagmi, enunciati. Come si è esattamente detto, <<il significato letterale (...) è una variabile dipendente della competenza linguistica e dell'intuizione linguistica di ciascuno>>, per cui esso è <<cosa largamente soggettiva>> (R. GUASTINI).

Se allora non è <<neppure possibile tracciare una precisa linea di demarcazione tra interpretazione letterale e altri tipi di interpretazione>> (R. GUASTINI), non di meno non si può (e non si deve) trascurare il fatto che il legislatore positivo abbia prescritto che <<nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire *altro senso* che quello *fatto palese dal significato proprio delle parole* secondo la connessione di esse>> (art. 12 al. disp. prel.), ossia che *l'interpretazione letterale* è imposta come la *prima e preferibile forma di interpretazione* degli enunciati normativi.

Se essa non può star da sola (e lo stesso art. 12 disp. prel. aggiunge <<(…) e dalla intenzione del legislatore>>) e se anzi sfuma in altre forme di interpretazione, non di meno va considerata come *un primo atteggiamento dell'interprete* a fronte dell'enunciato da interpretare.

D'altra parte, è ben possibile che il legislatore stesso non abbia saputo dichiarare quel che effettivamente voleva o non abbia voluto ciò che ha dichiarato. Il legislatore può solo “dichiarare” quel che *presumibilmente* ha voluto (come riconosce egli stesso nell'ambigua disoisiizione dell'art. 12 al. disp. prel.).

Due sono, in ogni caso, gli argomenti (o i mezzi) usati per rendere possibile questa liminare forma di interpretazione (“dichiarativa” nel senso di “letterale”): l'argomento del linguaggio comune e *l'argumentum e contrario*.

1) *L'argomento del linguaggio comune.*

Se non vi è – e non vi può essere – un significato “proprio” delle parole, vi può essere – e vi è – un *significato ordinario, comune*, accettato dalla maggioranza dei parlanti.

Se è vero che ogni espressione, termine, sintagma di uso comune ha un significato vago o non univoco, non preciso, perché soggetto ad usi linguistici diversi (e ad ogni uso corrisponde un diverso significato), non può negarsi che uno stesso termine o sintagma sia per lo più soggetto ad un *prevalente uso linguistico* – date certe circostanze – e riceva quindi un *significato comunemente accettato*. E queste circostanze consistono per lo più nell'*inserimento* del termine o del sintagma in un con-testo, in un *enunciato*; il che contribuisce a ridurre la vaghezza e la plurivocità.

Negli enunciati normativi ricorrono spesso *termini del linguaggio ordinario*, il cui significato è quello comunemente accettato; *termini tecnicizzati* (espressioni del linguaggio ordinario che hanno acquisito un significato diverso da quello comune nel linguaggio giuridico (es. veduta, prelazione) il cui significato comune è desunto dalle definizioni legislative (se ci sono) e dall'uso dei giuristi; *termini tecnici* veri e propri, il cui significato comune è desunto dall'uso che ne fanno gli specialisti delle varie discipline scientifiche e tecniche. In ogni caso, si tratta sempre di uso linguistico (e di significato) "comune" ad un gruppo, più o meno vasto, di fruitori. Ed è appunto *questo significato comune* (che è dato dall'uso dei termini e dei sintagmi, delle parole <<secondo la connessione di esse>>) che è da proporre nell'interpretazione di un enunciato, e *non un significato diverso (più ampio o più ristretto)*, ossia il *significato letterale*.

Si noti però che il significato letterale o comune può essere diverso in tempi diversi, nei quali il termine o sintagma assume un diverso significato (es. "buon costume"; "serrata e sciopero per fini non contrattuali" = "per fine politico").

2) *L'argumentum e contrario (ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit)*.

Anche questo argomento (nella sua versione interpretativa) serve a proporre o motivare l'interpretazione letterale.

Esso può formularsi nel seguente modo: <<dato un enunciato normativo che predica una qualificazione normativa di un *termine* dell'enunciato che sta per un oggetto o una classe di soggetti, si deve *evitare di estendere* il significato di quel termine fino a comprendere soggetti o classi di soggetti non strettamente e letteralmente inclusi nel termine qualificato dal primo enunciato normativo>> (G. TARELLO).

L'uso di questo argomento suppone la corrispondenza perfetta tra intenzione (volontà) del legislatore e testo.

Per es. l'art. 48 al. Cost. dispone che <<sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età>>. Conferendo il diritto elettorale ai cittadini, tace su i non cittadini (stranieri residenti, apolidi). Manca bensì la norma che attribuisce il diritto ai non cittadini, ma manca altresì una norma che lo neghi. Interpretato *e contrario*, l'enunciato non esclude che i non cittadini abbiano diritto al voto, ma presenta una "lacuna".

Se invece l'*argumentum e contrario* si usa come regola sulla produzione giuridica, come argomento produttivo di norme (come prevalentemente accade), allora la non attribuzione del diritto elettorale ai non cittadini vale come esclusione per essi del diritto al voto.

Ora l'*argumentum e contrario* (specie se usato come produttivo), opera <<con effetti diversi, in relazione alla struttura formale degli enunciati normativi cui si applica>> (G. TARELLO).

Se la disposizione conferisce situazioni giuridiche attive (diritti, interessi legittimi, facoltà, poteri, ecc.) l'argomento esclude che ad altri soggetti esse siano conferite; mentre se, nel settore che può dirsi "repressivo", ascrive situazioni giuridiche passive (obblighi, divieti, soggezioni, qualificazioni di incapacità, ecc.) esclude che esse siano ascritte ad altri soggetti. Nella prima ipotesi, l'uso dell'argomento può considerarsi repressivo o "illiberale"; nella seconda, invece, può considerarsi garantista o "liberale".

È stato però acutamente osservato che, dal momento che «tutto il diritto "promozionale" impiega abitualmente formule di esclusione di benefici, sovente sotto forma di enumerazione di casi in cui il beneficio non viene concesso», se ne desume che «in questi casi l'impiego dell'argomento *a contrario* per interpretare l'enumerazione delle esclusioni dal beneficio realizza il massimo di allargamento del beneficio stesso», ragion per cui, «anche fuori dal settore repressivo, l'argomento *a contrario* può assolvere ad una funzione "liberale"» (G. TARELLO). E in questi casi l'argomento può ritenersi adoperato in senso propriamente interpretativo.

Si è detto che l'*argumentum e contrario* è certamente rivolto ad escludere che si possa attribuire ad un determinato enunciato normativo un significato più ampio (più esteso) di quello che risulti dall'interpretazione letterale. È possibile invece che esso non escluda l'attribuzione di un significato più ristretto? La risposta è comunemente positiva: l'argomento non sembra escludere l'attribuzione di un significato più ristretto rispetto a quello letterale. Ma è veramente così? Si prenda ad esempio l'art. 100 Cost. che stabilisce: «La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità *sugli atti del Governo*». Su tutti? Su alcuni? Letteralmente: su tutti. Il legislatore e la Corte costituzionale hanno invece optato per un'interpretazione restrittiva, dissociando dagli atti del Governo gli atti aventi valore legislativo insuscettibili di controllo preventivo. Ora, *non* è l'*argumentum e contrario*, *ma l'argomento della dissociazione* che consente di restringere il significato del sintagma "atti del Governo". Sono compatibili i due argomenti? Non è facile dare una risposta. Si può dire, in realtà, che l'*argumentum e contrario*, se non esclude un'interpretazione restrittiva di un termine o di un sintagma, né la promuove né la sollecita. Al più: la tollera. Ma allora esso non può più essere ritenuto, in senso puro e proprio, come argomento univocamente favorevole all'interpretazione letterale. *L'unico argomento* a favore di tale forma di interpretazione sembra, dunque, a rigore *l'argomento del linguaggio comune*. Diversamente opinando, l'uso dell'argomento *a contrario* condurrebbe, a volta a volta, sia ad un'interpretazione letterale (dichiarativa), sia ad un'interpretazione restrittiva (correttiva).

6. *L'interpretazione correttiva.*

Fuori dall'interpretazione dichiarativa e letterale e quindi dall'argomento del linguaggio comune (del linguaggio ordinario, tecnicizzato o tecnico- scientifico), tutti gli altri argomenti interpretativi sono rivolti ad una *interpretazione correttiva* del significato di termini, sintagmi, enunciati.

Correttiva è qualsiasi forma di interpretazione che ascrive ad un testo-documento normativo un *significato diverso da quello letterale*, immediato.

I principali argomenti di cui si serve l'interpretazione correttiva sono quello della *intenzione del legislatore storico* (c.d. argomento psicologico); quello della c.d. *volontà della legge*; quello *teleologico*, *quello della ragionevolezza del legislatore* (c.d. argomento apagogico o *ab absurdo*); quello *economico e della coerenza*; quello *sistematico* e "a partire dai principi", quello *naturalistico* (della "natura delle cose"), quello *equitativo*, e soprattutto quello analogico (c.d. *argumentum a simili* e *argumentum a fortiori*). Essi hanno tutti per effetto di screditare l'interpretazione meramente letterale e di sostituirla con una interpretazione correttiva.

Del resto lo stesso legislatore positivo introduce immediatamente, nell'art. 12 al. disp. prel., la dicotomia interpretazione letterale v. interpretazione correttiva allorché, dettando le regole sull'applicazione della legge si esprime nel modo seguente: <<.....non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse [interpretazione letterale o dichiarativa] e della intenzione del legislatore [interpretazione correttiva]>> (parentesi e corsivo miei).

Se l'intenzione (volontà) del legislatore fosse espressa perfettamente dalle parole usate, dai sintagmi adottati, dagli enunciati deliberati, sarebbe sufficiente l'interpretazione letterale-dichiarativa e non vi sarebbe l'opportunità o la necessità di procedere ad un'interpretazione *secundum intentionem*.

Se non che, già l'argomento dell'intenzione del legislatore storico (o argomento psicologico) è ambiguo rispetto alla contrapposizione tra interpretazione letterale e interpretazione correttiva (e ne evidenzia il carattere meramente descrittivo), poiché, se è bensì correttivo della prima, non di meno è rivolto a rendere dichiarativa l'interpretazione (dichiarativa, appunto, della volontà del legislatore storico o concreto, <<in carne ed ossa>>, ossia di coloro che storicamente hanno concorso alla redazione e approvazione del documento normativo da interpretare). È insomma argomento *dichiarativo* (della intenzione-volontà del legislatore) ma

non letterale, bensì *correttivo* del significato desumibile dalla *lettera* della legge. Di qui l'inesattezza della stessa formola della "interpretazione dichiarativa e letterale" da noi in precedenza adottata.

L'*interpretazione* – come si è appena mostrato – *può essere dichiarativa* (della volontà legislativa) *ma non letterale* (correttiva della lettera della legge).

D'altra parte è verificabile anche l'inverso. La interpretazione *può essere letterale, ma non dichiarativa*. L'argomento della c.d. volontà della legge, ovvero della *ratio legis*, non è propriamente una variante dell'argomento psicologico (o teleologico) della intenzione (volontà) del legislatore storico (o viceversa: l'argomento psicologico non è una variante dell'argomento della c.d. volontà della legge); ma, al contrario, è speculare all'altro (R. GUASTINI).

L'argomento della c.d. volontà della legge o della *ratio legis* è correttivo rispetto alla volontà del legislatore storico (non è dichiarativo di questa), ma non è affatto correttiva rispetto alla *lettera* della legge, ossia al *testo* dell'atto normativo, cui occorre esclusivamente rivolgersi, per determinarne il significato, prescindendo e svalutando il contributo offerto dai *lavori preparatori*, che sono i principali, se non gli unici mezzi (per quanto notevolmente imperfetti, specie in presenza di un legislatore collegiale) atti a cogliere la "volontà" del legislatore storico. Dunque argomento letterale, ma non dichiarativo. E se l'interpretazione dichiarativa non corrisponde alla letterale, non può presumersi affatto che il legislatore riesca effettivamente a "volere" quello che "dichiara" o che riesca effettivamente a "dichiarare" quello che "vuole".

Non si può assumere insomma che <<sempre il legislatore dica esattamente ciò che intende>>, né che <<l'interpretazione letterale sia la più rispettosa dell'intenzione del legislatore>> (R. GUASTINI).

Il richiamo dunque all' "intenzione del legislatore" (di cui all'art. 12 disp. prel.) assume significato diverso e può condurre a conclusioni radicalmente divergenti, secondo che si incentri su una valorizzazione della volontà del legislatore storico o concreto (individuata essenzialmente a traverso i lavori preparatori) ovvero sulla c.d. "volontà della legge", ossia sulla *ratio legis* (sulla volontà del legislatore inteso come un'entità astratta che "parla" a traverso il testo, ossia la lettera, della legge).

Del resto che sia questa seconda la via "obbligata", o almeno la più persuasiva, risulta non solo dalla possibilità che il legislatore non dica esattamente ciò che intende, ma soprattutto dal fatto (giuridicamente incontestabile) che le leggi e in genere gli atti normativi sono tendenzialmente permanenti (vigono in perpetuo, salva abrogazione o annullamento per

invalidità) e che quindi da un enunciato “antico” possono (e debbono) essere estratte norme per regolare situazioni “nuove”, non previste dal legislatore storico, che l’interprete e in genere l’operatore giuridico riconduce al fine proprio della legge (o dell’atto normativo) di cui l’enunciato (o la disposizione) è il documento (G. TARELLO). Si tratta insomma dell’*argomento teleologico* (o ipotesi del legislatore provviste di fini).

Sugli altri argomenti “correttivi” non mi soffermerò troppo.

È qui sufficiente osservare che l’argomento apagogico (o *ab absurdo*), per il quale da (o per) un enunciato normativo l’operatore giuridico non può estrarre (o proporre) una norma assurda (se si assume che il legislatore sia razionale o ragionevole), non è che una variante dell’argomento teleologico o di quello equitativo. Esso è, al tempo stesso, fragile (se non inutile) ed equivoco. Fragile, perché l’ “assurdo” è nozione storicamente relativa e mutevole, e la norma “assurda” è praticamente inapplicata. Esempio, perché l’assurdità, oltre a poter essere logica, pratica, oppure etica, può riguardare gli effetti dell’applicazione di una norma a un singolo caso o invece gli effetti della generalizzazione della norma medesima (G. TARELLO).

All’argomento teleologico si è già accennato. Esso – opposto all’*argumentum e contrario* – è una variante dell’argomento analogico di cui si dirà.

L’*argomento c.d. economico* (o del legislatore non ridondante) secondo il quale si esclude di attribuire ad un enunciato il medesimo significato già attribuito ad altro enunciato normativo che preesista al primo, ovvero che presenti il carattere di maggiore generalità, suppone non solo che il legislatore non sia ripetitivo, ma è contraddetto (o reso inutile) dalla strutturale ridondanza, dal carattere sempre più alluvionale ed ipertrofico della legislazione contemporanea. Il valore persuasivo di questo argomento è, in ogni caso, inversamente proporzionale al suo ambito di applicazione; si accresce quanto più ridotto ne sia l’ambito di applicazione: uno stesso documento normativo, un singolo articolo, e ancor più un singolo comma, e così via.

Contiguo, ma ben più significativo, è l’*argomento della coerenza*. La legislazione, oltre che non ridondante, deve – o meglio dovrebbe – essere *coerente*. E se la legislazione si presenta – in fatto – incoerente, dovrebbe essere compito del giurista (dell’interprete, degli organi dell’applicazione, particolarmente della giurisprudenza) di *renderla*, il più possibile, *coerente*.

Come è stato precisamente detto, <<in quanto argomento interpretativo, l’argomento della coerenza serve a sbarrare la strada alle attribuzioni di significato agli enunciati normativi tale da configurare disposizioni che porterebbero al risultato di far emergere un conflitto di norme>> (G. TARELLO). Insomma, prima ancora di procedere all’applicazione dei criteri di

risoluzione delle antinomie (cronologico, di specialità, gerarchico, di competenza), è necessario (o almeno opportuno) procedere ad una interpretazione <<correttiva>> (N. BOBBIO) delle disposizioni normative. Ma, <<al fine di non fare emergere conflitto di norme dall'interpretazione di due enunciati normativi, bisogna procedere a ulteriore interpretazione di uno di tali enunciati oppure di entrambi: ciò dovrà farsi ricorrendo ad altri argomenti interpretativi, talché l'argomento della coerenza funziona come criterio di scelta di ulteriori argomenti>>. Esso ha perciò <<carattere ancillare e sussidiario>> (G. TARELLO).

Ed è anche vero che <<il notevole grado di persuasività di cui l'argomento è provvisto, tanto da renderlo uno dei preferiti dai giudici in tutte le organizzazioni giuridiche europee continentali, dipende (...) dal fatto che questo argomento consente di giustificare, da parte degli organi giudiziari, la *conservazione* del più gran numero possibile di documenti legislativi e consente di eliminarne per incompatibilità il numero più piccolo possibile>> (G. TARELLO) (corsivo mio).

Oggi una importante variante di tale argomento può considerarsi quello della interpretazione adeguatrice o “conforme a Costituzione” di cui la giurisprudenza costituzionale impone ai giudici l'uso, prima di poter entrare nel merito della questione di legittimità costituzionale, dal momento che <<le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali>> (Corte cost., sent. n. 356 del 1996).

In definitiva, l'operatore-interprete (e quindi il giudice), prima e a monte del ricorso ai criteri per la risoluzione delle antinomie, può – con l'argomento della coerenza – eliminare (o prevenire) i conflitti tra norme, dando una lettura coerente degli enunciati normativi senza incidere sulla loro validità od efficacia.

Ancor più incisivamente “correttivo” è il ricorso all'*argomento sistematico*, a traverso il quale l'attribuzione di significato avviene, come si è visto, secondo *collegamenti* che, secondo una parte della dottrina (per es. R. GUASTINI), sono *precostituiti* all'interpretazione dei singoli enunciati normativi. Ma non è detto che ciò si risolva necessariamente in un distacco dalla lettera e in una più marcata attività correttiva. Il c.d. sistema può essere quello esplicitamente proposto dal legislatore – per es. l'ordine concettuale a traverso cui sono costruite le codificazioni, che si realizza in enunciati definitori, in “rubriche”, in “titoli” ed altre partizioni, da cui l'argomento topografico o della *sedes materiae*, quello della costanza terminologica – come può essere, inversamente, quello costruito dalla giurisprudenza pratica o teorica, di per sé estraneo agli enunciati normativi (*argomento sistematico-concettualistico o dogmatico*).

Una speciale variante di quest'ultimo argomento è quello del *ricorso ai principi generali* dell'ordinamento giuridico (imposto, per altro dallo stesso legislatore, come ultimo criterio per rinvenire la norma applicabile al caso concreto: art. 12 cpv. disp. prel.). L'operatore interprete, seguendo questa via argomentativa, attribuisce agli enunciati normativi i significati che si ricavano dal sistema dei concetti e, allo stesso modo, tende ad estrarre (o proporre) norme coerenti con i principi generali dell'ordinamento o del settore del diritto considerato. A certe condizioni (principi = norme più generali) l'argomento del ricorso ai principi è contiguo all'*argumentum a simili*.

Un cenno meritano, ancora, quegli argomenti interpretativi che realizzano il più radicale distacco dalla "lettera" (e persino, forse, dallo "spirito") degli enunciati normativi.

L'*argomento naturalistico* (o della natura delle cose, o ipotesi del legislatore impotente) è utilizzato per motivare la estrazione da (o proposta per) gli enunciati di norme che si uniformino o siano coerenti con una concezione della natura dei rapporti disciplinati (giusnaturalismo o giurisdizionalismo) o anche, oggi, da coloro che ricorrono alla c.d. analisi economica del diritto (per es. vi è chi interpreta le regole sulla responsabilità civile in modo tale da far ricadere i costi su coloro che meglio sono in grado – seguendo l'analisi economica – di sostenerli). Più in generale <<non poche attribuzioni di significato ad enunciati normativi vengono argomentate sulla base di calcoli costi-benefici relativi alle interpretazioni possibili, al fine di scegliere quella che il calcolo rivela ottimale>> (G. TARELLO). Per es. le discipline della allocazione dei costi per eventi dannosi, della responsabilità per fatto illecito, della stessa responsabilità contrattuale).

L'*argomento equitativo* è seguito talora dall'operatore-interprete per giustificare tra le diverse interpretazioni possibili <<quella che meno urta contro le idee che il giudice condivide con la società, sul *buon* esito dell'applicazione del diritto nel caso concreto, escludendo gli esiti interpretativi sentiti come iniqui>> (G. TARELLO), Non si può non ricordare che tra le regole sull'interpretazione dei contratti vige la regola secondo la quale <<qualora (...) il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso (...) nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso>> (art. 1371 cod. civ.).

Uno, sia pur breve, discorso a parte merita infine l'*argumentum a simili*. È lo stesso art. 12 cpv. disp. prel. a disporre che, <<Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico

dello Stato>>. Di qui anche il fondamentale principio del *non liquet*: il giudice non può rifiutare di rendere giustizia, non applicando le norme giuridiche.

Si è cercato di distinguere, come si è già accennato, nell'uso dell'*argumentum a simili*, l'operazione meramente interpretativa dell'estensione del significato immediatamente rilevabile da un enunciato normativo alla operazione *produttiva* di nuova norma (R. QUADRI). Si può dire, ad esempio, che tra un'interpretazione meramente estensiva della qualificazione contenuta in un enunciato che la renda applicabile a soggetti o a classi di soggetti ivi non ricompresi secondo una interpretazione letterale e la formulazione di una norma "nuova" (che attribuisca ad altri soggetti la medesima qualificazione: sono da considerarsi "cittadini" le associazioni "nazionali"? Sono assimilabili ai "cittadini" gli stranieri residenti o gli apolidi?) corra non una netta distinzione, ma forse soltanto una differenza di grado.

Raffigurato, cioè, l'argomento analogico nei due modi diversi, secondo i quali esso si risolve *a)* nella *estensione* del campo di applicazione *della disposizione* e, rispettivamente, *b)* nella formulazione di una *norma nuova*, onde colmare una "lacuna", è stato convincentemente opposto <<il fatto (...) che tra interpretazione (specie se estensiva) di una disposizione e formulazione di una norma nuova non è dato trovare una netta linea di confine>> (R. GUASTINI).

L'*argumentum a simili* si fonda, indifferentemente, o sull'assunto che la formulazione legislativa non rispecchi la reale volontà del legislatore (*lex minus dixit quam voluit*) o sull'assunto – corrispondente – che il legislatore, se avesse considerato una determinata fattispecie che non ha disciplinato, l'avrebbe disciplinata allo stesso modo (assunto c.d. contro fattuale).

Nell'analogia la relazione tra la fattispecie espressamente regolata e quella non regolata è quella di *simiglianza* tra le due fattispecie, sicché la forma del ragionamento analogico è il seguente:

F^1 (fattispecie regolata) è Q (qualificazione)

F^2 (fattispecie non regolata) è simile ad F_1

F_2 è Q

Ma si deve trattare di una *somiglianza rilevante*, ossia incentrata su una *qualità comune* ad ambe le fattispecie che costituisca la *ragione sufficiente* (*ratio legis*) della disciplina (qualificazione della fattispecie), ossia la ragione per cui " F^1 è Q".

Di là dalla positiva previsione dell'art. 12 cpv. disp. prel., il ricorso all'analogia (speculare all'*argumentum e contrario*) va logicamente preferito, per la sua caratteristica di estendere una qualificazione "positiva", espressa cioè dall'ordinamento, ossia per risolversi in uno *sviluppo autonomo dell'ordinamento* che si realizza a traverso una concreta applicazione del principio di uguaglianza (L. GIANFORMAGGIO; G. CARCATERRA), rispetto al carattere meramente "negativo", privo di ogni previsione positiva (qualificazione) dell'ordinamento, proprio dell'*argumentum e contrario*.

Esempi "classici" di analogia sono per es. i seguenti: l'art. 2038 c.c. (*alienazione della cosa ricevuta indebitamente*): <<Chi, avendo ricevuto la cosa in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla è tenuto a restituire *il corrispettivo conseguito*....>> (1° co.); <<chi ha alienato la cosa ricevuta in mala fede, o dopo aver conosciuto l'obbligo di restituirla, è obbligato a *restituirla in natura o a corrisponderne il valore*...>> (2° co.). La *ratio* della norma che obbliga l'alienante in buona fede a restituire il corrispettivo conseguito e non la cosa in natura o a corrisponderne il valore sta – verisimilmente – nel principio di tutela dell'affidamento (della buona fede di chi ha ricevuto l'indebitato). Il medesimo principio può valere anche nell'ipotesi di *acquisto in buona fede di cosa rubata*, ignorandone la provenienza furtiva, che poi sia stata alienata.

L'art. 72, u.c. Cost. stabilisce che <<la procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge (...) di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, [e] di approvazione di bilanci e consuntivi>>. La *ratio* della disciplina può essere rinvenuta nella particolare importanza di tali leggi a traverso le quali il Parlamento esercita la funzione di indirizzo e controllo politico sulle funzioni del Governo. Di qui l'estensione della disciplina (c.d. riserva di assemblea) alla esecuzione di trattato internazionale e, rispettivamente, alla legge finanziaria. Diversa invece è la *ratio* della inammissibilità del *referendum* abrogativo per le medesime leggi di bilancio e di autorizzazione a ratificare trattati internazionali disposta dell'art. 75 cpv. Cost. e che consiste nel sottrarre all'abrogazione popolare leggi bensì di particolare importanza ma la cui disposta "riserva parlamentare" potrebbe anche ben considerarsi "eccezione" non estensibile (a sensi dell'art. 14 disp. prel.) alla legge finanziaria (a scadenza annuale) e alla legge di "esecuzione" (anche delle eventuali modifiche intervenute nel tempo) dei trattati, le quali rispetto alle leggi di bilancio (che è legge "necessaria" per il funzionamento dell'ordinamento) e di autorizzazione alla ratifica (che è legge che, pur contenendo l' "ordine di esecuzione", rappresenta la decisione di stipulare il trattato) presentano significative, ma non, perciò solo, somiglianze rilevanti ai fini dell'estensione della disciplina di divieto della consultazione

referendaria. Ma è noto che la giurisprudenza costituzionale ha opinato diversamente (sent. n. 16 del 1978). Come si vede nel caso di specie, la *ratio* di una legge è frutto di un'assunzione (decisione) interpretativa dell'enunciato normativo.

Altri classici esempi di analogia sono rappresentati dalla applicazione ai contratti atipici o innominati delle regole disposte per l'uno o per l'altro contratto; dalla estensione ai conviventi *more uxorio* di disposizioni concernenti i "coniugi", e così via.

Ancora: se la *ratio* dell'art. 101 cpv. Cost. (<<I giudici sono soggetti soltanto alla legge>>) è quella di garantire l'imparzialità dell'amministrazione della giustizia, allora esso riguarda anche i magistrati del pubblico ministero.

Non solo. La *ratio legis* può individuarsi anche da un insieme di disposizioni. Gli artt. 789 e 798 cod. civ., a proposito della donazione, stabiliscono, rispettivamente, che <<il donante, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione, è responsabile soltanto per dolo o per colpa grave>>; e che <<salvo patto speciale, la garanzia del donante non si estende ai vizi della cosa, a meno che il donante sia stato in dolo>>. L'art. 1710 al. cod. civ. prescrive che <<il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; ma se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore>>. Similmente, l'art. 1768 cod. civ. stabilisce che <<il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia>>; ma <<se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore>>. L'art. 1812 cod. civ. prevede che <<se la cosa comodata ha vizi tali che rechino danno a chi se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario>>. Si noti che il comodato è un contratto <<essenzialmente gratuito>> (art. 1803 cpv. c.c.). Similmente, l'art. 1821 cpv. cod. civ. prevede che <<se il mutuo è gratuito, il mutuante è responsabile solo nel caso in cui, conoscendo i vizi [delle cose date a prestito], non ne abbia avvertito il mutuatario>>.

Dall'insieme di queste disposizioni non è difficile desumere il *principio generale relativo ad ogni negozio gratuito*: chi si obbliga a rendere una prestazione gratuita è soggetto a una *responsabilità meno rigorosa* rispetto a chi si obbliga ad una prestazione dietro corrispettivo. Il principio è applicabile quindi anche ad ipotesi non esplicitamente previste da alcuna disposizione. Così, per es., <<se taluno dà gratuitamente un'informazione e questa è errata, la sua responsabilità dovrà valutarsi in modo meno severo>> (P. TRIMARCHI).

È difficile – se non impossibile – distinguere da un punto di vista logico l'argomento analogico come argomento interpretativo al medesimo come argomento produttivo (di nuovo diritto). Pure la distinzione è ricorrente nella dottrina giuridica, specialmente penalistica, e in giurisprudenza.

Ma, un conto è ammettere la distinzione per aggirare il divieto di estensione analogica delle <<leggi penali>> (art. 14 disp. prel.), altro e ben diverso conto è quello di cercare di costruire le due evenienze in modo da configurare due fenomeni diversi (cfr. N. BOBBIO; G. CARCATERRA). Se il campo di applicazione di ogni norma è fatalmente “vago”, per cui vi sono casi marginali ai quali è dubbio che la norma possa applicarsi (per es. il significato estensivo di “privata dimora” comprende certamente l’abitazione stabile, ma è dubbio se comprenda anche un’autovettura, una “roulotte”, uno studio professionale, la sede di un partito politico, e così via), può forse sostenersi che un termine (nell’es. “dimora”) o un sintagma (nell’es. “privata dimora”) assuma un significato (intensivo) più ampio di quello comune o percepibile a prima vista (*prima facie*), in modo tale da far rientrare nella fattispecie dell’enunciato (in cui ricorrono termini e sintagmi) fattispecie che, secondo l’interpretazione letterale, non vi rientrerebbero. Un esempio, nella giurisprudenza costituzionale, può essere offerto dalla sent. n. 281 del 1995 che ha interpretato l’art. 27 al. Cost., estendendo il principio di <<buon andamento (...) dell’amministrazione>> a <<l’ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l’aspetto amministrativo>>.

Nella ipotesi, invece, di estensione analogica produttiva di nuova norma, si tratta di applicare l’enunciato-disposizione normativa ad una *fattispecie non prevista*, anche se *simile in modo rilevante* a quella prevista, nel senso che <<il caso omissso possiede la proprietà in virtù della quale il caso incluso è stato disciplinato in quel modo>> (P. CHIASSONI). Per es. “è vietata la pubblicazione di *libri* osceni” estensibile anche alla “pubblicazione di *dischi* osceni” (se la *ratio* del divieto di pubblicazione la si rinviene ragionevolmente nell’oscenità; ossia se la *ratio* è ragione sufficiente del divieto).

È stato peraltro esattamente osservato che, anche se interpretazione estensiva e applicazione analogica (integrativa) fossero o sono strutturalmente distinguibili, esse conducono ad un medesimo risultato, anche perché – è bene ricordarlo – <<la linea di demarcazione tra interpretazione dei testi normativi e integrazione del diritto è incerta e sottile>> (R. GUASTINI). Le due operazioni hanno <<esiti identici: entrambe si risolvono nel connettere una conseguenza giuridica ad una fattispecie che *non* ricade nel significato letterale (o comunemente accettato) della disposizione di cui si tratta>>, così che <<la differenza (...) sembra ridursi, banalmente, ad un diverso modo di argomentare o di fraseggiare una medesima operazione>> (R. GUASTINI). Se per es. si applica una norma in materia di “religione” al movimento c.d. New Age, lo si può fare, indifferentemente, sia argomentando che New Age è una religione (interpretazione estensiva), sia che New Age è *simile a* una religione (integrazione analogica).

Non diversamente, anche l'interpretazione restrittiva suppone di identificare la *ratio* della disposizione interpretata unitamente alla *differenza* tra le due fattispecie (quella "inclusa" e quella che s'intende "escludere": entrambe in partenza incluse secondo il significato "naturale" o "comune" dei termini). Dove nell'analogia (o nell'interpretazione estensiva) opera la somiglianza (rilevante) delle fattispecie, nella interpretazione restrittiva opera la differenza (altrettanto rilevante): <<somiglianza e differenza (ora l'una, ora l'altra) sono le chiavi di volta di ogni argomentazione dell'interpretazione>> (R. GUASTINI). Così che si potrebbe ben concludere che ogni interpretazione correttiva (estensiva o restrittiva) non possa prescindere dalla individuazione della *ratio* della disposizione da interpretare. Argomento analogico e argomento della dissociazione suppongono la individuazione della *ratio legis* e sono, entrambe, sotto questo aspetto, interpretazioni teleologiche.

Infine anche l'*argumentum a fortiori* (o "a maggior ragione"), considerato per lo più come una variante dell'*argumentum a simili* – in quanto <<strumento utile ad estendere il campo di applicazione di una norma oltre il suo significato letterale>> poiché <<anche l'argomento *a fortiori*, come quello analogico, si fonda sull'assunto (controfattuale) che il legislatore, pur non avendo disciplinato una certa fattispecie, l'avrebbe tuttavia disciplinata in qual modo qualora l'avesse presa in considerazione>> (R. GUASTINI) – a ben vedere non è, <<nonostante l'apparenza, (...) un sottocaso dell'argomento analogico, o di un argomento analogico particolarmente forte e persuasivo: infatti l'argomento *a fortiori* non si fonda sulla somiglianza, bensì solo sulla *ragione* o *ratio* della norma o dell'enunciato normativo>>, poiché <<non è necessario che la condotta cui si estende il significato dell'enunciato sia "somigliante" o "analogica" a quella cui senza dubbio l'enunciato già si riferiva, basti che la prima *meriti* "a maggior ragione" la qualificazione normativa riservata alla seconda>> (G. TARELLO). Esempio, se la legge non ha di regola effetto retroattivo, a maggior ragione, non lo ha il regolamento che non può contrastare con la legge.

Le due forme in cui esso è prospettabile – *a majori ad minus* e *a minori ad majus* – corrispondono, rispettivamente, alla interpretazione di disposizioni che attribuiscono situazioni soggettive attive o vantaggiose (diritti, permessi, facoltà, interessi legittimi) o di disposizioni che ascrivono situazioni soggettive passive o svantaggiose (doveri, obblighi, divieti, oneri) (per es. se è consentito praticare interessi del 20%, allora – *a fortiori* – è consentito praticare interessi al 10%; e, rispettivamente, se è vietato introdurre in un certo ambiente animali domestici, *a fortiori*, è vietato introdurre animali selvatici). Ma è stato acutamente osservato che <<l'inclusione dell'entità, "minore" nella entità "maggiore", su cui si fonda l'argomento *a fortiori*, deve riguardare la "maggior ragione" e la "minor ragione", non la "maggior quantità">>

e la “minor quantità” della condotta che viene qualificata o dell’oggetto di questa condotta>> (G. TARELLO).

7. Interpretazione sistematica e costruzione dogmatica. Il valore decisivo della prassi.

Abbiamo visto come tutti gli argomenti interpretativi sono, fuori dall’argomento letterale, tutti correttivi nei confronti della lettera degli enunciati normativi. E si deve aggiungere che lo stesso significato letterale di un enunciato può *mutare in tempi diversi*, così che la stessa interpretazione letterale c.d. originalista può essere superata dalla c.d. interpretazione evolutiva che al significato <<originario>> oppone un significato <<odierno>> o <<attuale>> (nella terminologia di R. GUASTINI, il quale precisa trattarsi <<di significati potenzialmente (non necessariamente) diversi, specie quando il testo normativo interpretato sia molto risalente nel tempo>>).

Abbiamo anche visto che gli argomenti propriamente “interpretativi”, pur astrattamente distinguibili dagli argomenti “produttivi” (di nuove norme), in realtà conducono sempre alla formulazione di una “norma”, la quale, proprio perché costituisce il “significato” di una o più disposizioni è, ad un tempo, *dipendente* dagli enunciati linguistici (dai quali si desume o per i quali si propone, secondo la diversa concezione “filosofica” che si ha dell’attività ermeneutica), ma da essi essenzialmente *distinguibile* in quanto frutto (o risultato) della imprescindibile attività ermeneutica, la quale, come attività essenzialmente valutativa, *trasvaluta* quello che può dirsi il significato letterale o comune (c.d. proprio) dei termini, dei sintagmi e degli enunciati. In altri termini, è *illusorio distinguere* (o peggio contrapporre) la “disposizione-norma” dalla (alla) “norma-ordinamento”, la quale – a differenza dell’altra – sarebbe frutto della c.d. interpretazione sistematica condotta alla stregua di tutte le altre disposizioni normative vigenti nell’ordinamento giuridico, ovvero costituenti, *a monte*, il c.d. diritto oggettivo.

Se poi si considera che l’interpretazione-applicazione delle norme giuridiche – ossia la interpretazione sulla base della quale l’operatore giuridico terminale (il giudice) *decide*, applicando la norma al caso concreto o alla risoluzione di un conflitto – *non può non essere decisoria*, poiché <<il giudice deve in ogni caso ottenere tramite l’interpretazione una e una sola norma per la soluzione di un caso, ossia una e una sola regola della decisione>> (E. DICIOTTI), allora non è difficile desumerne che il c.d. diritto oggettivo è costituito, *a valle*,

dall'insieme delle interpretazioni-applicazioni che le disposizioni normative hanno ricevuto *nella prassi*.

Ora, com'è stato insuperabilmente detto da A. MERKL, <<nel presupposto che la legge sia diritto, soltanto l'interpretazione logico-grammaticale [*scilicet*: l'interpretazione letterale] si dimostra necessaria, mentre gli altri ipotizzabili metodi interpretativi sono, tutt'al più, possibili ed hanno sempre natura accessoria-suppletiva. Essi appaiono possibili quando – e si tratta di casi assai numerosi – l'interpretazione logico-grammaticale non conduce ad una soluzione univoca>>. Tale essendo la regola, <<fra queste varie possibilità interpretative che, con la limitazione della teoria alla interpretazione logico-grammaticale, stanno giuridicamente tutte sullo stesso piano, *la prassi deve fare una scelta ulteriore*>>. Nella prassi, <<gli ulteriori metodi d'interpretazione *si trasformano in strumenti indispensabili* per colmare le lacune, in strumenti *per scendere*, entro l'ambito consentito dalla teoria dell'interpretazione, al *caso singolo*. Alla teoria, però, fermo restando il nostro presupposto, un'analogha scelta è vietata; non basta, come forse si potrebbe pensare, che essa si limiti ad ammettere uno solo di questi metodi interpretativi; non è libera di rifiutare gli altri. Se è consentito un paradosso, la scienza giuridica è competente solo ad accertare le lacune, non a colmarle. Essa deve quindi limitarsi a dire: qui c'è uno spazio libero dal diritto, qui c'è una possibilità di variazione. *Il diritto di variare*, che consegue alla esclusione di tutte le altre possibilità, *spetta però solo alla prassi*>>. Tutto ciò vale <<nel presupposto che la problematica dell'interpretazione si limiti al principio dell'interpretazione logico-grammaticale>>. Se il diritto di variare spetta solo alla prassi, <<la prassi giuridica si serve (...) di un *metodo interpretativo diverso da quello proprio della teoria*. Essa *tende a creare nuovo diritto*, mentre la teoria vuole solo chiarire, illustrare il diritto di volta in volta già creato a qualunque livello. L'interpretazione a fini conoscitivi si limita alla materia giuridica già esistente; *scopo della prassi, che è anche produzione del diritto, è invece quello di acquisire nuovo diritto*, di aumentare il diritto esistente con l'immissione di elementi prima ad esso estranei>>. Come si vede, qui si afferma chiaramente <<come tanto l'applicazione quanto la scienza del diritto, e quindi la teoria e la pratica, non siano altro che interpretazione del diritto>>, poiché, <<come l'ambito della produzione giuridica ci appare insospettatamente allargato in quanto abbiamo aggiunto gradi ulteriori che la precedente dottrina non aveva preso in considerazione, così abbiamo insospettatamente allargato anche l'ambito dell'interpretazione>>. E, mentre l'interpretazione <<nelle mani del teorico (...) coincide con la conoscenza giuridica, in quelle del pratico coincide con la produzione del diritto>>. In altri termini, mentre l'interpretazione scientifica è cognitiva, l'interpretazione della pratica è stipulativa e decisoria. Questa interpretazione propria della

prassi giuridica <<che coincide con la produzione del diritto (...) si dimostra nient'altro che interpretazione autentica che – non saprei per quali motivi – non è monopolio del legislatore formale ma solo strumento a disposizione di chi produce diritto>> (i corsivi sono miei).

Anche l'applicazione è, in un senso, interpretazione del diritto.

Ma non basta.

Poiché, se è vero che questa “interpretazione autentica” (non nel senso comune in cui intendiamo questo sintagma) <<può, in via di massima, procedere solo all'interno dell'area che l'interpretazione intellettuale [scil. scientifica o cognitiva] le lascia libera>>, poiché <<lo sviluppo del diritto non può che restare nella linea già intrapresa>>, così che <<la produzione del diritto non è senza limiti, in particolare nel suo grado più basso (che coincide con l'applicazione del diritto)>>, dove <<il fattore creativo ha una possibilità di movimento piuttosto ristretta>>), è altrettanto vero che <<tuttavia la produzione del diritto, in particolare la *sua applicazione, può superare tutti questi limiti. Attraverso l'istituto del passaggio in giudicato, l'illecito (posto in essere in sede applicativa) diventa diritto*>>.

Questo è un passaggio veramente fondamentale per intendere il rapporto tra interpretazione e applicazione del diritto: <<questo interessantissimo fenomeno applicativo, per il quale *il giudice*, grazie al passaggio in giudicato, *in definitiva ha sempre ragione*, anche quando si è posto in stridente contrasto con il diritto positivo, dev'essere oggetto di ulteriore approfondito esame>>. Come <<si scioglie>> questo <<nodo>>? <<Com'è possibile che anche le sentenze giudiziarie *errate*, gli atti amministrativi *illegittimi* esistono di fronte alla legge?>>.

La risposta finale della scuola di Vienna è del seguente tenore: <<Il diritto positivo [scil. la legge] rende legittimo *a posteriori* l'atto *a priori* illegittimo [scil: contrario alla legge]. In questo modo, si limita a correggere se stesso, e ciò è naturalmente in suo potere. La sentenza illegittima non può tuttavia diventare mai una sentenza corretta (*richtig*): questo supererebbe il potere del più sovrano degli ordinamenti giuridici>>. Il diritto positivo corregge se stesso sostituendo alla legge la pronuncia del giudice, sostituendo, per così dire, al diritto legislativo il diritto giudiziario. Ma la sentenza illegittima (contraria alla legge, resa fuori dalle possibilità logiche contenute nella “cornice” del testo legislativo) rimane una sentenza non corretta sul piano logico, poiché <<il diritto può certo far sì che, di più soluzioni *a priori* tutte egualmente possibili, *a posteriori* una sola sia adottata, perché l'operatore si è determinato per essa, ma che in luogo di questa soluzione ne sia adottata un'altra logicamente non sussumibile sotto la delega, va oltre i poteri del più sovrano degli ordinamenti. L'ordinamento giuridico, infatti, ha potere soltanto sulle norme giuridiche e non sulle leggi del pensiero>>. Insomma, <<che cosa sia corretto sul piano logico, ce lo dice la pura conoscenza, che non può farsi fuorviare in

questo giudizio da alcuna autorità>>, e <<che cosa sia corretto sul piano giuridico, o meglio, a che cosa serva la possibilità di correttezza giuridica, è un giudizio che spetta esclusivamente alla scienza del diritto>>.

Ora, se *l'applicazione del diritto non è intesa come una <<funzione conoscitiva>>, bensì come una <<funzione volitiva>>*, se pure <<il volere giuridico di chi applica il diritto presuppone di regola un conoscere (conoscere, in particolare, le possibilità giuridiche di questo volere) ma ciò che egli afferma come diritto non è tale perché egli lo conosce ma perché lo vuole, e ciò avviene in rapporto al suo compito di creare il diritto, qual è quello di applicarlo>>, allora <<questa volontà, *in forza del diritto*, è così potente che può persino flettere ciò che deve essere conosciuto come diritto>>. Del resto, <<*delegare il potere della volontà rientra notoriamente nella competenza del diritto*; perché dunque quello che è semplicemente un effetto della sfera della volontà dev'essere considerato come effetto di un'attività conoscitiva?>>: <<chi applica il diritto, o meglio, chi *a priori* appare come tale, chi riveste i requisiti di legge fino a un certo grado, *ha ragione anche quando e nelle misura in cui non li riveste*, non sulla base di un conoscere ma di un potere, non perché sa di più ma perché può di più>>. In altri termini, la conoscenza della legge non è condizione necessaria per la creazione di “nuovo diritto”.

Nell'applicazione si crea nuovo diritto, indipendentemente dalla conoscenza della legge che pur si tratta di applicare. La scissione tra legge da (da applicare) e diritto (che è possibile creare) nell'applicazione è qui evidente. Il diritto positivo, da un lato, prescrive al giudice di applicare la legge; dall'altro, nel conferire al giudice il potere di applicare la legge, riconosce ad esso la possibilità di creare “nuovo” diritto. E allora <<il compito della conoscenza giuridica è quello di *armonizzare* i risultati di questo potere con le possibilità *a priori*, di conciliare con la legge l'applicazione della legge che tale non appaia. Essa riesce a farlo (...), in quanto considera applicazione della legge anche queste apparenti difformità dalla medesima, applicazione che naturalmente non è tale in rapporto alle inosservate disposizioni della legge, ma, al contrario, in rapporto ad una facoltà del tutto discrezionale di trascurare tali disposizioni (che si ricava non dal diritto sostanziale ma di regola da quello processuale). Ciò, in sostanza, è proprio il contrario di quell'applicazione della legge che le sopravvalutate capacità conoscitive del legislatore farebbero presupporre>>. In altri termini, sul piano del diritto sostanziale, <<ciò che è illecito rimane tale, anche quando si tratti del pratico di professione. Se però egli deve restare organo di applicazione anche nel caso in cui il diritto viene distorto – e tale lo considera il diritto in molti casi di applicazione non corretta – l'illecito deve essere in qualche modo già diventato diritto. Ciò si verifica non per effetto del

diritto non applicato ma per effetto del diritto di non applicarlo. Per esprimerci in modo più aderente, *non è possibile che il diritto effettivamente non applicato valga in qualche modo come applicato, ma è necessario che l'applicazione del diritto che certamente c'è e non si può negare*, giacché il suo risultato passa in giudicato, *trovi un diverso fondamento*. La conoscenza giuridica appronta un diritto nella cui applicazione può farsi rientrare anche la *distorsione* di tale diritto da parte di chi lo applica: è, in breve, *un diritto alla inosservanza* (quanto meno parziale) *del piano della legge*. Si tratta – per usare categorie tradizionali – di un diritto formale, cui il diritto sostanziale deve cedere, in modo che vi sia al più un illecito sostanziale>> (corsivi miei).

Come si vede, la scissione tra diritto c.d. sostanziale (“la legge”) e diritto c.d. formale (il “diritto”) è qui conclamata. Si può anche dire che in questo modo si viene delineando la fondamentale distinzione dei piani logici (livelli) della normazione (sostanziale) statica riconducibile agli enunciati prescrittivi vertenti su comportamenti (c.d. normativa primaria) e della (meta) normazione (organizzativa) dinamica riconducibile agli enunciati costitutivi che ascrivono poteri (c.d. normazione secondaria). Il potere di applicazione del diritto attribuito al giudice comporta infatti che <<l'applicazione errata del diritto [sostanziale o primario] è tale *a priori*, mentre è esatta *a posteriori* in quanto applicazione di un altro diritto>>, ossia di quel diritto “nuovo” che al giudice è consentito di creare in sede applicativa in virtù di quella normazione organizzativa dinamica, così che <<l'illecito non diventa diritto ma viene sostituito dal diritto>>, da quel diritto da lui stesso creato. In definitiva: <<ogni applicazione del diritto, anche se momentaneamente [staticamente] inesatta, sfocia, sul piano conoscitivo e per necessità conoscitiva, in diritto, in quanto e perché ha origine dal diritto [organizzativo o dinamico]. In ogni applicazione del diritto si riflette solo il diritto da applicare>> (A. MERKL) (parentesi quadre mie).

Questo diritto che si applica è, quindi, sia il diritto che si desume da o si propone per gli enunciati-testi normativi, sia il diritto che si afferma (si vuole, si decide) di desumere da (o di proporre per) i medesimi enunciati, dal momento che anch'esso risulta dalla loro (esatta o erronea) applicazione. Secondo le comuni (generalmente accettate, condivise) regole del linguaggio (regole grammaticali, sintattiche, semantiche, pragmatiche) e secondo le comuni (generalmente accettate, condivise) regole della deduzione logica o della proposta valutativa, alcune (molte?) norme sono effettivamente e solitamente riconducibili ai significati degli enunciati-testi normativi (sono con questi compatibili), altre (poche?) sono invece senz'altro proposte, assunte e soprattutto decise, applicate fuori da (o anche in violazione di) tali regole. Ciò accade per errore, per disconoscimento di esse, per volontà di non seguirle, perché gli

enunciati-testi da interpretare si presentano come contrari, contraddittori, e quindi per la insufficienza dell'impiego dei criteri approntati al fine di desumerne o di proporre significati plausibili (c.d. antinomie), o perché i su detti enunciati-testi si ritengano non dir nulla con riferimento ai fatti, ai casi, ai conflitti che si tratta di qualificare o di risolvere (c.d. lacune).

Ma tutti questi motivi si equivalgono dal punto di vista della compatibilità-incompatibilità con gli enunciati-testi normativi che si applicano in concreto. Eppure, le norme che si applicano in concreto sono generalmente riferite agli enunciati-testi normativi dai quali si desumono o per i quali si propongono. Sta di fatto che da un singolo enunciato, da una combinazione di enunciati, da un singolo testo o dall'insieme di più testi normativi possono desumersi e si desumono o ad essi possono riferirsi e si riferiscono più norme anche talora tra di esse incompatibili per cui, <<se tutti i testi normativi sono, di fatto, interpretati in modi diversi, allora tutti i testi normativi sono suscettibili di interpretazioni diverse>>. Conseguentemente, <<nessuna questione di diritto ammette *una sola* risposta corretta>> (R. GUASTINI). Fuori da ciò che propone la scienza giuridica – nel senso dapprima ricordato – non esiste una interpretazione corretta e una interpretazione scorretta od erronea. È stato acutamente osservato che <<qualificare un'interpretazione come *secundum legem* significa che essa è conforme ad un'altra interpretazione, accettata dal parlante. E, al contrario qualificare un'interpretazione come *contra legem* significa che essa è contraria ad un'altra, che il parlante considera come *lex*. Abbiamo qui una “valutazione esterna” dell'interpretazione che ha per criterio un'altra interpretazione>> (J. WRÓBLEWSKY). La conformità-disformità e quindi la compatibilità-incompatibilità intercorre sempre tra interpretazioni, tra assunzioni di significato.

Del resto, se il significato di un enunciato, di un testo, è prodotto dall'interpretazione, nessun significato vi è prima dell'interpretazione. Si potrebbe dire – ed è stato detto – che vi possa essere un'interpretazione “vera” o “corretta” ed un'interpretazione “falsa” o “scorretta”, secondo l'uso che si fa delle regole sull'interpretazione (per es. da G. ZAGREBELSKY). Ma, appunto, quali sono le (buone) regole sull'interpretazione: sono regole grammaticali-sintattiche, semantiche, pragmatiche, logiche, e così via; ma sono esse tra di loro compatibili? E quali sono le regole da seguire a preferenza di altre? Chi stabilisce la “bontà” o la “preferenza” dell'una o dell'altra di queste regole? L'uomo comune, il linguista, il logico, lo scienziato del diritto, il giurisperito, l'organo dotato di poteri decisori, il giudice, lo stesso legislatore?

Se l'interpretazione è l'operazione di attribuzione di significato ai testi normativi, ciò non implica, né esclude, che essa sia un'operazione regolabile e regolata. Ma, in ogni caso, prima

e indipendentemente dall'interpretazione (regolata o non regolata), non è concepibile alcuna norma. *Prima dell'interpretazione*, non vi sono (non vi possono essere) significati (di enunciati), ossia *non vi sono prescrizioni, statuizioni, norme*. È stato detto, icasticamente, che <<la norma (...) non "ha" un significato, per la buona ragione che "è" (null'altro che) un significato. La norma "è" il significato di un segmento di linguaggio in funzione precettiva, enunciato di un documento in lingua; o promulgato con la osservanza di certe forme (legge, sentenza) oppure esprime (magari con particolari forme di pubblicità) un certo tipo di rilevamenti (consuetudine). Per cui, ad un primo livello di generalità, se ancora si vuol parlare di "interpretazione", non si può parlare affatto di interpretazione "della norma" ma solo di interpretazione di enunciati in lingua, di documenti (di leggi, di sentenze, di raccolte di consuetudini)>> (G. TARELLO).

Si è cercato peraltro precisare che <<questa tesi non deve essere intesa nel senso che prima dell'interpretazione i testi normativi sono privi di qualsivoglia significato, ma nel senso che ogni testo normativo ne esprime potenzialmente *più d'uno*>>; e che <<l'interpretazione – interpretazione decisoria – in quanto cosa distinta dall'interpretazione cognitiva – consiste precisamente nella scelta tra una pluralità di significati>> (R. GUASTINI). Se non che la precisazione trascura la possibilità – già illustrata – che, in sede di applicazione, l'interprete "voglia" e giuridicamente "possa" – abbia il potere – di creare una nuova norma non riconducibile alla "cornice" (*Rahmen*) offerta dalla interpretazione cognitiva della scienza giuridica. Su questa base si è cercato di distinguere l'interpretazione propriamente detta dalle costruzioni dogmatiche dei giuristi che non sarebbero "interpretazioni", ma appunto "ricostruzioni dogmatiche".

Se non che, poiché l'interpretazione di singoli enunciati-testi normativi non può che essere "sistematica", occorre verificare in qual senso sia possibile distinguere, in generale, l'interpretazione dei testi normativi dalle "ricostruzioni dogmatiche" dei giuristi.

Vi sono due modi d'intendere la interpretazione sistematica. In senso lato essa designa <<non già una singola tecnica interpretativa, ma piuttosto un'intera famiglia di tecniche diverse, il cui solo tratto comune è forse quello di fare appello: (a) per un verso al *contesto* entro cui si colloca la disposizione da interpretare, e (b) per un altro verso, alla presunzione di *coerenza* (assenza di antinomie) e *congruenza* (assenza di disarmonie assiologiche) dell'ordinamento giuridico>> (R. GUASTINI).

Così intesa, <<si fa interpretazione sistematica ogniqualvolta, per decidere il significato di una disposizione, *non* si guarda alla *disposizione stessa isolatamente presa*, ma si guarda al

contesto in cui è collocata>>; ed è ovvio che <<tale contesto può essere più o meno esteso: gli altri commi di un medesimo articolo, gli altri articoli di una stessa legge, fino ad arrivare alla totalità delle disposizioni che compongono un ordinamento giuridico>> (R. GUASTINI).

Intesa in senso stretto, essa si riferisce a <<quella interpretazione che *previene le antinomie* nell'ambito di un singolo testo normativo (...) *evitando* di ricavare da una data disposizione (...) una norma che sarebbe in conflitto con un'altra norma, previamente ricavata da un'altra disposizione del *medesimo* testo normativo>>. Così, <<si fa interpretazione sistematica ogniqualvolta si esclude una certa attribuzione di significato che, se ammessa, renderebbe un testo normativo (la costituzione, una legge, un codice, etc.) internamente *incoerente*>> (R. GUASTINI).

Un esempio è offerto dall'art. 95 cpv. Cost., secondo il quale <<i>ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri>>. A prima vista, la responsabilità collegiale potrebbe specificarsi nei (e ricomprendere i) vari tipi di responsabilità conosciuti nell'ambito dell'ordinamento giuridico (politica, costituzionale, amministrativa, disciplinare, civile, penale). Ma poiché l'art. 27 al. Cost. stabilisce che <<la responsabilità penale è personale>>, il riferimento della responsabilità collegiale va ristretto agli altri tipi di responsabilità.

Altro esempio: l'art. 100 cpv. Cost. dispone che <<la Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo>>, ivi compresi, a prima vista, gli atti legislativi del Governo. Poiché però il controllo di legittimità sugli atti legislativi non può che essere un controllo di legittimità costituzionale, e tale controllo è istituzionalmente affidato alla (sola) Corte costituzionale (art. 134 Cost.), nonché, al più, al Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei <<decreti aventi valore di legge>> (art. 87, 4° cpv., Cost.), è possibile escludere gli atti legislativi del Governo dal controllo preventivo della Corte dei conti, come ha ragionato la giurisprudenza costituzionale.

Ora, però, se si considera che l'interpretazione sistematica in senso stretto, che è rivolta a prevenire antinomie nell'ambito di un singolo testo normativo (“interpretazione endosistemica”), si incentra sulla individuazione del testo come riferito ad un singolo atto normativo, non è difficile ricondurla come specie al genere della interpretazione sistematica (in senso lato) riferita anche al rapporto tra più testi-atti normativi (“interpretazione extrasistemica”), tanto più che l'interpretazione in genere degli atti normativi è rivolta a desumere il significato coerente e congruo di ogni atto normativo al fine di determinare il c.d. diritto oggettivo inteso nella sua unità.

Tutte le specie analiticamente individuale di interpretazione sistematica (esauriente rassegna in R. GUASTINI: combinato disposto, *sedes materiae*, costanza e incostanza terminologica, costruzioni dogmatiche) sono rivolte, in definitiva, a prevenire o risolvere antinomie e a prevenire o colmare lacune, ed è perciò che si servono dei diversi mezzi o argomenti interpretativi in precedenza sommariamente ricordati.

In particolare, tra gli argomenti interpretativi idonei a *prevenire* o a *colmare* le lacune si possono ricordare: l'argomento dell'intenzione (contro fattuale) del legislatore, l'*argumentum e contrario* (nella variante produttiva), l'interpretazione estensiva (*argumentum a simili e a fortiori*), l'interpretazione evolutiva. Tra gli argomenti interpretativi idonei a *prevenire* (evitare) antinomie si possono ricordare: l'interpretazione sistematica (in senso stretto), l'interpretazione adeguatrice, l'*argumentum e contrario* (nella variante interpretativa), l'interpretazione restrittiva (o della dissociazione), il criterio di specialità. Per quanto riguarda la *risoluzione* delle antinomie sono disposti strumenti positivi rivolti, a volta a volta, alla abrogazione (cessazione di efficacia, di regola, *pro futuro*), all'annullamento (dichiarazione di illegittimità) o alla disapplicazione (con effetti limitati al giudizio) degli atti normativi, secondo i vari tipi e secondo gli organi giurisdizionali competenti.

È peraltro opportuno rilevare, per ciò che concerne *le lacune*, che l'interpretazione può bensì prevenire una lacuna, ma può anche *produrla* nel qual caso è necessario (doveroso, per il giudice) colmarla. Per es., interpretando l'art. 89 al. Cost., nel senso che esso *non* si riferisca agli atti presidenziali adottati dal Capo dello Stato di propria iniziativa (in assenza di proposta ministeriale) ecco che si crea la lacuna per ciò che concerne la disciplina di questi atti (devono essere controfirmati, tutti, o alcuni sì e altri no?). Interpretando l'art. 100 cpv. Cost., nel senso che esso *non* si riferisca agli atti legislativi del Governo, ecco che per questi si crea una lacuna, colmabile applicando ad essa la disciplina del controllo da parte della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica (e non della Corte dei conti). Interpretando l'art. 75 cpv. Cost., nel senso che esso *non* prevede che le leggi costituzionali, le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, i complessi di disposizioni eterogenee (prive cioè di una "matrice nazionalmente unitarie") siano sottratte al *referendum* abrogativo, ecco che si è creata una lacuna, colmabile a traverso l'estensione (ad essi) della disciplina della sottrazione al *referendum*. Interpretando l'art. 59 cpv. Cost. restrittivamente, alla luce del principio di elettività delle Camere, nel senso che il Presidente della Repubblica *come organo* possa nominare non più di cinque senatori a vita (tal che ciascun Presidente può nominarne fino a cinque, sempre che il massimo di cinque lo consenta) si crea una lacuna del seguente tenore: *non è prevista la nomina di senatori a vita in presenza di cinque senatori a vita già nominati*.

La lacuna è colmabile (com'è accaduto in pratica sotto la presidenza Pertini) a traverso un'interpretazione forse più vicina alla lettera del testo costituzionale, secondo la quale *ciascun Presidente* (che è organo impersonale ed è il solo organo assolutamente uni-personale contemplato in Costituzione, a differenza di altri i quali, pur essendo unipersonali, come il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Senato, il Presidente del consiglio dei ministri, il Ministro della giustizia, non cessano per ciò solo dall'essere parlamentari o, rispettivamente, ministri) può nominare cinque senatori a vita. In tutti questi casi l'interpretazione si avvale dell'argomento della dissociazione, secondo il quale <<la norma si applica non a tutte le fattispecie contemplate, ma solo ad una sottoclasse di esse. Per conseguenza, la sottoclasse rimanente fuoriesce dal campo di applicazione della disposizione, e risulta (in ipotesi) del tutto priva di disciplina giuridica>> (R. GUASTINI).

Per ciò che concerne le *antinomie*, anch'esse possono essere *prodotte* dall'interpretazione, nel senso che i testi normativi possono essere interpretati come espressioni norme incompatibili. Per es. nello stesso art. 59 cpv. Cost. il sintagma "Il Presidente della Repubblica" può essere interpretato sia come "organo" o "ufficio" presidenziale, sia come designante la persona singola (infungibile – salvi impedimento permanente, morte o dimissioni – nei sette anni di mandato: artt. 85 al. e 86 cpv. Cost.) titolare d'ufficio, con la conseguenza di una antinomia (incompatibilità) tra la norma che attribuisce al Presidente il potere di nomina di tanti senatori a vita quanti lo consenta, per sottrazione dal numero di cinque, il numero dei senatori a vita già nominati; e la norma, invece, che attribuisce a ciascun Presidente in ogni caso il potere di nominarne fino a cinque.

E, d'altra parte, le antinomie possono anche essere evitate, prevenute, mediante l'interpretazione, se tra più possibilità interpretative di un enunciato, se ne prescelga una come "corretta"; ovvero se tra due o più disposizioni suscettibili di più possibilità interpretative si prescelgano quelle tra loro non incompatibili.

È perciò vero che <<l'identificazione di un'antinomia presuppone l'interpretazione: non si danno antinomie prima dell'interpretazione; un'antinomia può solo presentarsi ad interpretazione ormai avvenuta>> (R. GUASTINI). Ma non può condividersi l'ulteriore conseguenza secondo la quale <<poiché le antinomie sono frutto di interpretazione o, comunque, seguono – non precedono – l'interpretazione, ogni antinomia dischiude non propriamente un problema interpretativo, ma un problema di altra natura. Un'antinomia cioè, non può essere "risolta" per via d'interpretazione>> (R. GUASTINI). Questa perentoria negazione, sostenuta dalla <<non banale ragione che, per risolvere un'antinomia, occorre "eliminare" (...) una delle due norme in conflitto (o, magari, entrambe); e la "eliminazione" di

una norma è cosa che attiene alla produzione del diritto, piuttosto che all'interpretazione>> (R. GUASTINI), nasconde il fatto che – a parte i casi in cui è positivamente previsto un apposito strumento di caducazione (eliminazione) di una o di entrambe le norme in conflitto (abrogazione, dichiarazione di invalidità, annullamento) – è *proprio (ancora) in sede di interpretazione-applicazione* delle disposizioni normative che avviene non già la eliminazione di una norma incompatibile (antinomica) con un'altra, bensì la sua semplice “disapplicazione”, ossia la preferenza per l'applicazione dell'altra. Per altro verso – e decisamente – come mai è possibile separare e *contrapporre* l' “interpretazione” dalla “produzione” del diritto, se si definisce la prima come rivolta alla individuazione (deduzione da o proposta per gli enunciati normativi) delle norme applicabili? La interpretazione, insomma, *partecipa – non può non partecipare – alla produzione del diritto*, non meno della deliberazione dei testi normativi ad opera del “legislatore”.

Ed è appunto, sia al fine di colmare le lacune, sia al fine di risolvere le antinomie – le une e le altre logicamente “precedute” o “prodotte” dall'interpretazione – che soccorrono i diversi argomenti interpretativi che si sono passati in rapida rassegna, tra i quali spicca, nella interpretazione dei testi normativi, il criterio o argomento sistematico di cui costituiscono tipiche manifestazioni quelle c.d. costruzioni dogmatiche dei giuristi che influiscono certamente sull'interpretazione dei singoli testi normativi, condizionandola, ma che, proprio per questo, *concorrono* anch'esse alla formulazione di vere e proprie tesi interpretative, orientandole in un senso anzi che in un altro, ma che non sono affatto costruite in modo indipendente dall'interpretazione di singole disposizioni normative.

Un solo esempio: la tesi dogmatica, affermata ormai nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale, secondo la quale “il danno alla salute deve essere risarcito” discende pianamente dalla interpretazione di due fondamentali enunciati normativi: dall'art. 32 al Cost., secondo il quale <<la Repubblica tutela la salute come *fondamentale diritto* dell'individuo...>>, in combinazione con l'art. 2043 cod. civ. sul “risarcimento per fatto illecito”, per il quale <<qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno>>. Se il danno alla salute costituisce violazione di un diritto fondamentale, non vi potrà essere ragionevole dubbio che il danno alla salute, *ut sic*, debba essere risarcito.

FRANCO MODUGNO

OPERE DEGLI AUTORI CITATI NEL TESTO

- BOBBIO N., *L' analogia nella logica del diritto*, 1938, ora, a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006
- BOBBIO N., *Antinomia*, in *Nss. Dig. it.*, I, 1957
- BOBBIO N., *Analogia*, in *Nss. Dig. it.*, I, 1957
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960
- BOBBIO N., *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994
- CARCATERRA G., *Analogia*, in *Enc. Giur.*, II, 1988
- CARCATERRA G., *Del metodo della interpretazione giuridica*, 1966, ora, in nuova arricchita versione, in *Esperienze giuridiche del '900*, a cura di F. Modugno, Milano, 2000
- CHIASSONI P., *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, I *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 6^a ediz. aggiornata, a cura di F. Crisafulli, Padova, 1993
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999
- GIANFORMAGGIO L., *Analogia*, in *Dig. disc. privat.*, I, Torino, 1987
- GIANNINI M. S., *L' analogia giuridica*, in *Jus*, 1941-1942
- GIANNINI M. S., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, Roma, 1950
- GIANNINI M. S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, e in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1958
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993
- GUASTINI R., *L' interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, 1945, tr. it. di S. Cotta e G. Treves, 3^a ed. it. Milano, 1959
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, 1960, tr. it. di M. G. Losano, Torino, 1966
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, 1969, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1973
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 6^a ediz., Torino, 1985
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990
- MERKL A., *Zum Interpretationsproblem*, 1916, ora in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Milano, 1987
- MERKL A., *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, 1917, ora in *Il duplice volto del diritto*, cit.
- MODUGNO F., *L' analogia nella logica del diritto*, relazione al Convegno su "L' analogia nel pluralismo dell'esperienza giuridica", Università degli studi di Foggia, Facoltà di Giurisprudenza, 26 novembre 2010
- QUADRI R., *Dell' applicazione della legge in generale*, Art. 10-15, Bologna-Roma, 1974
- ROSS A., *On Law and Justice*, 1958, tr. it. di G. Gavazzi, Torino, 1965
- TARELLO G., *L' interpretazione della legge*, Milano, 1980
- TARELLO G., *Argomenti interpretativi*, in *Dig. disc. privat.*, I, Torino, 1987
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, 6^a ediz., Milano, 1983
- WRÓBLWSKY J., *Théorie et idéologie de l' interprétation*, in *Arch. phil. dr.*, 17, 1972
- ZAGREBELSKY G. *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, rist. agg., Torino, 1991

