

1.

DELIMITAZIONE E FINALITÀ DEL LAVORO

Il presente scritto, nel disegno originario, doveva costituire un tratto della *pars destruens* di un più ampio lavoro dedicato all'esegesi della disciplina dell'interpretazione nel diritto italiano vigente. Col lavoro diviso mi ero proposto di mostrare la persistente utilità dell'esegesi dei testi normativi nello studio del diritto e di riconfermare l'imprescindibilità dell'interpretazione nella vita dello stesso, respingendo gli argomenti (a ben vedere, sofismi), coi quali si è cercato di togliere ad essa fondamento.

Il codice civile italiano vigente, come già quello del 1865, il codice Albertino e altri codici preunitari, rientra tra quelli che dispongono una disciplina dell'interpretazione della legge. Il dato, per chi crede nello stato di diritto (nella soggezione del giudice e in generale dell'interprete alla legge) rende necessaria l'esegesi di tale disciplina per lo studio dell'attività ermeneutica e per l'applicazione del diritto, previa la necessaria interpretazione, nel sistema italiano vigente.

Si sono tuttavia teorizzate sia l'«impossibilità di concepire norme giuridiche sull'interpretazione», sia l'impossibilità di discernere tra «interpretazione corretta» e «interpretazione sbagliata»¹.

¹) Entrambe le rappresentazioni sono tratte da R. SACCO. La prima riproduce il titolo di una sezione del § 2 («se l'interpretazione sia regolata da norme giuridiche»: cfr. *Indice*, p. 173) della parte prima della monografia *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947 (ristampata nel 2003 con *Pre-*

Forse neppure gli autori di queste teorizzazioni ne hanno compiutamente considerate le dirampenti implicazioni. Si può prescindere, nell'approccio iniziale, dallo sviluppo dell'esame critico, proponendo soltanto alcuni interrogativi: se non è possibile distinguere tra interpretazione corretta e interpretazione sbagliata, a che cosa servono più gradi di giudizio? A cosa serve la graduazione tra giudici monocratici e giudici collegiali? A cosa servono gli stessi giudici togati e il complesso normativo sull' «ordinamento giurisdizionale» e la «giurisdizione», a cui la Carta costituzionale italiana ha dedicato il titolo quarto (la «magistratura») della parte seconda («ordinamento repubblicano») ² ? Se, dopo aver frequentato con profitto i corsi universitari e aver continuato ad occuparsi del diritto tutta la vita, non si è lo stesso in grado di dire, non eccezionalmente, ma in via normale, se una soluzione è corretta o sbagliata, a cosa servono l'insegnamento e lo studio del diritto, i professori, le cattedre universitarie, i concorsi per ricoprirle, le facoltà

fazione di A. GAMBARO). Le locuzioni «l'interpretazione corretta» e «l'interpretazione sbagliata» compongono il titolo del capitolo quinto della parte dedicata a *L'interpretazione* in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in «Trattato di diritto civile» (diretto da R. SACCO), Torino, 1999, p. 159 ss. In un altro scritto (*La dottrina, fonte del diritto*, in «Studi G. Tarello», II, Milano, 1990, p. 456 s.) il Sacco afferma l'avvenuto chiarimento, «con una logica inespugnabile», della seconda impossibilità menzionata nel testo, ad opera di P.G. MONATERI, «*Legal doctrine as a source of law. A transnational factor and a historical paradox*», in «Italian National Reports to the XIIth I.C.C.L. (Sidney, 1986)», Milano, 1986, p. 24 ss.; si veda, di questo stesso autore, *Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi del diritto comparato)* in «Rivista di Diritto Civile», XXXII.1, 1987, p. 593 s. Severa critica in F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XLIX, 1995, p. 20 ss. e nt. 25, p. 57 s. e nt. 69.

²) Nell'ambito delle «norme sulla giurisdizione», è da segnalare, nella prospettiva considerata, il dovere di motivare «tutti i provvedimenti giurisdizionali» (art. 111, comma 1).

e le biblioteche giuridiche? Se non è percepibile il significato delle norme, a cosa serve modificarle o emanarne delle nuove? A cosa servono in generale le leggi?

Fortunatamente l'asserita «indecidibilità essenziale»³ in campo giuridico è un paradosso (un'idea a cui non sembra estraneo, in alcuni autori, il desiderio di stupire), non un dato della realtà. Anche i non giuristi sanno che la somma di denaro ricevuta a mutuo deve essere restituita, che l'anello venduto e consegnato, con contestuale pagamento, all'acquirente non appartiene più al venditore, che è vietato commettere omicidi, rubare, rendere falsa testimonianza. Ovviamente si presentano casi controversi, di difficile soluzione, incerti. L'incertezza può dipendere da dati fattuali come giuridici. Sotto il primo profilo può accadere, ad esempio, che risulti difficilissimo stabilire se l'uccisione di un uomo sia avvenuta o non avvenuta per legittima difesa ovvero se per caso fortuito o per una diabolica macchinazione⁴. In merito al secondo profilo possono vedersi, a titolo di esempio, i casi selezionati da Dworkin per il diritto americano (uno per il diritto inglese)⁵, con l'avvertenza, tuttavia, che le considerazioni svolte in ordine ad essi dall'autore non sono generalizzabili, non valgono cioè in ogni ca-

³) L'espressione è di P.G. MONATERI, «*Correct our Watches by the public clocks*». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in «Diritto, giustizia e interpretazione» (cur. J. DERRIDA, G. VATTIMO), Roma-Bari, 1998, p. 204 e 206. L'ispirazione deriva peraltro da J. DERRIDA, *Diritto alla giustizia*, in «Diritto», cit., p. 3 ss. (trad. it. da *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, 1994; cfr. M. BUSSANI, *Circostanze*, in «Diritto», cit. p. VI). Si vedano gli appropriati rilievi critici di L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LIII, 1999, p. 353 ss.

⁴) Casi famosi delle cronache mostrano che può pure essere incerto se si tratti di omicidio o suicidio.

⁵) R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), 1986, trad. it. – *L'impero del diritto* (cur. S. FREGA) –, Milano, 1989, p. 20 ss.

so per tutti gli ordinamenti: penso in particolare a quelli dell'Europa continentale e specificamente a quello italiano. Spesso l'incertezza dipende dalla mancata previsione legislativa o anche, nel mondo anglosassone, dall'assenza di precedenti. Tuttavia i casi incerti e gli stessi errori di giudizio ⁶ non eliminano (non hanno finora eliminato, nell'esperienza umana) l'esigenza del diritto.

Credo si debba dire fin d'ora che le teorie non vanno costruite sulle eccezioni, sulla loro enfaticizzazione a scapito, come si dice, dell' *'id quod plerumque accidit'*, e che, nel costruirle, non si devono rimuovere i dati della realtà.

Se fosse vero che «l'atto ermeneutico non può, come tale, essere soggetto a norme» ⁷ (intendo sia poste dalla legge che da altra fonte riconosciuta), sarebbe aperta la strada, così com'è stato teorizzato, all'arbitrio dell'interprete (*in primis* del giudice), col solo limite del *self-restraint* dello stesso interprete. Si tratta – è stato precisato – «di un limite soggettivo, aleatorio, ... dettato dallo stile e dalle mode ... che vale (per chi dice che vale) per quel che vale» ⁸. Con altra rappresentazione è stato esplicitato che l'interpretazione, in campo giuridico, è affabulazione, che nel diritto non si interpreta, ma si decide e che, in questa operazione, «non può esserci ... nessuna scelta per il candore» ⁹.

Viene così non solo eliminato lo stato di diritto, ma viene in qualche modo rinnegata l'idea stessa di diritto, quale tramandata nella nostra tradizione e testimoniata anche al di fuori di essa nella storia umana: mi riferisco all'ispirazione profonda del codice di

⁶) Come pure il fatto che, ad esempio, molti furti rimangono impuniti.

⁷) SACCO, *Il concetto*, cit., p. 16.

⁸) G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996. La frase citata è tratta dalla parte finale del *Congedo*, p. 220. Il testo di quest'ultimo è riprodotto, col titolo *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, in «Diritto, giustizia e interpretazione», cit., p. 207 ss.

⁹) MONATERI, *Correct our Watches*, cit., *passim* e in particolare p. 206.

Hammurabi, come delle XII Tavole, dell'editto del pretore, come della compilazione giustiniana e dei codici moderni. Il diritto non consiste solo di regole o norme, ma si estrinseca in esse; la loro diversa formazione e concezione non tocca la ragione di fondo che le ha determinate: trattare allo stesso modo le serie di casi che rientrano in ciascuna di esse. L'eguaglianza è quindi connaturata alle origini stesse del diritto, se pure non sono mancate, nel corso della storia, distorsioni: l'impiego, da parte dell'uomo, autore del diritto, delle regole in cui esso si concreta, per porre in essere discriminazioni¹⁰.

La teoria del diritto non può essere modellata sulle sue distorsioni, se pure, nell'elaborarla, se ne deve tener conto. D'altro canto deve essere respinta, prima ancora che per ragioni di ordine morale, per difetto di rispondenza alla realtà, la visione dell'organizzazione del diritto (della quale sono al presente elementi il parlamento, la magistratura, i pubblici uffici, le facoltà giuridiche, etc.) come una gigantesca mistificazione, se pure posta in essere per fini apprezzabili: secondo un'enunciazione del Monateri, per evitare «conflitti sociali insanabili»¹¹.

Non nascondo inoltre la mia preoccupazione per un futuro in cui trovino attuazione le idee accennate, in cui cioè, come descrive il Monateri, «il diritto» sia ridotto a «un gioco strategico tra legislatori, giudici e altri interpreti», nel quale «le scelte 'candide'

¹⁰) Il diritto assicura sempre, con le regole poste, una eguaglianza formale. L'eguaglianza sostanziale, dipendente dal contenuto delle stesse (dalle scelte compiute nel porle), è stata ed è tuttora una faticosa conquista nella storia umana.

¹¹) MONATERI, *Correct our Watches*, cit., p. 190. Lo stesso studioso ritiene che la mistificazione non sia percepita dai suoi protagonisti (è implicito che, per scoprirla, sarebbero necessari gli impulsi delle teorizzazioni richiamate o gli occhi dei loro autori). Tale mancata percezione non appare peraltro in sintonia col fine per il quale sarebbe posta in essere l'affabulazione.

sono bandite»¹². Pavento, per le generazioni che verranno (per i miei figli e i figli dei miei figli), l'assunzione al compito di legislatore di persone che si reputino svincolate dai supremi criteri ispiratori del diritto ed all'ufficio di giudice di persone che non si ritengano soggette alle scelte legislative (purché operate nel rispetto dei suddetti supremi criteri). Vedo in tutto ciò la negazione della civiltà giuridica, il rifiuto della ragione nella disciplina dei rapporti umani. E vedo, in coerenza, un cattivo insegnamento nelle teorizzazioni che sospingono i giovani in tale direzione.

Emergono chiari, dal mio punto di vista, l'ispirazione e, in parte, gli scopi del lavoro progettato¹³. Tuttavia l'età avanzata, con la connessa diminuita capacità lavorativa e le altre limitazioni che l'accompagnano, mi hanno indotto a rivedere il disegno originario: a rinunciare per ora a una trattazione organica, affrontando via via (per quanto mi sarà possibile) singoli punti¹⁴.

¹²) MONATERI, *Correct our Watches*, cit., p. 206.

¹³) Non ho finora parlato dell'utilità (vorrei dire dell'indispensabilità) della considerazione non superficiale della nostra tradizione, risalente al diritto romano, per la percezione e il superamento di difficoltà presenti nel nostro attuale sistema e sapere giuridico. Come si vedrà, in settori fondamentali, quale quello dell'interpretazione, tale utilità non è surrogabile da quella offerta dalla comparazione. In ogni caso l'apporto storico e quello comparatistico (tra i quali esistono, insieme a differenze, punti di contatto) devono essere combinati.

¹⁴) Sull'interpretazione nel campo del diritto civile si veda la recente messa a punto di P. SCHLESINGER, *Interpretazione della legge civile e prassi delle corti*, in «Rivista di Diritto Civile», XLVIII.1, 2002, p. 531 ss., con *Bibliografia*, p. 543 s. Altro e più ampio quadro bibliografico è delineato da SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 159 ss. (per le lacune e l'analogia si vedano le integrazioni, p. 284 s., nt. 2, 4 e 6). *Adde* specialmente «L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo» (cur. A. PALAZZO), Napoli, 2001, e «L'interpretazione e il giurista», in «Diritto privato. 2001-2002», VII-VIII, Padova, 2003 (cfr. *Foglio di presentazione* di G. FURGIUELE, p. IX ss.); per l'analogia, A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, in «Diritto privato», cit., p. 557 ss., e M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003.

Come adombrato nel titolo, ho scelto, quale primo punto, la critica della riduzione dell'interpretazione, in campo giuridico, ad affabulazione.