

2.

LA TESI DELL'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO COME «AFFABULAZIONE», ENUNCIATA DA PIER GIUSEPPE MONATERI, HA RADICE IN POSIZIONI DEL SUO MAESTRO RODOLFO SACCO, DALLE QUALI SI DISSENTE

La tesi accennata, che mi accingo a sottoporre ad esame critico, è stata esposta con particolare incisività, tra i giuristi, da Pier Giuseppe Monateri, allievo di Rodolfo Sacco. Forse, tra i molti allievi di questo studioso, il Monateri è quello a lui più vicino nell'ispirazione e nel metodo.

L'interpretazione è uno dei temi cari a Rodolfo Sacco, che ha dedicato ad essa una monografia giovanile e, dopo altri saggi, la trattazione organica nel «Trattato di diritto civile» da lui stesso diretto¹⁵. Per altro verso è stata affidata al Monateri, nella medesima opera, la parte, strettamente connessa, relativa a «I grandi interpreti (La dottrina e La giurisprudenza)»¹⁶.

Le teorie di Sacco sull'interpretazione e il tema ad essa vicino del diritto non scritto meritano un esame approfondito, che qui posso soltanto auspicare, limitandomi alle considerazioni di alcuni

¹⁵) Cfr. *supra*, nt. 1. Adde R. SACCO, *Alcune novità in materia di interpretazione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», V, 1951, p. 748 ss., e *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete*, in «Diritto, giustizia e interpretazione», cit., p. 111 ss.

¹⁶) P.G. MONATERI, *I grandi interpreti*, in ALPA, GUARNERI, MONATERI, PASCUZZI, SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, cit., p. 419 ss.

elementi ed aspetti che consentono di percepire le radici della tesi in oggetto del Monateri.

A) Sacco cita una grande copia di dati, sia storici che comparatistici, mostrando peraltro alquanto disinvoltura nel rappresentarli e utilizzarli. Quelli relativi al diritto romano, dei quali ho sufficiente conoscenza, vengono in più casi appiattiti, non senza distorsioni, nello sviluppo delineato.

Riferisco, come esempio, il brano che segue.

«Il diritto cinese tradizionale constava di due metà che avevano poco in comune l'una con l'altra. Il diritto pubblico era fissato, scritto e applicato alla luce del sole dagli organi dello Stato, mentre il diritto privato non era statuale ... Il discorso da fare è diverso per le società che hanno assorbito e rielaborato i modelli mesopotamico e egiziano ..., modelli che «sono stati maneggiati dai Persiani, da Alessandro, dai Romani e Bizantini, dai Russi e dai Turchi ... I Romani hanno fruito di un diritto pubblico semplice – potremmo dire rudimentale –; ma il potere imperiale ha rivolto la sua attenzione al diritto privato e ai meccanismi istituzionali e procedurali che ne assicuravano l'applicazione. La struttura urbana, che aveva preceduto l'edificazione dell'impero, utilizzava organi giudiziari ben strutturati, capaci di assicurare l'applicazione di un diritto le cui regole erano chiaramente fissate»¹⁷.

Mi rendo conto che, in una trattazione macrostorica, si perdono i dettagli. Nel caso peraltro la semplificazione sconfinava in una generalizzazione riempibile con una eccessiva varietà di contenuti. E, per l'esperienza romana, non risulta riconoscibile il diritto esistito.

Sorvolo sull'assorbimento e la rielaborazione, in nessun modo documentati, dei modelli mesopotamico ed egiziano da parte

¹⁷) R. SACCO, *Il diritto non scritto*, ivi, p. 39.

dei Romani e sull'asserita semplicità – sul carattere rudimentale – del diritto pubblico romano, in contrasto, per la stessa fase preimperiale (sistema repubblicano), con la nota ammirata valutazione espressa da Polibio¹⁸, concentrando l'attenzione sulla frase finale, aspirante a rappresentare il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato prima dell'«edificazione dell'impero». L'affermazione dell'utilizzazione, da parte della «struttura urbana», di «organi giudiziari ben strutturati» non rende certo l'idea (a prescindere dal passaggio dal sistema delle *legis actiones* a quello formulare) del complesso meccanismo dell'amministrazione della giustizia a Roma, basato sulla distinzione tra funzione giurisdizionale (*iurisdictio*: individuazione del diritto da applicare nel caso), esercitata da un magistrato munito di *imperium* (dapprima i consoli, quindi il pretore) e funzione giudicante (*iudicatio*), attribuita di norma a privati. Similmente la successiva asserzione della capacità, riconosciuta agli «organi giudiziari», di «assicurare l'applicazione di un diritto, le cui regole erano chiaramente fissate», non può dirsi rappresentativa del diritto romano nell'epoca considerata. Risulta ignorato uno degli elementi più significativi dell'esperienza giuridica romana, rappresentato dall'*officium* svolto dal pretore per la salvaguardia dell'*aequum* ed esplicitandosi sia nella pronuncia, in casi concreti, di un *ius* diverso da quello in vigore, sia nell'inserzione nell'editto, annoverato tra le fonti del diritto, di nuovi mezzi processuali. Com'è noto, attraverso l'adempimento del proprio *officium* i successivi pretori rafforzarono, integrarono e corressero il diritto posto dalle *leges* e dai *mores* in modo da adeguarlo all'*aequum*. Le mo-

¹⁸) Com'è noto, lo storico greco, dopo aver esaminato le competenze dei fondamentali organi repubblicani (consolato, senato, assemblee popolari) e i rapporti fra essi intercorrenti, esprime il giudizio (*hist.* 6.18.1) che non si trova (a sua conoscenza) sistema politico superiore a quello romano (cfr. l'impostazione del discorso in *hist.* 6.11.11-12).

difiche dovute al pretore, come quelle recate dalla recezione ‘*moribus*’, sono da riconnettere alle profonde trasformazioni verificatesi nella produzione e circolazione dei beni, nell’assetto sociale, nelle concezioni e nel tenore di vita. Si profila il quadro di un diritto non statico, ma in movimento, non precostituito, ma in via di formazione. Si pensi, a titolo di esempio, alla scomparsa per desuetudine delle antiche forme testamentarie ed all’introduzione di una nuova, all’elaborazione, a lato della proprietà, di nuove figure di diritti reali (servitù e usufrutto), all’individuazione di nuovi tipi contrattuali (*bonae fidei iudicia*), adatti al commercio con gli stranieri, unita all’estensione ai medesimi della *stipulatio* (nelle forme diverse dal verbo ‘*spondere*’).

Il discorso del Sacco non sembra inoltre rispecchiare il ruolo avuto dai giuristi romani nell’epoca considerata e, più specificamente, il fatto che la produzione del diritto ‘*moribus*’, da essi guidata, dava spazi alla formazione di *ius controversum*.

Nella rappresentazione dello studioso il diritto romano appare ad un tempo vago ed alterato.

B) Sacco ha dedicato attenzione a dati storici scelti (che hanno sollecitato il suo interesse). A proposito del diritto non scritto egli ha rilevato la sopravvivenza, in diritti odierni, di residui della «cultura dei cacciatori e raccoglitori (propria del neolitico)», spiegando che «ciò che il raccoglitore ha potuto salvaguardare delle sue ragioni di fronte all’agricoltore in continua avanzata è giunto a noi assistito dall’assetto formale consuetudinario che ovviamente lo caratterizza fin dall’inizio»¹⁹.

Lo studioso ha viceversa trascurato, se non rimosso, le sopravvivenze derivate dall’esperienza romana e l’influenza da essa esercitata sullo sviluppo successivo, con effetti ancora perduranti

¹⁹⁾ SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 20.

nel nostro diritto e nella nostra dottrina. Il riconoscimento che la «scienza (ossia ... conoscenza critica) del diritto» è nata «nell'antica Roma» e che «un indice attendibile» di questa «nascita ... è offerto dalla nascita di una dottrina dell'interpretazione»²⁰ coesiste, nei suoi scritti, con l'indicato atteggiamento. Eppure nell'esperienza giuridica romana si sono prodotti, in campo giuridico, mutamenti la cui influenza persiste, come ho detto (talora anche in senso negativo), nel nostro attuale diritto e nella nostra attuale dottrina.

Ne richiamo alcuni aventi attinenza con la materia dell'interpretazione:

- il distacco, operatosi in età imperiale, tra l'interpretazione e la formazione consuetudinaria: la connessione tra i due fenomeni, pur persistente nella realtà, non è più stata recuperata a livello dottrinale (il Sacco ha recato contributi in argomento, pur senza l'esatta percezione dei precedenti storici);
- la prima codificazione (quella dell'editto) aspirante a completezza: ad essa si accompagnò, per quanto qui interessa, la prescrizione dell'analogia per i casi non previsti (nascita, in connessione con la codificazione, della doverosità dell'analogia)²¹;
- la riunione in un unico organo della *iurisdictio* e della *iudicatio*: il disegno, implicito nell'operazione, di eliminare la *iurisdictio*²² dalla funzione giudiziaria, non ha trovato realizzazione nell'attività concreta; la mancata percezione del dato è alla base di secolari

²⁰) SACCO, *L'interpretazione*, cit. p. 159.

²¹) Il dato, di grande rilevanza, suole, ad esempio, essere trascurato nella comparazione dell'attività ermeneutica tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, nei quali, a differenza dei primi, non esiste per il giudice (e, quindi, per l'interprete) il dovere dell'analogia.

²²) Il potere-dovere, in cui essa si estrinsecava, di pronunciare, per la salvaguardia dell' *'aequum'*, un *ius* diverso da quello previsto dalle fonti ufficiali (rappresentate, nell'esperienza romana, dalle *leges* e fonti equiparate e dai *mores*).

- dibattiti e contrasti su tale funzione: se essa sia solo ricognitiva oppure, e in quale misura, creativa;
- il tentativo di Giustiniano di trasfondere la dottrina nella legge (di renderla tale: nella compilazione da lui disposta sono *leges* anche i *Digesta* e le *Institutiones*), riservandone la futura elaborazione all'autorità imperiale; la commistione così determinata tra legge e dottrina non è più venuta meno nell'esperienza posteriore, compresa la fase recente delle codificazioni (in particolare il codice civile tedesco ha recepito in alto grado elementi dottrinali), nonostante l'abbandono della visione romana del diritto come *ars* e il trionfo, in suo luogo, di quella come norma (complesso di norme); ne è derivato un equivoco infinito sul ruolo dell'elaborazione dottrinale nel diritto (altro tema a cui il Sacco, con la limitazione ricordata, si è dedicato).

Come si mostrerà più avanti²³, dati risalenti a diverse fasi dell'esperienza romana (in tema di recezione '*moribus*' e sussunzione della dottrina nella legge), unitamente alle implicazioni del fatto che l'interpretazione della legge è disciplinata in una serie di codici, fra cui quello civile italiano vigente, mentre non lo è in altri, quali il «Code civil» e il «BGB.», essendo nondimeno sottoposta a regole (non scritte) nei rispettivi ordinamenti, mostrano, da un lato, che le elaborazioni dottrinali generalmente recepite fanno parte del diritto (sono in effetti utilizzate dai giudici come le norme, per la soluzione dei casi) e aiutano, dall'altro, a meglio percepire il fenomeno sottostante al problema a cui si è cercato di dare soluzione dal Sacco e dall'Esser con la teoria della precomprensione.

C) Il Sacco svaluta le «regole positive» dettate dal legislatore italiano per l'interpretazione. La sua svalutazione non è dovuta al da-

²³) Nel § 5.

to oggettivo che tali regole non disciplinano l'interpretazione del diritto, ma solo quella della legge. Essa scaturisce dalla sua teorizzazione dell'attività ermeneutica. Già nel lavoro giovanile in materia egli contestava la persuasività della «figura delle norme autointerpretative», ponendo l'interrogativo: «come può una norma regolare la propria interpretazione quando ancora non è interpretata, e non è quindi perfettamente nota?». L'interrogativo costituisce una sorta di corollario della tesi sostenuta in punto della «impossibilità che tutta l'attività ermeneutica sia regolata da norme», come si ricaverebbe dai fatti concomitanti «che non si può definire con norme il significato di ogni parola presente nella dichiarazione normativa e, via via, di ogni parola presente nella definizione» e che «non si può regolare con norme la interpretazione delle norme ermeneutiche stesse, e, progressivamente, con altre norme, quella di queste nuove norme ermeneutiche»²⁴.

Emerge l'estrosità dello studioso, esplicantesi nell'attenzione ad aspetti celati o solitamente trascurati, non importa se marginali o comunque non determinanti, del fenomeno studiato. Il rigore dell'argomentazione non elimina, anzi accentua il difetto insito nel riferimento delle conclusioni all'intero fenomeno.

Le difficoltà rilevate dall'autore nella disciplina legislativa dell'interpretazione della legge appaiono superabili nella stessa prospettiva da lui sostenuta (e a mio avviso da rivedere) della precomprensione, secondo la quale, infatti, l'interprete ha già un'idea del significato delle parole contenute nella norma oggetto della sua attività ermeneutica²⁵. Lo studioso stesso si colloca ora tra

²⁴) SACCO, *Il concetto*, cit., p. 18 e n. 24. Il discorso riferito fa parte della dimostrazione, perseguita dallo studioso (cfr. *op. cit.*, p. 16), che «l'atto ermeneutico non può, come tale, essere soggetto a norme (ed anzi, non può presupporre norme)»

²⁵) Nella prospettiva della precomprensione, questa vale per l'interpretazione di tutte le norme, anche di quelle che ne dispongono la disciplina.

quelli che ammettono, addirittura «senza farsi problemi, che l'interprete sia soggetto alle regole dettate dal legislatore»²⁶.

La verità è che il Sacco non crede all'utilità di regole legislative sull'interpretazione. «Noi non ci attendiamo» – egli scrive – che tali regole «siano quelle cui l'interprete si rivolge fiducioso, quelle che illuminano ogni oscurità dei testi, quelle che determinano in modo univoco il senso da dare al testo oscuro. Le regole sull'interpretazione non presentano se non un aiuto trascurabile. Può darsi che valgano a prevenire qualche interpretazione del tutto stram-

²⁶) SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 266 e nt. 6. E' difficile non riconoscere, nonostante la negazione dello studioso, un mutamento tra la rappresentazione citata e quella della tesi sostenuta in *Il concetto*, cit., p. 13 ss. L'allievo Antonio Gambaro, nella *Premessa* alla ristampa di quest'opera, nota (p. XXVI) che «certo, oggi, Sacco non ripeterebbe più che il testo legislativo è un foglio sporcato di inchiostro, altrimenti non si comprenderebbe perché non sia tale anche la sentenza del giudice o lo scritto del professore». A mio parere, Sacco ha rivisto alcune enunciazioni, ma ha mantenuto la sostanza del proprio pensiero. Il riconoscimento della soggezione dell'interprete alle regole legislative sull'interpretazione resta un vano eloquio finché si ritiene impossibile discernere tra interpretazione corretta e interpretazione sbagliata. Questa impossibilità presuppone l'inconoscibilità del contenuto normativo. E non si può essere soggetti a un contenuto normativo ignoto, così come non se ne può fare applicazione, se non casualmente. Nella riflessione citata del Gambaro coglierei una reazione alle crescenti dissacrazioni del linguaggio e della legge, confluenti nell'asserita inconoscibilità della seconda. Non mancano norme disapplicate, come non mancano norme imprecise, imperfette, lacunose. Tuttavia di regola le innovazioni legislative, illustrate in libri, riviste, giornali, determinano consapevoli mutamenti nei rapporti e comportamenti umani. Sembra oscillante la posizione di SCHLESINGER, *Interpretazione*, cit., p. 531, il quale, dopo aver affermato che la «svolta linguistica» verificatasi nel XX secolo «ci ha resi avvertiti che il linguaggio non ha un significato oggettivo, risultando costituito da segni suscettibili di infinite trame interpretative», rileva che «l'equivocità del linguaggio ci consegna al rischio dell'incomprensione, se non addirittura dell'incomunicabilità» e che «si rafforza il bisogno di sicurezza e di ordine, per sfuggire all'ansia di cadere preda del caos e dell'arbitrio».

palata. Non vanno oltre». Nel profondo lo studioso continua a rifiutare ogni intervento legislativo sull'attività ermeneutica, ritenendo che essa debba essere svincolata da imposizioni autoritative.

La sfiducia da lui manifestata nei confronti della disciplina legislativa dell'interpretazione appare preconcepita²⁷. Egli infatti la critica senza sottoporla ad esegesi e trascura, nella sua sfera, l'articolo 13²⁸, il quale – a prescindere dalla sua ritenuta sopravvivenza, in ambiti determinati, alla soppressione dell'ordinamento corporativo²⁹ – presenta indubbia utilità ai fini della determinazione, in tale sfera, del controverso contenuto dell'art. 14, relativo alla «applicazione delle norme penali ed eccezionali»³⁰.

Il carattere preconcepito della sfiducia indicata è confermato dalla presa di posizione dello studioso, e dal tono con cui la esprime, nei riguardi dell'applicabilità alla Carta costituzionale della disciplina dell'interpretazione. Egli afferma in modo reciso che il

²⁷) Come altri autori, il Sacco non sembra rendersi conto della necessità delle regole ermeneutiche per la vita del diritto: per assicurare l'uniformità delle soluzioni dei casi (la concreta attuazione del supremo criterio dell'uguaglianza). Tali regole esistono anche negli ordinamenti nei quali difetta una disciplina legislativa dell'interpretazione. La loro elaborazione è stata e deve continuare ad essere (senza l'esclusione di messe a punto legislative) appannaggio della dottrina. Esse sono un po' come l'aria: si trascura la loro necessità proprio perché esistono e sono generalmente osservate (si pensi, per il nostro diritto positivo, alla prescrizione, in via generale, dell'analogia e alla sua esclusione per le norme penali). Le regole ermeneutiche rientrano tra gli elementi del nostro patrimonio tradizionale, alla cui persistenza e rilevanza, nell'esperienza attuale, si presta troppa poca attenzione.

²⁸) Nell'esame delle «regole positive», R. SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 267 ss. e 285 ss., non considera il contesto (non svolge, in coerenza alle sue convinzioni, l'interpretazione sistematica).

²⁹) Cfr. R. GUASTINI, *ad art. 14 disp. prel.*, in «Commentario al Codice Civile» (*dir.* P. CENDON), I, Torino, 1991, p. 71.

³⁰) Si vedano rilievi più puntuali in F. GALLO, *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle «disposizioni sulla legge in generale»*, in «Rivista di Diritto Civile», XLVII.1, 2001, in particolare p. 4.

problema non merita di essere posto, indicandone la ragione, quasi in termini di sfida, con l'interrogativo retorico: «Qual è quell'articolo della Costituzione, la cui interpretazione può variare in ragione dell'applicabilità degli artt. 12 e 14 al testo costituzionale?»³¹.

Chiaramente il Sacco ha espresso il proprio giudizio, senza il supporto della previa analisi testuale, in cui mostra di non credere. L'infondatezza di esso offre una riprova della necessità di reagire all'andazzo, in molti autori seguito pedissequamente, secondo cui l'esegesi degli enunciati normativi (*in primis* di quelli della Carta costituzionale) è un'operazione superata e superflua.

La Costituzione non è al centro dei miei studi. Ho avuto tuttavia varie occasioni di occuparmene sia su singoli punti, sia con visione aspirante alla completezza, constatando ogni volta la necessità dell'esegesi testuale per la comprensione dei precetti considerati, come per respingere interpretazioni inadeguate. Ovviamente io credo, a differenza del Sacco, nell'esistenza di interpretazioni corrette e di interpretazioni sbagliate o quanto meno, sotto il profilo labeoniano del plausibile, in interpretazioni preferibili ad altre (più plausibili o meno plausibili), sulla base dei dati ed argomenti al momento conosciuti e fatti valere, ritenuti suscettibili, in astratto, di nuovi apporti e valutazioni³².

³¹) R. SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 268. Cfr. da ultimo, in senso diverso, G. AZZARITI, *Discussant* – di A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in «L'interpretazione della legge» (cur. PALAZZO), cit., p. 215 ss. –, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, ivi, p. 243.

³²) Il concetto era espresso da Labeone col segno greco $\pi\theta\alpha\nu\acute{o}\nu$, la cui rigida interpretazione come proposizione (o soluzione) plausibile sembra essere riduttiva. Nel concetto labeoniano concorrevano verosimilmente entrambe i significati di $\pi\theta\alpha\nu\acute{o}\varsigma$ quello di «persuasivo» e quello di «verosimile», «credibile», «plausibile». Si veda, sul tema, con altre citazioni bibliografiche, C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 316 ss. Presenta analogie col $\pi\theta\alpha\nu\acute{o}\nu$ labeoniano l'idea di L. MENGONI, *Le aporie*, cit., p. 355: «Le regole dell'argomentazione

Assumo, quale esempio, l'art. 25, comma 2, della Costituzione, di cui mi occupai in uno scritto degli anni '80 sulla disciplina del cd. condono edilizio disposto nella legge 28.2.1985 n. 47³³.

Secondo l'interpretazione allora sostenuta da autorevoli costituzionalisti e penalisti e suffragata anche da pronunce della Corte costituzionale, la doppia garanzia stabilita dal precetto enunciato nel comma in esame avrebbe riguardato soltanto l'area delle norme penali (delle sanzioni con esse irrogate). Sulla scorta dei comuni canoni ermeneutici (lettera, storia, collocazione sistematica, *ratio*), pervenni invece a sostenere che il precetto aveva una più ampia sfera di applicazione, abbracciante in particolare le sanzioni amministrative, notando al riguardo che proprio quelle comminate dalla legge n. 47/1985 (giungenti all'acquisizione gratuita al Comune dell'edificio abusivamente costruito e dell'area di sedime ampliata fino a dieci volte) si concretavano in una punizione ben più grave, sia sul piano oggettivo che nei riflessi soggettivi, rispetto alla sanzione penale dell'ammenda, consistente allora anche in poche migliaia di lire (oggi in alcuni euro).

Nel percorso ermeneutico richiamato osservavo fra l'altro: «La restrizione alla sfera penale» del precetto costituzionale in esame «contrastava non solo col significato, più ampio, di punire» (infliggere una sanzione per una violazione commessa) «ma anche con un altro dato testuale solitamente trascurato: nella norma l'oggetto della punizione non è espresso con «reato», bensì con «fatto commesso». Insomma tale restrizione non può dirsi consona al si-

giuridica ... soddisfano almeno l'aspettativa di un esito ragionevole del giudizio, di una decisione fondata su ragioni dialetticamente soppesate come più plausibili, e quindi migliori di altre».

³³) F. GALLO, *Aspetti inquietanti della disciplina del c.d. condono edilizio: violazione dello «status» di cittadino*, in «Giurisprudenza Italiana», CXXXIX.4, 1987, c. 321 ss. (ripubblicato in F. GALLO, *Opuscula selecta* [cur. F. BONA, M. MIGLIETTA], Padova, 1999, p. 427 ss.).

gnificato proprio delle parole secondo la loro connessione (art. 12 disposizioni sulla legge in generale) ...». In altri termini «l'interpretazione ... contestata del precetto costituzionale restringe ... la punizione alla sola punizione con sanzioni penali e il fatto commesso al solo reato», in contrasto con il relativo tenore, sia valutato per se stesso, sia rapportato a quello degli artt. 1 e 2, comma 1, del codice penale, in entrambi i quali il fatto commesso è per contro qualificato come reato ³⁴.

Riconsiderata ora la questione, anche al lume dei supremi criteri ispiratori del diritto, costituiti dall'uguaglianza e dalla ragionevolezza, continuo a ritenere corretta l'interpretazione da me sostenuta e sbagliata quella respinta: nella più raffinata prospettiva sopra menzionata di Labeone, a giudicare la prima interpretazione più plausibile, e perciò preferibile, rispetto alla seconda, sulla base del complesso dei dati presi in considerazione ³⁵.

Il Sacco nega che la Carta costituzionale abbia modificato la preesistente disciplina dell'interpretazione della legge e che abbia influito in via generale sull'attività interpretativa. A suo parere «le ambivalenti suggestioni del testo costituzionale, per quanto utili in qualche caso, verranno sfruttate solo in modo marginale» ³⁶.

La frase citata non contiene un'argomentazione, ma una valutazione aprioristica. L'ambivalenza del testo costituzionale è asserita, ma non dimostrata; in assenza dell'indicazione di quali precetti si presentino ambivalenti, tutti dovrebbero reputarsi tali. La visione della Carta costituzionale come suscitatrice di suggestioni è riduttiva e fuorviante. E' certo che tale Carta ha delineato un

³⁴) GALLO, *Aspetti inquietanti*, cit., p. 463 e nt. 90 e 92.

³⁵) La prospettiva labeoniana non è del resto configgente con quella della certezza, nel senso che tenderebbe ad escluderla, ma piuttosto la integra: dalla certezza si passa cioè gradualmente alla plausibilità. E persistono, anche negli ordinamenti a base legislativa, casi per i quali si ha *ius controversum*.

³⁶) SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 269.

nuovo ordinamento, stabilendo principii che ne reggono settori o lo permeano per intero, ai quali è sottoposto, in una con l'interprete, il legislatore ordinario. I mutamenti da essa recati hanno così congiuntamente investito la produzione e l'interpretazione del diritto.

Sottolineo un punto. L'art. 1 della legge 30.1.1941, n. 14, sul «valore giuridico della Carta del lavoro», aveva stabilito che le «Dichiarazioni» in essa contenute «costituiscono principi generali dell'Ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo per l'interpretazione e l'applicazione della legge». Oggi, nel sistema instaurato dalla Costituzione, la produzione e l'applicazione del diritto sono sottoposte ai supremi criteri dell'uguaglianza e della ragionevolezza in essa recepiti (il primo enunciato nell'art. 3 e il secondo enucleato, con riferimento al primo, dalla Corte costituzionale)³⁷.

Ovviamente tali criteri (come ogni elemento in campo giuridico) sono per se stessi inerti. La loro applicazione e il loro sviluppo dipendono dall'uomo: sono resi operanti dal legislatore e dall'interprete e compete precipuamente al secondo delinearne gli scenari e additarne i percorsi. Atteggiamenti quali quelli del Sacco frappongono ostacoli a tali applicazione e sviluppo.

Lo studioso ha ragione nel senso che la Costituzione non ha disciplinato *ex professo* l'attività ermeneutica. Essa tuttavia ha chiarito, in un punto, la preesistente disciplina in materia e l'ha modificata in un altro, involgente non solo l'intera attività ermeneutica (pure al di fuori cioè del riferimento ai principii generali), ma an-

³⁷) E' chiaro che rimangono le innovazioni recate dalla Carta costituzionale nella produzione e applicazione del diritto, grazie in specie alla recezione in essa dei criteri dell'uguaglianza e ragionevolezza, anche se si prescinde dalla Carta del lavoro, considerandola, se pure è stata in vigore, come un elemento posticcio non integratosi nel sistema. E' decisiva l'assenza di tali supremi criteri nell'ordinamento preesistente.

che la produzione del diritto ad opera del legislatore ordinario e dello stesso legislatore costituente ex art. 138 della Costituzione (in sede di revisione di norme costituzionali).

Devo ancora rinviare, per brevità, a due miei scritti, in cui avevo cercato di applicare la tecnica ermeneutica appresa nelle fonti romane, dedicati rispettivamente alle norme penali ed eccezionali e ai principii generali dell'ordinamento giuridico dello stato. Nel primo mostrai, nel quadro dell'interpretazione dell'art. 14 preleggi, che l'art. 13, comma 1, della Costituzione (in quanto non ammette qualsivoglia «forma ... di detenzione, di ispezione o perquisizione personale», nonché «qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non ... nei soli casi e modi previsti dalla legge») elimina ogni ragione di dubbio sull'inapplicabilità dell'interpretazione estensiva alle norme penali. Anche ritenendo infatti che questa possa distinguersi dall'estensione in via analogica, il tenore del testo (la sottolineatura rappresentata dall'aggettivo «soli», non necessario per il senso del discorso) esclude ogni applicazione delle sanzioni comminate dalle norme penali al di fuori dei «casi e modi previsti dalla legge», vale a dire ogni operazione estensiva, in ordine a tali norme, indipendentemente dallo strumento impiegato per porla in essere ³⁸.

Nel secondo scritto pervenni ad individuare, nell'ambito dei principii generali del diritto richiamati dall'art. 12 delle preleggi, questa graduazione: i principii ricavati o ricavabili dalla legge ordinaria; i precetti della Carta costituzionale, di rango superiore ai

³⁸) GALLO, *Norme penali e norme eccezionali*, cit., p. 19 ss. Nel saggio si pone in luce come i supremi criteri della ragionevolezza e dell'uguaglianza incidano sull'interpretazione dell'art. 14 preleggi, sia in punto delle norme penali (come sunteggiato nel testo) che di quelle eccezionali. Dalla disamina emerge parallelamente l'inattendibilità della comune sottoposizione delle due categorie di norme alla regola, disposta nell'articolo, di non farne applicazione «oltre i casi e i tempi in esse considerati» (*op. cit.*, p. 22 ss.).

primi; i criteri di eguaglianza e ragionevolezza posti in cima al sistema, al di sopra anche degli altri precetti costituzionali ³⁹.

Come ho già detto, la recezione nella Carta costituzionale dei supremi criteri dell'uguaglianza e della ragionevolezza, ha cambiato, insieme all'interpretazione del diritto, la sua produzione. Si può dire, sintetizzando, che essa ha aperto la strada al superamento del positivismo (dell'identificazione del diritto nella legge, ritenuta espressione di un potere sommo e senza limiti) sul piano dello stesso positivismo. L'uguaglianza e la ragionevolezza sono, per un verso, elementi del diritto positivo e ne costituiscono, per l'altro, i criteri informativi a cui sono soggette sia l'interpretazione che la produzione del diritto (come si è detto, anche da parte del legislatore costituente ex art. 138 della Costituzione).

Tutto ciò appare trascurato nella visione del Sacco, che mostra indifferenza per l'adeguamento del diritto (della sua produzione e interpretazione) all'uguaglianza e ragionevolezza.

D) Lo studioso svaluta la stessa attività ermeneutica, non reputandola, come si è già notato, idonea a stabilire se la soluzione con essa raggiunta sia corretta o sbagliata ⁴⁰. A riprova egli adduce che

³⁹) F. GALLO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato e l'interpretazione della legge alla luce della carta costituzionale*, in «Studi P. Rescigno», I, Milano, 1998, in particolare p. 441.

⁴⁰) SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 263 ss. Più avanti (nel paragrafo intitolato *La ragion pratica accomodante*, p. 281 s.) lo studioso rileva che «di fatto il professore, l'avvocato, il giudice alla ricerca di un dato, e dubbioso sull'interpretazione da adottare, consulta tutto ciò che trova sul problema puntuale da risolvere, ma *non consulta mai la letteratura rivolta ai problemi dell'interpretazione in generale*» (corsivo dell'autore). Manca, nell'illustrazione del dato, la ricerca delle ragioni a cui esso è dovuto. In particolare il Sacco non si domanda se entri in essa il convincimento, da parte dei soggetti da lui indicati, dell'inutilità o della impraticabilità delle «grammatiche ermeneutiche» elaborate da filosofi e teorici del diritto. A mio avviso, è una fortuna che tali soggetti (*in primis* i giudici) non tengano conto della teorizzazione dell'inconoscibilità del

non è stato finora proposto «un criterio che oggettivamente consenta di distinguere l'interpretazione esatta e quella errata», notando quindi che «nessuno più crede al significato oggettivo del testo» e che, tra coloro che non credono ad esso, «nessuno ha indicato quale distintivo brilli sull'interpretazione soggettiva migliore ...»⁴¹.

L'argomentazione non può dirsi ancorata ai dati della realtà. In primo luogo, come riconosce pure il Sacco⁴², i pratici (come i professori non filosofi o teorici del diritto) non credono nella generalizzata inconoscibilità del testo normativo e anche studiosi dell'interpretazione la rifiutano⁴³. In secondo luogo il fatto che il significato della norma viene sempre (non può non essere) indicato dall'interprete, non trova la sua ragione profonda nel linguaggio, ma scaturisce dalla natura stessa del diritto, che, similmente ad esempio alla musica, è in tutto e per tutto opera dell'uomo, il quale pone ed enuncia la norma, la interpreta e la applica, elabora i concetti, coglie le connessioni con le altre norme e costruisce il sistema. Né il dato è messo in forse dalle ricorrenti personificazioni del diritto. In terzo luogo le norme sono proposizioni linguistiche

testo normativo (dell'impossibilità di trovare in esso la soluzione esatta). Infatti, se ne tenessero conto, i giudici dovrebbero sempre sostituire la propria valutazione a quella del legislatore: più esattamente dovrebbero sempre decidere il caso secondo la propria testa, essendo inconoscibile la soluzione legislativa.

⁴¹) SACCO, *op. ult. cit.*, p. 280 s. La sfasatura, risultante dall'accostamento delle due ultime enunciazioni, non si ravvisa nella trattazione dello studioso, nella quale sono ricordati, tra esse, gli «ultimi che credettero ... in una portata della norma, esistente oggettivamente di fronte all'interprete». In nota è menzionato specificatamente E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, dove (p. 67 s.) Sacco vede l'ammissione di una «teoria avulsa dal reale», rilevando che «ciò che è autonomo rispetto al reale si chiama normalmente fantasticheria (e non 'teoria')».

⁴²) Cfr. *supra*, nt. 40.

⁴³) Si vedano la tesi sostenuta e l'argomentazione svolta da DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, cit., p. 20 ss.

formate da parole dotate, per un verso, di significato e connesse, per l'altro, secondo le regole di grammatica e di sintassi praticate nella lingua in cui sono espresse. Il fatto che il significato delle parole ha carattere convenzionale (il tubero detto in italiano «patata» è detto in tedesco «Kartoffel» e in francese «pomme de terre») non toglie allo stesso una base di oggettività concretata nei vocabolari comuni e giuridici. Come, grazie alle convenzioni linguistiche, la patata non si confonde col tartufo, così il mutuo non si confonde con la locazione⁴⁴.

Considero, quale esempio, il § 607, primo comma, del «BGB.»: «chi ha ricevuto denaro o altre cose fungibili a mutuo è tenuto a restituire al mutuante quanto ha ricevuto in cose di eguale specie, qualità e quantità». Quanti hanno conoscenza della lingua italiana percepiscono il significato del pronome «chi», della forma verbale «ha ricevuto», del segno «denaro», della congiunzione «o» e così via. Di fronte a questa norma e al successivo disposto, in tema di termine, del § 608 dello stesso «BGB.», tutti concordano nel reputare inadempiente Tizio, che ha ricevuto a mutuo cinquantamila euro e non li ha poi restituiti al termine stabilito⁴⁵.

Il caso indicato rispecchia la regola nelle relazioni umane sia

⁴⁴) Senza tali convenzioni non sarebbe neppure pensabile la traduzione da una lingua in un'altra. La loro esistenza e il loro significato appaiono sottovalutati anche da BELVEDERE, *Interpretazione estensiva*, cit., p. 557 ss., il quale giudica precario il richiamo del «significato proprio delle parole» nell'art. 12, primo comma, delle preleggi. Tuttavia lo stesso autore sottolinea più avanti (*op. cit.*, p. 566 s. nt. 38), a proposito del segno «obbligazione», che esso presenta un «significato sufficientemente preciso ... come termine tecnico-giuridico». Chiaramente l'ammissione non può essere circoscritta a tale segno, ma vale in generale almeno per i termini tecnico-giuridici.

⁴⁵) Crederei che concordino non solo i giuristi Sacco e Monateri, ma anche il filosofo Derrida, specie se, per avventura, nella posizione di mutuante.

in campo giuridico che al di fuori di esso ⁴⁶.

Non mancano esempi di norme oscure, equivocate, astruse, il cui numero è purtroppo cresciuto nella nostra recente esperienza ⁴⁷. Tali difetti e le conseguenti incertezze interpretative non dipendono peraltro tanto dai limiti e difficoltà del linguaggio, quanto da manchevolezze nell'usarlo ⁴⁸.

Restano i casi obiettivamente incerti per la cui valutazione soccorre la dottrina labeoniana sopra richiamata del plausibile. Con ogni verosimiglianza il giurista romano non era appagato dalla rigida contrapposizione, nell'*interpretatio* del *ius*, tra soluzione giusta e soluzione errata. L'attenzione ai dati della realtà lo rendeva edotto dell'esistenza, in più casi, di una pluralità di interpretazioni, come di mutamenti interpretativi (negli intenti a fini di miglioramento, nella realtà anche peggiorativi). In una parola egli era consapevole della relatività presente in parte dei risultati interpretativi. Questa consapevolezza non gli impediva però di ricercare e

⁴⁶) Come si vede, si va ben oltre il riconoscimento di SACCO, *L'interpretazione*, cit. p. 280, secondo cui, «se taluno volesse applicare gli artt. 1324 e 1334 al testamento, 1332 al matrimonio ..., gli diremmo coralmemente che la sua interpretazione è mal fondata». In ogni modo anche questo riconoscimento contraddice la sua argomentazione di principio.

⁴⁷) Opportunamente A. GAMBARO, *Comprendere le strategie comunicative del legislatore*, in «L'interpretazione della legge», cit., p. 109 s., nt. 11, tiene distinti i due fenomeni della «quantità» (inflazione) «e oscurità delle leggi».

⁴⁸) Il fenomeno è stato verosimilmente agevolato dal tradizionale disinteresse, nelle facoltà giuridiche, per la scienza e la tecnica della legislazione: salvo rare eccezioni, esse appaiono tuttora al di fuori dell'orizzonte degli studi giuridici, nei quali si lascia pure poco spazio (uno spazio del tutto inadeguato) all'interpretazione, rispetto a cui si privilegiano incredibilmente contenuti normativi caduchi. Tale disinteresse ha le sue radici nelle riforme che accompagnarono la compilazione giustiniana: nella sottrazione ai giuristi dell'*ars iuris*, non più da essi recuperata. Cfr. F. GALLO, *Per lo studio e l'insegnamento della scienza e della tecnica della produzione, interpretazione e applicazione del diritto nelle Facoltà giuridiche italiane*, in «Panoramia», IV, 1992, p. 13 ss.

proporre nell'ambito delle interpretazioni possibili, quella che si presentava, allo stato, più persuasiva e plausibile.

A ben vedere anche questo profilo di relatività non è privo di una base oggettiva, costituita dal livello delle conoscenze raggiunte, se pure incomplete e talora errate. La nota della relatività si riscontra anche nella produzione del diritto e, in generale, nelle attività umane: si può dire che è inerente alla stessa condizione umana. Tuttavia la certezza che verranno, ad esempio, costruite in futuro fotocopiatrici o lavastoviglie migliori di quelle oggi sul mercato non impedisce a chi ne ha bisogno, di scegliere al momento tra le seconde. Similmente la fiducia che verranno trovate cure migliori per determinate malattie non impedisce a chi ne è colpito di sottoporsi intanto a quelle conosciute. Gli stessi errori e fallimenti, non mancati nell'esperienza umana (ad esempio, l'ideazione e l'impiego dell'eternit nelle costruzioni, l'apprestamento e l'uso di medicine rivelatesi più dannose che utili), non alterano il quadro delineato.

L'uomo continua a cercare soluzioni migliori e a scegliere tra le alternative possibili quella più confacente. Per questo, salvo sacche arretrate, non abita più in caverne o capanne e non miete più il grano con la falce.

Non si vede perché non debba comportarsi allo stesso modo nell'interpretazione come nella produzione del diritto, in ordine alle quali ha la stessa capacità di giudizio usata negli altri campi (nella scelta della casa in cui abitare o dell'anello per il fidanzamento, nella scelta del ristorante in cui invitare gli amici o dell'investimento da fare).

Il mio dissenso dalla teorizzazione del Sacco ne investe in profondità la radice. Lo studioso rifiuta i principii. Non è mancato, nella sua scuola, il riconoscimento, in astratto, dell'utilità che

deriverebbe dalla loro scoperta⁴⁹. I principi peraltro ci sono; non hanno bisogno di essere scoperti, ma solo di non essere rimossi. Come si è visto, il Sacco coinvolge nella rimozione i precetti della Carta costituzionale e gli stessi supremi principii dell'uguaglianza e ragionevolezza. Tolti i principii, vengono meno le direttive (i criteri in essi impliciti) per determinare se un'interpretazione è esatta o sbagliata, per operare una scelta fra più soluzioni possibili, per stabilire una gerarchia tra le fonti del diritto. In effetti il Sacco teorizza l'impossibilità di individuare l'interpretazione corretta, mostra indifferenza fra le varie soluzioni adottate o possibili⁵⁰ ed appiattisce nella teoria dei formanti la graduazione tra le fonti del diritto. In quanto esistenti, vengono accettati una norma o un indirizzo interpretativo giudicati non ragionevoli, senza mostrarne il contrasto coi supremi criteri dell'uguaglianza e ragionevolezza⁵¹. A ben vedere vengono compromessi i meccanismi attraverso cui trova attuazione il dover essere insito nel diritto, dover essere sen-

⁴⁹) P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in «Digesto 4. Discipline privatistiche. Sezione civile», X, Torino, 1993, p. 56.

⁵⁰) Si veda già – a proposito di R. SACCO, *Conclusioni*, in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva comparatistica, Atti congresso int. Pisa-Viareggio-Lucca», II, Milano, 1991, p. 901 ss. – F. GALLO in L. BIGLIAZZI GERI, E. CORTESE, F. GALLO, F. STURM, *Indagine comparatistica e ricerca storica*, in «Index», XXIV, 1996, p. 105.

⁵¹) Cfr. in merito alle prescrizioni dei piani regolatori, conformative della proprietà edilizia ex art. 869 *cod. civ.*, A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in «Trattato di diritto privato» (*dir. P. RESCIGNO*), VII, Torino, 1982, p. 544; rilievi critici in F. GALLO, *Piani regolatori e rapporti di vicinato (Per il ritorno all'esegesi e all'ars iuris)*, in «Rivista di Diritto Civile», XLIII.1, 1997, in particolare p. 864 s. Appare in particolare stupefacente – anche prescindendo, ove fosse possibile, dal diritto in vigore – che si ritenga il legislatore sottoposto ai precetti costituzionali (in primo luogo ai supremi criteri dell'uguaglianza e della ragionevolezza) e si reputino viceversa da essi svincolati i giudici. Forse non si è percepito che si vanifica, nei fatti, la stessa sottoposizione a tali precetti del legislatore.

za il quale svanisce lo stesso diritto, almeno quale è stato finora concepito.

Il Sacco elabora la teoria dell'interpretazione sul filo dell'eccezionale, non solo rispetto alla generalità dei casi che si svolgono pacificamente senza dar luogo a controversie, ma anche a quelli che vengono sottoposti a un giudice⁵². Non è dubbio che, nell'attività pratica, si presta più attenzione ai casi per cui si ricorre al giudice rispetto a quelli che si svolgono senza contestazioni e, nell'ambito dei primi, a quelli più controversi e delicati. Peraltro nella teorizzazione dell'interpretazione e applicazione del diritto, lo studioso deve estendere l'attenzione all'intera area in cui esse si esplicano, nella consapevolezza che, oltre un certo limite, l'inservanza delle norme compromette la stessa sussistenza del diritto e che, al di sopra di un certo livello, la litigiosità impedisce il funzionamento degli organi giudiziari. Come lo studioso di medicina deve proporsi, oltre alla cura delle malattie, la loro prevenzione, così lo studioso del diritto, oltre ad occuparsi dei problemi e delle tecniche attinenti alla decisione delle controversie, deve perseguire, dove possibile, la riduzione delle cause della litigiosità.

Il Sacco ingigantisce, come si è visto, le indubbie difficoltà che si incontrano nell'attività interpretativa avente ad oggetto non solo le norme scritte (la legge), ma tutto il diritto, anche quello di formazione consuetudinaria. In aggiunta ai dati già messi in luce

⁵²) Non credo – diversamente da quanto sembra emergere da SCHLESINGER, *Interpretazione della legge civile*, cit., p. 536, il quale non usa peraltro sul punto un'espressione univoca: «se la causa pende, un conflitto è sorto e nessuna delle parti è disposta ad ammettere di avere torto» – che, in ogni caso di lite, entrambe le parti siano convinte di essere nella ragione. I motivi delle liti sono molteplici. Le ragioni di convenienza si intrecciano con quelle della giustizia. Anche a causa delle lungaggini processuali, può risultare vantaggioso agire o resistere in giudizio, indipendentemente dal fondamento della pretesa fatta valere. E non sempre le ragioni per cui si agisce trovano protezione nell'ordinamento giuridico.

richiamo i titoli dei due primi paragrafi nella sua trattazione dedicata all'oggetto dell'interpretazione: «Il testo non è univoco»; «Il senso non è obiettivo»⁵³. La conclusione, già considerata, è che l'attività ermeneutica non consente di percepire qual è la soluzione corretta e qual è, viceversa, quella sbagliata: si afferma, in altre parole l'inutilità dell'interpretazione. Il corollario, non esplicitato dal Sacco, ma dal suo allievo Pier Giuseppe Monateri, si profila evidente: l'interpretazione è, nella realtà, affabulazione, un discorso cioè con carattere fabulatorio, svolto per dare apparente supporto alle decisioni di cui non si conosce (non si può conoscere) il vero fondamento⁵⁴.

Come si vede, si teorizza e si insegna che non è possibile, almeno nel campo giuridico, interpretare: si arriva a predicare in proposito lo scetticismo o nichilismo integrale. L'intento è distruttivo: non si pensa a qualche altro strumento da sostituire all'interpretazione per consentire soluzioni corrette, nel senso almeno della maggiore plausibilità possibile. Sulla base di indirizzi delineatisi nel secolo appena trascorso, si buttano a mare l'insegnamento tramandato nella nostra ultra millenaria tradizione precedente e il convincimento, che l'ha ispirato, dell'imprescindibilità e utilità dell'interpretazione nella vita del diritto. Eppure chiunque abbia qualche pratica forense sa quanto giovi, per la difesa di una causa, il convincimento, raggiunto in buona fede, della sua fondatezza e quanto sia utile (per lo più decisivo) riuscire a trasmetterlo al giudice. E i giudici (sicuramente la grande maggioranza) continuano a sforzarsi, utilizzando gli scarsi insegnamenti

⁵³) SACCO, *L'interpretazione*, cit., p. 174 e 181.

⁵⁴) Nei dizionari, sotto il vocabolo «affabulazione», si segnala il significato di invenzione favolosa, costruzione della fantasia più o meno inverosimile. Nel segno la radice «favola» non evoca il senso nobile delle favole di Esopo, di Fedro, di La Fontaine, ma quello deteriore di cosa non vera (per dirla tutta, di fandonia).

ricevuti in proposito nel corso degli studi universitari e successivamente integrati, di pronunciare decisioni corrette (il più possibile plausibili) nel sistema in vigore.

L'impostazione del Sacco va capovolta. Le ricerche in tema di interpretazione non devono essere indirizzate a mostrarne, in contrasto con l'esperienza concreta, l'impossibilità e l'inutilità, ma a superare, per quanto possibile, le difficoltà che si incontrano nel farla, per due ragioni concorrenti: perché il diritto non è rivolto, nell'aspirazione umana, a stabilire una qualsivoglia disciplina dei rapporti tra i consociati, bensì una disciplina consona alla ragionevolezza e all'uguaglianza, e perché il linguaggio, pur coi limiti ad esso inerenti, ha consentito, per un verso, nel corso della storia, la comunicazione necessaria allo svolgimento della vita nelle varie aggregazioni (contrarre matrimoni, stipulare accordi, dichiarare la guerra, concludere la pace, chiedere e dare consigli, insegnare e apprendere, premiare e punire, e così via), e, per l'altro, la stesura di opere che si continuano a leggere con ammirazione⁵⁵.

Il linguaggio è uno strumento apprestato dall'uomo, certo non perfetto (com'è tutto, del resto, nella condizione umana), ma indubbiamente utile, anzi indispensabile: solo il suo uso può essere cattivo. Come esso è servito e serve ad appagare esigenze umane negli altri settori, così è servito e serve pure per quelle a cui è preordinato il diritto.

La critica demolitrice dell'attività ermeneutica fino alla sua riduzione ad affabulazione è andata di pari passo con la diminuita attenzione ad essa da parte degli studiosi, che l'hanno sempre meno praticata ed insegnata. Se fosse vero che l'interpretazione del diritto è affabulazione, lo stesso diritto cadrebbe nell'arbitrio; non

⁵⁵ Non è necessario pensare solo ad autori quali Omero, Aristotele, Tommaso d'Aquino, Shakespeare, Alessandro Manzoni e, nel settore giuridico, Labeone, Giuliano, Bartolo, Cuiacio, Savigny.

è però fondata, come cercherò di dimostrare, la premessa⁵⁶ ed è perciò da respingere anche l'illazione.

L'interpretazione è un elemento essenziale del fenomeno giuridico caratterizzato dalla doverosità (come si dice, dal dover essere). L'applicazione del diritto, svincolata dall'attività interpretativa, dà luogo all'arbitrio, che è l'antitesi del diritto stesso.

Dopo le critiche demolitrici alle quali è stata sottoposta, l'attività ermeneutica deve essere rifondata. Per l'auspicata rifondazione soccorrono:

- gli apporti delle critiche riferite, grazie ai quali possono percepirsi (certo più di prima) le insidie insite nel linguaggio e, in generale, le difficoltà che si incontrano nell'attività ermeneutica; la connessa consapevolezza che anche nel campo giuridico, e specificamente nell'interpretazione, non sono sempre conseguibili soluzioni perfette, accompagnata dalla fiducia che possono peraltro realizzarsi miglioramenti (che il diritto può *cottidie in melius produci*);
- la recezione nel nostro diritto positivo (a cui è limitata, nel presente scritto, la mia attenzione⁵⁷) dei supremi principii dell'ugua-

⁵⁶) Si può fin d'ora osservare che la ritenuta fallacia del linguaggio non può essere a senso unico: se non consente di determinare se l'interpretazione conseguita è corretta o sbagliata, non consente neppure di stabilire che essa è affabulazione. Come si vede, neanche i fautori della tesi estrema mostrano di credere, per quanto riguarda i loro scritti, nell'asserita fallacia del linguaggio, sfociante nell'impossibilità di comunicare. Pare innegabile, al di là delle parole, che la fiducia da essi riposta nella comprensibilità delle proprie enunciazioni sia un buon argomento per non escluderla *a priori*, in generale, nei riguardi dei testi legislativi e delle relative interpretazioni.

⁵⁷) Anzi, in questo scritto, non mi occupo nemmeno, specificatamente, dei complessi di norme del diritto internazionale e del diritto comunitario vigenti nel nostro Paese. In particolare il problema dell'interpretazione delle norme comunitarie (su cui si veda, da ultimo, A. LUMINOSO, *L'interpretazione del diritto privato comunitario*, in «Diritto privato. 2001-2002», cit., p. 579 ss.) richiede, a mio avviso, un cambiamento di impostazione. L'art. 220 (ex 164) del Trattato «CE.» (a tenore del quale «la Corte di Giustizia assicura il rispet-

glianza e della ragionevolezza, i quali riaprono all'attività interpretativa orizzonti simili a quelli che essa aveva avuto nell'esperienza romana dell'età tardo repubblicana e primo imperiale;
- la ripresa dell'insegnamento labeoniano secondo cui coesiste con la visuale del certo quella del probabile (della ricerca, nella situazione, della soluzione più persuasiva e plausibile) ⁵⁸.

Chiusa la digressione, entro nel vivo della critica della riduzione dell'attività ermeneutica ad affabulazione.

to del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente Trattato») ha ad oggetto la competenza giurisdizionale della Corte di Giustizia, non le regole dell'attività ermeneutica, le quali, in assenza di determinazione legislativa, rimangono affidate all'elaborazione della dottrina, come mostrano in particolare l'esperienza tedesca e francese. L'abdicazione, in materia, al proprio compito, da parte della dottrina (abdicazione in cui è coinvolta la mancata attenzione ai supremi criteri ispiratori del diritto, rappresentati dall'uguaglianza e dalla ragionevolezza e reggenti anche il diritto comunitario), è priva di giustificazione (le deficienze accennate emergono dalla sintesi dello stato della dottrina nel commento all'art. citato di L. FUMAGALLI, in «Commentario breve ai trattati della comunità e dell'unione europea» (*dir.* F. POCAR), Padova, 2001, p. 730 ss.). Non mi sembra neppure accettabile la mancata considerazione, per il diritto comunitario, della formazione consuetudinaria, quale si ravvisa nella trattazione di S. FERRERI, *Le fonti di produzione non nazionale*, in A. PIZZORUSSO e S. FERRERI *con collaborazioni di A. GAMBARO e R. SACCO*, *Le fonti del diritto italiano*, 1. *Le fonti scritte*, in «Trattato di diritto civile» (*dir.* R. Sacco), I, Torino, 1998, p. 189 ss.

⁵⁸) Anche la visuale del certo va rapportata alla condizione umana: al livello delle conoscenze e degli elementi acquisiti. Si ritiene certa, ad esempio, l'unità di misura costituita dal metro, ma continuano ad aversi divergenze nella concreta misurazione di fondi e nella determinazione dei relativi confini anche coi nuovi sistemi (uno detto satellitare) per esse introdotti.