

4.

ULTERIORI DIVERGENZE DALLO STUDIOSO RIGUARDO AL METODO E AI RISULTATI

Aggiungo, a sostegno del mio dissenso dal Monateri, sul metodo e sui risultati, la considerazione di alcuni luoghi, a mio avviso significativi, della sua dissertazione.

A) L'autore si sofferma a dimostrare «che non si può mai contrapporre la norma alla sua *interpretazione*, ma che si possono *contrapporre tra loro* solo più interpretazioni», fondandosi quindi sul dato per l'analisi dell'affermata «indecidibilità essenziale» in merito alla natura e funzione dell'attività interpretativa: non c'è modo di stabilire se l'interpretazione sia creativa oppure, come si dice, ricognitiva; è inaccessibile il criterio per stabilirne l'esattezza o inesattezza; la stessa lacuna «non è nella norma in sé, ma è sempre il risultato dell'applicazione di una procedura interpretativa»; etc.¹⁰⁴.

Siamo alle solite: vengono trascurati elementi sia normativi che della realtà e l'eccezione viene assunta come prototipo. Inoltre, il dato che il Monateri ha inteso dimostrare costituisce un'acquisizione risalente nella nostra tradizione. Evidentemente egli non ha avuto presente, nel suo discorso, la disciplina dettata per l'interpretazione nel codice civile italiano vigente (e già prevista, con varianti¹⁰⁵, in codici precedenti, fra i quali il codice civile austriaco

¹⁰⁴) MONATERI, «*Correct our matches*», cit., p. 202 ss.

¹⁰⁵) Che non occorre qui esaminare e sono in ogni modo ininfluenti sulla questione considerata.

promulgato nel 1811 e il codice prussiano – «ALR.» –, risalente alla fine del secolo precedente). L'inconfigurabilità di un significato delle norme indipendente dalla relativa interpretazione e quindi contrapponibile a quello del risultato interpretativo, è implicita nel primo capoverso dell'art. 12 preleggi: «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, e dalla intenzione del legislatore»¹⁰⁶.

E' senza dubbio la possibilità di più risultati interpretativi che ha suggerito, al fine di evitarla, la prescrizione all'interprete dell'ancoramento al significato proprio delle parole, secondo la loro connessione, e all'intenzione del legislatore.

Già a un primo esame si può dire che i criteri ermeneutici stabiliti dal legislatore tolgono la ragione stessa dell'argomentazione del Monateri. Tali criteri riposano sul dato già rilevato e non contestabile che le parole indicano delle cose, se pure con possibili margini di incertezza (comunque minori in un linguaggio tecnico, ispirato al rigore, quale quello giuridico, che non nel linguaggio comune); dato che rende possibili, in generale, le relazioni tra gli uomini e, nel campo giuridico, la stipulazione dei contratti, la celebrazione dei matrimoni, la confezione dei testamenti, il riconoscimento del figlio, il disconoscimento della paternità, la messa in mora del debitore e così via.

Fondamentalmente la rispondenza o non rispondenza del risultato interpretativo al significato delle parole da cui è formata la norma (al loro contesto valutato al lume della ragione ispiratrice) consente di accertarne e affermarne l'esattezza o l'inesattezza. Il significato stesso mostra ciò che è contenuto nella norma e consente, quindi, di individuarne le lacune. Certamente si tratta sem-

¹⁰⁶ Nell' «ALR.», § 46, anziché a quest'ultima, si faceva riferimento alla ragione («Grund») prossima certa della legge.

pre, come ho detto, di un risultato conseguito dall'interprete, che opera però, se è un buon interprete, su basi oggettive ¹⁰⁷.

Esemplifico ancora con l'art. 869 *cod. civ.*, secondo cui, come si è visto, i proprietari di immobili devono osservare, nelle costruzioni, le prescrizioni dei piani regolatori comunali. Nell'aprile del 1942, quando venne approvato il testo del codice, tali piani rappresentavano i soli strumenti urbanistici esistenti. Peraltro già la legge urbanistica n. 1150 dell'agosto successivo e, quindi, la posteriore legislazione in materia ne introdussero altri, fra i quali il programma di fabbricazione annesso al regolamento edilizio comunale (secondo la terminologia della legge urbanistica citata – art. 34 – , «incluso» nello stesso). Anche il programma di fabbricazione è uno strumento urbanistico, ma diverso dal piano regolatore.

Di fronte a tutto ciò è lapalissiano che l'art. 869 *cod. civ.*, mentre contempla il piano regolatore, non contempla il programma di fabbricazione, ancora inesistente quando esso venne emanato. La lacuna considerata in questo articolo (la mancata menzione, in esso, degli strumenti urbanistici diversi dal piano regolatore) non solo non dipende dall'interprete, ma non può per forza di cose essere attribuita all'attività interpretativa. Nello stesso articolo è peraltro oggettiva (non è cioè ascrivibile all'interprete) anche la mancata menzione, a lato del proprietario, del superficiario e degli altri soggetti legittimati a costruire, che già esistevano quando esso venne emanato ¹⁰⁸. Nella sua astratta argomentazione, non verificata alla luce delle cose e dei fatti, il Monateri confonde la previsione della norma con la sua estensione ad opera dell'interprete.

¹⁰⁷) Intendo dire che egli legge, ad esempio, piano regolatore dove c'è scritto piano regolatore, proprietario dove c'è scritto proprietario.

¹⁰⁸) Il testo dell'articolo, menzionante un unico strumento urbanistico e un unico legittimato a costruire, è dovuto al legislatore; l'interprete non può leggerci quello che non c'è e non leggerci quello che c'è.

L'articolo citato contempla (prevede) tra gli strumenti urbanistici, il solo piano regolatore formato dal comune, e, tra i legittimati a costruire, il solo proprietario. L'interprete, applicando i criteri ermeneutici disposti dal legislatore, estende la disciplina in esso disposta a tutti gli strumenti urbanistici aventi vigore in ambito comunale e a tutti i soggetti legittimati a costruire nello stesso.

Il Monateri ha altresì ignorato il fatto che la disciplina dell'interpretazione stabilita nel codice civile italiano vigente, come in codici anteriori e posteriori, non è un'invenzione dei rispettivi legislatori, ma il frutto della precedente elaborazione dottrinale. A grandi linee i legislatori, nel dettare tale disciplina, hanno recepito un nucleo centrale comune, integrato con elementi scelti tra i diversi indirizzi espressi nella dottrina o già accolti in precedenti codici. L'autore asserisce che alla formazione di ogni sistema giuridico concorrono, insieme a proposizioni legislative e giudiziali, proposizioni dottrinali (elementi cioè elaborati dalla dottrina)¹⁰⁹, senza però dare all'asserzione un supporto storico e dogmatico¹¹⁰. Elementi di chiarificazione si traggono al riguardo proprio dalla materia dell'interpretazione e in specie dal raffronto, nell'ambito della tradizione romanistica, tra sistemi in cui i codici disciplinano l'interpretazione della legge e sistemi in cui non la disciplinano¹¹¹.

¹⁰⁹) MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 201.

¹¹⁰) La cui esigenza, nel nostro sistema giuridico, è palesata dal fatto che nell'art. 1 delle preleggi, la dottrina (come la giurisprudenza) non è indicata tra le fonti del diritto.

¹¹¹) Il discorso può ampliarsi all'interpretazione del diritto, in quanto lo stesso non si esaurisce tutto nella legge. Anche i codici che disciplinano l'interpretazione di quest'ultima, non dispongono regole, sul punto, in merito al diritto non legislativo. La dottrina deve riprendere consapevolezza che è suo compito l'elaborazione di canoni ermeneutici anche per l'interpretazione del diritto (forse, più esattamente, l'adattamento ad esso, nel quadro di una teoria unitaria dell'interpretazione, dei canoni applicati alla legge).

Negli uni e negli altri l'interpretazione si compie secondo criteri dovuti all'elaborazione dottrinale, tra i quali emergono l'ancoramento al significato delle parole nel contesto, la commisurazione del significato stesso alla *ratio* e l'impiego dell'analogia¹¹². La differenza più appariscente tra i due gruppi di sistemi è che nei primi si hanno e nei secondi mancano il sigillo e la scelta, nei limiti accennati, del legislatore.

Il dato da sottolineare è l'esistenza, nel secondo gruppo di ordinamenti, di regole dell'interpretazione dovute alla dottrina, sulle quali è mancato l'intervento legislativo¹¹³.

Il Monateri non ha neppure tenuto conto della coesistenza, nel fenomeno giuridico, della dipendenza di esso dall'uomo e dei limiti oggettivi posti dal linguaggio all'attività interpretativa. Così anch'egli non ha distinto tra l'apporto umano occorrente anche per stabilire, ad esempio, che, a tenore dell'art. 869 *cod. civ.*, il proprietario di un immobile deve osservare, nell'attività edificatoria, le prescrizioni del piano regolatore, e la più complessa operazione necessaria per accertare che anche il superficiario, non menzionato nell'articolo, è sottoposto alle stesse regole. Come si è già più

¹¹²) L'abituale ricorso a quest'ultima e ai principii generali è sostituito, nell'art. 1 del codice civile svizzero, dalla prescrizione al giudice di decidere secondo le regole che egli adotterebbe operando come legislatore. Nel codice prussiano, come ho già notato, anziché all'intenzione del legislatore, si fa riferimento alla ragione prossima certa della legge (in luogo della più frequente visuale soggettiva è adottata quella oggettiva). Nello stesso codice tale riferimento non è collegato a quello fatto prima al significato delle parole nel contesto dalla congiunzione copulativa «e», ma da quella disgiuntiva «o» («oder»). Differenze si riscontrano pure a proposito dei principii generali: «principii del diritto naturale» nel codice civile austriaco; «principii generali del diritto» nel codice civile italiano del 1865; «principii generali dell'ordinamento giuridico dello stato» in quello italiano vigente.

¹¹³) La fonte in senso sostanziale di tali regole è la dottrina; per l'individuazione della fonte in senso formale (problema per lo più ignorato), si vedano cenni *infra*, § 5.

volte sottolineato, la legge non dice da sola qual è il suo significato, che, come si enuncia, per il diritto italiano vigente, nel primo capoverso dell'art. 12 preleggi, viene ad essa attribuito dall'interprete. Il quale, peraltro, indipendentemente dalla prescrizione stabilita sul punto in taluni codici ed assente in altri, non può attribuirlo secondo il proprio arbitrio. Lo preclude il significato delle parole nel linguaggio, altro prodotto umano, nella sua originaria e primaria funzione di strumento per la comunicazione. La formazione di questo strumento ha preceduto quella del linguaggio tecnico giuridico, e segnatamente del linguaggio legislativo, nel quale i margini di vaghezza delle parole si sono molto assottigliati rispetto al linguaggio comune. Non sono, per esempio, a dir poco, consueti in un testo legislativo, o anche in un atto notarile, impieghi del tipo di quelli di «volare» e «mangiare» nel senso di raggiungere rapidamente un determinato luogo e, rispettivamente, di percorrere in modo rapidissimo i chilometri del tragitto.

Le ragioni principali di tale assottigliamento sono il maggior rigore e lo scarsissimo uso di impieghi metaforici. Così nell'art. 869 *cod. civ.* i sintagmi e i segni impiegati («proprietari di immobili», «piani regolatori», «comuni», «dover osservare», «prescrizioni» – contenute nei piani regolatori – e così via) hanno tutti, per il giurista, un significato inconfondibile. Ed è pure percepibile il significato dell'insieme.

Non valgono a cambiare le cose le sottigliezze argomentative del Monateri. Per lo meno a partire dall'esperienza romana l'interpretazione della legge (in tale esperienza, delle leggi, dei senatoconsulti, delle costituzioni imperiali e degli editti dei magistrati giudicanti) è rimasta ancorata al significato delle parole e, nei sistemi di tipo legislativo si è stabilito, per colmatatura delle immancabili lacune, l'impiego dell'analogia.

Un discorso a parte deve farsi per il ruolo creativo o ricognitivo dell'interpretazione della legge nella prospettiva del giudi-

ce ¹¹⁴. Il Monateri si è basato, in proposito, più che sull'esame dell'attività interpretativa, sopra sue rappresentazioni non immuni da condizionamenti insieme storici e ideologici, concretantisi in mistificazioni della realtà. Tali condizionamenti hanno la loro radice profonda nell'opera legislativa di Giustiniano. Il loro mancato superamento è connesso alla loro incompiuta percezione.

Similmente al riordino adriano-giuliano dell'editto, la compilazione giustiniana non può essere valutata isolatamente dai provvedimenti che l'hanno accompagnata e ne hanno fatto una codificazione (la più completa, conosciuta, della storia) ¹¹⁵, la quale rappresentò, nel disegno riformatore di Giustiniano, una cesura totale rispetto al passato: la chiusura di un'era e l'inizio di una nuova. Con la sua riforma Giustiniano si propose di concentrare l'intera produzione del diritto nella carica imperiale. A questo fine, in una celebre costituzione emanata nel 529 ¹¹⁶, poco dopo la pubblicazione del primo codice, verosimilmente già nella prospettiva del completamento dell'opera compilatoria (di aggiungere alla compilazione, portata a termine, delle *leges*, quella dei *iura*), attribuì alla carica imperiale, unitamente alla creazione del diritto, la relativa interpretazione.

Nel testo della costituzione, recepita poi nel secondo Codice, sono conservati gli echi delle opposizioni e resistenze che la riforma incontrò con ogni probabilità entro la stessa cerchia dei collaboratori imperiali. Esse furono respinte con decisione, congiunta a irrisione, da Giustiniano ¹¹⁷, con l'argomento principe che

¹¹⁴) L'apporto creativo della dottrina (a cui non si riconosce ufficialmente efficacia giuridica né in via generale, né in rapporto al caso concreto) si pone in essere in modi diversi. Si veda *infra*, § 5.

¹¹⁵) Essa ha ad oggetto l'intero sistema giuridico, non singoli settori per quanto rilevanti.

¹¹⁶) C.I. 1.14.12.

¹¹⁷) L'imperatore (C.I. 1.14.12.2) qualificò l'argomentazione contraria *'vana*

«se al presente è stato concesso al solo imperatore di fare le leggi, è necessario che anche per la loro interpretazione sia idoneo soltanto il potere imperiale».

La costituzione sembrerebbe aver eliminato l'attività ermeneutica di ogni soggetto diverso dall'imperatore (giuristi, giudici, funzionari e privati). In realtà non è così. Nella costituzione *Tanta-Δέδωκεν*, con cui vennero promulgati i *Digesta* e in cui è ribadita la spettanza al solo imperatore della creazione del diritto e della sua interpretazione, Giustiniano specificò le attività consentite ai professori, in connessione con le esigenze della traduzione in greco e dell'insegnamento, attività tutte ritenute riconducibili all'interpretazione meramente letterale (di carattere ricognitivo). Quindi aggiunse che ogni altra interpretazione, che, se pure compiuta dai professori, sarebbe una perversione, è ad essi rigorosamente vietata ¹¹⁸.

Come si vede, si delinea la distinzione tra interpretazione ricognitiva e interpretazione creativa. Quest'ultima, peraltro, tende ad essere assorbita nella legge, in quanto anch'essa pone norme generali ed astratte (destinate ad applicarsi ai casi dello stesso tipo che si verificheranno in futuro): in una parola è anch'essa legge. La reale contrapposizione si pone quindi tra quest'ultima, che crea il diritto, e la relativa interpretazione avente carattere solo ricognitivo.

Nel sistema stabilito da Giustiniano i giudici devono a loro volta decidere le cause esclusivamente in base alla legge, nella quale, e non in decisioni precedenti (*exempla*), ognuno di essi trova in modo autonomo la soluzione del caso sottopostogli ¹¹⁹: la compi-

scrupulositas», dicendo, da un lato, di averla derisa e, dall'altro, di averla dovuta correggere (*tam risimus quam corrigendam esse censuimus*); si veda pure il § 1.

¹¹⁸) *Tanta-Δέδωκεν*, § 21.

¹¹⁹) C.I. 7.45.13 (testo forse derivato dalla stessa costituzione del 529,

lazione, nel suo complesso, non ha bisogno di alcun elemento estrinseco per essere compresa: è anzi severamente vietata la comparazione del dettato in essa ricevuto coi testi dai quali lo stesso è stato tratto, come, in generale, la consultazione e l'uso di altre opere. Se un giudice crederà di rinvenire nella compilazione ambiguità, che in realtà non ci sono, richiederà il chiarimento all'imperatore. E se in futuro si presenteranno nuove situazioni non rientranti nella previsione delle leggi in vigore, si chiederà analogamente l'intervento dell'autorità imperiale, che potrà così provvedere all'emanazione della nuova disciplina occorrente ¹²⁰.

La riforma giustiniana ha il suo centro proprio nella nuova disciplina dettata in tema d'interpretazione ¹²¹, stabilizzatasi, come si è visto, nell'attribuzione ai giuristi di attività ritenute soltanto ricognitive. Alla nuova configurazione dell'interpretazione si collegano le contrapposizioni, rimaste fondamentali, tra creazione del diritto e attività interpretativa (nel senso detto di interpretazione meramente ricognitiva) e tra potere legislativo e potere giudiziario (nel sistema giustiniano ancora funzione e non distinto potere). Alla stessa si collega l'esigenza di fornire al giudice (in generale all'interprete) la soluzione preformata per tutti i casi che potranno presentarsi, al qual fine si è fatto ricorso, sulle orme di Giustiniano, a una legislazione nelle intenzioni completa, per ampi settori dell'ordinamento, detta codificazione.

dalla quale è stato tratto C.I. 1.14.12); cfr. *Tanta-Δέδοκεν*, § 17.

¹²⁰) *Tanta-Δέδοκεν*, §§ 18, 19 e 21.

¹²¹) Nella costituzione *Tanta-Δέδοκεν* in connessione con le esigenze dell'insegnamento del diritto. La precedente riserva all'autorità imperiale dell'*interpretatio tout court* si spiega col ruolo da essa rivestito nell'esperienza anteriore: in forza del *ius respondendi ex auctoritate principis* i pareri e le opinioni dei giuristi di esso muniti erano stati inclusi tra le fonti equiparate alla legge e si erano così formati i *iura* aventi lo stesso valore delle *leges* (costituzioni imperiali).

Nelle pieghe della nuova disciplina si trova il dato, a ben vedere, più rilevante e finora piuttosto trascurato: l'oscuramento e la perdita della percezione della produzione del diritto nel caso concreto, la quale aveva avuto un ruolo centrale nell'attività interpretativa¹²². Sganciata da tale produzione, l'interpretazione-applicazione del diritto, ad opera del giudice, perde la propria fisionomia che la distingue sia dalla creazione del diritto in via generale ed astratta (ad opera della legge), sia dall'attività ricognitiva. Si può dire, a grandi linee, con la necessaria approssimazione, che la perdita, così avvenuta (non nella realtà, ma a livello delle idee e della rappresentazione), non è più stata recuperata. La perdita è ben evidenziata dalla costrizione dell'interpretazione nella categoria della ricognizione (interpretazione letterale) o in quella contrapposta della creazione, per la quale si pensa, come prototipo, alla legge. Nell'uno e nell'altro caso viene disconosciuto il *proprium* dell'attività interpretativa, di cui si considera prototipo il giudice.

Appare chiara l'esigenza di considerare l'attività interpretativa in sé e per sé, quale si svolge nella realtà, abbandonando lo schermo di teorizzazioni che ne alterano la peculiare fisionomia.

Giustiniano giustificò la riserva all'imperatore, insieme alla produzione del diritto, delle esplicazioni ermeneutiche creative con la preoccupazione che i giuristi, con le loro opinioni difformi (ampliando o restringendo, qua e là, il dettato legislativo), rendessero confusa e incerta la sua ordinata e chiara compilazione, così come, a suo parere, era accaduto in passato, nei confronti dell'editto perpetuo¹²³. La giustificazione data da Giustiniano è stata

¹²²) Tale produzione del diritto è distinta da quella in rapporto al caso concreto. Ad esempio, nel nostro attuale sistema giuridico, la corte costituzionale crea diritto, avente valore di legge, in rapporto al caso concreto; gli altri giudici creano all'occorrenza diritto nel (per il solo) caso concreto.

¹²³) *Tanta- Δέδοκεν*, § 21.

più volte ripresa nella posteriore esperienza giuridica: ad esempio, nella tradizione italiana, dal Muratori, unitamente a quella di evitare usurpazioni del potere legislativo da parte dei dottori¹²⁴. Inoltre, per giustificare la riduzione dell'attività interpretativa alla sola interpretazione letterale, sono state elaborate teorie inficciate da posizioni ideologiche, tendenti cioè a sovrapporre la visione teorica alla realtà, anziché a commisurarla ad essa.

E' tale, nel tratto che qui interessa, la teoria della divisione dei poteri elaborata dal Montesquieu, secondo cui in particolare il giudice è la bocca delle legge¹²⁵. Lo studioso francese ammise, nel sistema teorizzato, l'esistenza di interferenze tra potere legislativo e potere giudiziario¹²⁶, escludendo peraltro nel secondo ogni facoltà di «moderare» la legge¹²⁷. Questa esclusione non è in sintonia colla realtà, perché non c'è legislatore (per lo meno finora non c'è stato) in grado di prevedere e regolare tutto e perché i mutamenti della realtà sono in genere assai più rapidi (almeno lo sono stati finora) degli interventi del legislatore volti a disciplinare le nuove situazioni¹²⁸.

¹²⁴) L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (cur. di A. SOLMI), Roma, 1933. Nella *Prefazione* (p. 25) il Solmi sottolinea che «l'esigenza primordiale del diritto, come fu avvertito dal Muratori, è la certezza». Si veda più ampiamente, sul disegno muratoriano, F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*², Torino, 1993, p. 252 ss.

¹²⁵) C.L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (cur. G. TRUC), Paris, 1961, p. 163 ss.

¹²⁶) *Op. cit.*, in particolare p. 170 s.

¹²⁷) L'autore (*op. cit.*, p. 171) definì precisamente i giudici come «esseri inanimati, che non possono moderare né la forza né il rigore della legge», ed attribuì tale potere di moderazione alla suprema autorità della parte del corpo legislativo composta da nobili (cfr. pure p. 168, dove si legge che «des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle»).

¹²⁸) Per quanto forse superfluo, preciso che il riconoscimento del fatto che i giudici sopperiscono, in caso di bisogno, alle manchevolezze della leg-

Sono pure tali, in direzione in certo senso opposta, le teorizzazioni rivolte ad attribuire al diritto un principio vitale, considerandolo come un organismo capace di autointegrarsi¹²⁹. Il diritto però non fa proprio niente da solo. Il legislatore, come non può prevedere tutto, così (anzi a maggior ragione) non può rendere il diritto capace di autointegrazione. Può soltanto stabilire criteri in base ai quali sarà integrato dall'uomo.

Non sono meno palesi le distorsioni ideologiche della realtà nella indiscriminata sussunzione dell'interpretazione nella categoria della creazione. Un buon punto di osservazione è offerto dalle teorie del diritto libero e, nel loro ambito, dalla definizione dello stesso, elaborata dal Kantorowicz, come «un insieme di norme sociali prescriventi una condotta esterna e considerate applicabili dal giudice»¹³⁰. La definizione (aspirante, nelle intenzioni dell'autore,

ge, pronunciando nuovo diritto nel caso concreto, non è indirizzato al rifiuto dell'intuizione fondamentale del Montesquieu circa la divisione dei poteri, ma alla sua rettifica. Rimane cioè anche l'esigenza della divisione tra potere legislativo e potere giudiziario, ovviamente commisurata ai dati di fatto che la legge non è completa e non si applica da sola e che i giudici, in quanto persone umane, non possono venire ridotti ad esseri inanimati, privi, come tali, di coscienza e volontà.

¹²⁹) Esse sono fiorite, com'è noto, nella scuola storica. Già GNAEUS FLAVIUS (pseudonimo di H. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 32, rivolse un pungente appunto alla formulazione da lui riferita, secondo cui «il diritto si è sviluppato organicamente come un prodotto della natura». L'assimilazione è senza fondamento, in quanto il diritto non rientra nemmeno tra i prodotti umani (come un pendolo o un sofisticato robot), che, almeno in apparenza, fanno qualcosa da soli.

¹³⁰) H. KANTOROWICZ, *The Definitions of Law*, Cambridge, 1953, trad. it. (cur. E. DI ROBILANT) – *La definizione del diritto* –, Torino, 1962, p. 142 s. Lo studioso aveva annunciato, ancora in età giovanile, nello scritto citato nella nota precedente, la lotta per il rinnovamento (inteso quale liberazione) della scienza giuridica, con la teorizzazione del «diritto libero». Questo sintagma, indubbiamente attraente e fortunato, non pare del tutto appropriato, in quanto il diritto, non disgiungibile dalle norme, limita per forza di cose,

ad abbracciare la totalità delle esperienze giuridiche) non rappresenta compiutamente, non solo i sistemi di *civil law*, ma neppure quelli di *common law*. In essa sono trascurati:

– il fatto che, nella normalità dei casi, i privati e la pubblica amministrazione si attengono alle prescrizioni in vigore, indipendentemente dalla loro considerazione da parte del giudice: sono diritto anche le norme, regolarmente applicate, di cui non si occupano i tribunali;

– il fatto che il giudice, negli ordinamenti in cui esistono prescrizioni legislative, è ad esse sottoposto; né si tratta soltanto, come si sostiene *ex adverso*, di declamazione: se non è dubbio che il giudice aggira talvolta tali prescrizioni per emettere una decisione adeguata al caso concreto, non è meno certo che, nella maggior parte dei casi, egli non solo dice di applicare la legge, ma la applica realmente¹³¹.

Il difetto più grave della teorizzazione del Kantorowicz¹³² è da vedersi nel mancato richiamo dei criteri in base ai quali il giudi-

con la disciplina posta, l'azione umana. Con il sintagma lo studioso intese riferirsi alla libera creazione del diritto da parte di giudici e giuristi (alla cui futura realizzazione si inneggia in chiusura di *Der Kampf*, cit.). Peraltro il diritto presenta, unitamente al profilo dell'essere, quello del dover essere, a cui sono soggetti anche i giudici e i giuristi. In nessuno degli ordinamenti di *civil law* o di *common law* può dirsi esistente la libera creazione del diritto da parte degli uni o degli altri, vale a dire (come chiarito in *Der Kampf*, cit., p. 19 ss.) affidata soltanto alla loro volontà.

¹³¹) Lo stesso KANTOROWICZ in *Der Kampf*, cit., p. 41, in base al fatto che l'amministrazione della giustizia è e deve continuare ad essere una funzione essenziale dello stato, richiedeva che il giudice, obbligato dal suo giuramento, decidesse il caso così come si deve decidere secondo il tenore della legge, circoscrivendo la libera creazione del diritto all'area del «*spraeter legem*» (individuata nei casi in cui la legge si presenta lacunosa o incerta).

¹³²) Anche di quella svolta in *Der Kampf*, cit., relativamente alla libera creazione del diritto da parte del giudice, secondo le determinazioni richiamate nella nt. precedente.

ce considera «applicabili» e, viceversa, non applicabili le norme dette dallo studioso «sociali». L'esperienza giuridica, a cui essa parrebbe a primo aspetto più calzante, è quella romana antecedente alla codificazione dell'editto, nella quale competeva al magistrato giudicante l'*officium* di disapplicare norme vigenti (in particolare mediante la concessione, al convenuto, di un'eccezione) e di applicare principii nuovi (in specie con la concessione, all'attore, di una nuova azione)¹³³. L'impressione è peraltro sbagliata, perché la *iurisdictio* (l'*officium* indicato) era esercitata dal magistrato giudicante (se pure non sono mancate anche in quell'esperienza casi di sopruso e deviazioni) sulla base di criteri (l' '*aequum* ' poi specificato nel '*bonum et aequum* ') elaborati dalla giurisprudenza e ritenuti ad un tempo fondamento e componenti del sistema giuridico.

Secondo la definizione del Kantorowicz, ai fini dell'applicazione e disapplicazione delle norme in vigore non resta che l'arbitrio del giudice. Il che non è rispondente non solo alle declamazioni, ma neppure alla realtà, almeno nella stragrande maggioranza dei sistemi giuridici.

Come si è detto, la sovrapposizione dell'ideologia alla realtà era già presente nel sistema giustiniano: non era realistico ritenere che nella compilazione fossero previsti tutti i casi del presente e che l'imperatore fosse in grado di chiarire tutti i casi dubbi che si sarebbero presentati a tutti i giudici del vastissimo impero e di emanare tempestivamente (in relazione alla soluzione dei casi concreti) la disciplina occorrente per le nuove esigenze che si sarebbero presentate.

Il dato da segnalare, anche perché piuttosto trascurato nei posteriori riferimenti al modello giustiniano, è che lo stesso Giu-

¹³³) Pure il Kantorowicz era consapevole (si veda un cenno in *Der Kampf*, cit., p. 42) che neanche il giudice inglese ha gli stessi poteri che competevano al pretore romano.

stiniano si rese conto del fallimento del sistema da lui ideato e posto in essere con la compilazione. In astratto esso gli era apparso il più idoneo ad assicurare la certezza del diritto e l'uniformità dei giudicati, in funzione dello scopo pratico di buon governo, percepito nella tempestività delle decisioni giudiziali, per il quale aveva avviato l'attività compilatoria. In particolare si rivelò insostenibile il perno della riforma, rappresentato dalla riserva al solo imperatore, in una col potere di creare diritto, del compito di interpretarlo. La coerente prescrizione ai giudici di chiedere l'intervento dell'imperatore per ogni caso dubbio e nuovo produsse effetti contrastanti coi fini della compilazione: le richieste, verosimilmente crescenti, inoltrate dai giudici all'autorità imperiale facevano da cassa di risonanza alle incertezze colte nella compilazione, intasavano la cancelleria imperiale e, anziché amputare, dilatavano le lungaggini processuali.

In una novella del 543, a dieci anni di distanza dalla pubblicazione dei *Digesta*, Giustiniano, con tono dimesso e rassegnato, contrastante con quello euforico e trionfalistico delle costituzioni attinenti alla compilazione, aprì per i giudici una breccia nell'indicata riserva dell'attività interpretativa all'imperatore, disponendo che essi in futuro non si rivolgessero più, per le cause di loro competenza, alla maestà imperiale, ma le esaminassero essi stessi in modo compiuto, decidendole quindi come essi riterranno '*instum legitimumque*'¹³⁴.

¹³⁴) *Nov.* 125: «Poiché alcuni tra i giudici, dopo che la contesa giudiziaria si è trascinata a lungo e le parti hanno sostenuto molte spese nei processi promossi presso di loro, hanno preso l'abitudine di sottoporre questioni alla nostra serenità, abbiamo provveduto con la presente legge generale a correggere questo stato di cose, affinché non ne derivino rinvii e l'esame [della causa] non debba ricominciare da capo. Ordiniamo perciò che tutti i giudici non riferiscano in qualsiasi modo e in qualsiasi tempo, per le cause impiantate presso di loro, alla nostra serenità, ma le esaminino perfettamente [in mo-

Il contesto e il carattere generale della disposizione giustiniana implicano che tutti i giudici dell'impero decidessero da soli, senza più ricorrere all'imperatore, tutti i casi ad essi sottoposti, compresi quelli dubbi e nuovi. Può peraltro apparire incerto il significato di «legittimo» nella locuzione *'iustum legitimumque'* contenuta nella novella: vale a dire se Giustiniano intese prescrivere ai giudici di estendere in via analogica le disposizioni legislative oppure di decidere i casi ad essi sottoposti come se avessero dovuto regolarli in via legislativa. Si oscilla, come si vede, tra la visuale a cui la disciplina dell'interpretazione appare ispirata nel diritto italiano vigente e quella a cui lo è invece nel diritto svizzero. Se pure l'analogia è contemplata nella compilazione, sembra da preferire la seconda soluzione, sia perché Giustiniano non richiamò, nella novella, il dovere dell'estensione analogica, sia perché, tra i casi che i giudici dovevano decidere senza più ricorrere al lume imperiale, figuravano insieme a quelli nuovi, quelli dubbi, per i quali non

do completo sotto ogni aspetto], decidendo ciò che a dessi appare giusto e legittimo ...». La portata dell'innovazione nel sistema giustiniano e nello sviluppo successivo non può ancora dirsi compiutamente sviscerata. Crea, in particolare, difficoltà, sotto il primo profilo, la ricomparsa, a distanza di vent'anni da essa, nel proemio della *Nov. 143*, della vecchia enunciazione secondo cui non è dubbio che l'interpretazione della legge compete alla sola carica imperiale, così come compete alla stessa il potere di emanarla. Si veda sulla questione G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, p. 124 ss., la quale rileva che, nonostante l'indicata testimonianza, «non abbiamo traccia di un provvedimento abrogativo di *Nov. 125*, ma è lecito supporre che, nella prassi», sia stata ripresa, da parte dei giudici (io riterrei in casi particolari), la sottoposizione di dubbi interpretativi all'imperatore. A mio avviso si deve peraltro puntualizzare che non si è avuto (non risulta attestato) il ripristino del dovere dei giudici di ricorrere al lume imperiale per tutti i casi dubbi o nuovi ad essi sottoposti (nella prassi ipotizzata dalla Bassanelli il ricorso del giudice all'imperatore non è più configurabile come un dovere, bensì come una possibilità o facoltà).

soccorre in primo piano tale estensione. E' sicuro, in ogni modo, che Giustiniano, con la novella, rinunciò alla riserva dell'interpretazione creativa all'autorità imperiale, ammettendo ad essa i giudici in merito ai casi ad essi sottoposti¹³⁵. Si ristabilì così, nella funzione giudicante, il legame tra attività interpretativa e decisione del caso e l'interpretazione riacquistò, nella stessa, la propria fisionomia, che la distingue dalla mera ricognizione, come dalla creazione del diritto in via legislativa (mediante la posizione di norme generali ed astratte). Come ho già accennato, la novella giustiniana e, con essa, la riacquisita percezione della fisionomia dell'interpretazione, disgiunta dal potere legislativo, sono state peraltro piuttosto trascurate nella tradizione giuridica successiva. Un esempio significativo può vedersi, in Italia, nella proposta di codificazione del Muratori, rimasta ferma – salvo forse una smagliatura – alle linee del modello dapprima perseguito da Giustiniano con la codificazione¹³⁶. Per la Germania si può citare il «Project des Corpus iuris

¹³⁵) Esattamente l'imperatore la prescrisse ad essi nei casi non ritenuti risolvibili alla luce delle norme in vigore.

¹³⁶) Il MURATORI, *Dei difetti*, cit., prese ispirazione da Giustiniano, sia in merito agli scopi pratici del codice proposto, sia alla relativa attuazione. Si veda, sul primo punto, la dedica «alla Santità di Benedetto XIV P. M.» (in particolare p. 30, dove lo scrittore dice di aver avuto riguardo ad «uno de' più importanti affari del governo politico», ravvisato nella «buona amministrazione della giustizia» e nel «risparmio, per quanto si può, delle liti») e, sul secondo, la «conclusione dell'opera» (in particolare p. 290 ss.). Una smagliatura, rispetto alla compattezza del modello giustiniano, può forse vedersi nella frase conclusiva (p. 293): «Ha il principe da esigere con forza che sieno rispettate ed eseguite le sue costituzioni, ed ha da vegliare che non ne formi delle nuove il capriccio dei suoi ministri con limitazioni ed amplificazioni arbitrarie, cioè non fondate sopra l'intenzion chiara, e non superata d'altre leggi». L'inciso retto da «cioè» potrebbe far pensare che il Muratori abbia ammesso la formazione di nuove costituzioni (leggi) da parte dei giudici e dottori, purché fondata sopra la chiara intenzione di altre leggi. Siffatta formazione di nuove leggi ad opera di giudici e dottori è peraltro sicuramente esclusa nel pensiero dello scrittore. L'inciso in parola ha l'aria di un chiar-

Fridericiani», pure riecheggiante, in prevalenza, tale modello¹³⁷.

Resta ancora da sottolineare un risvolto della novella giustiniana nella prospettiva dello sviluppo posteriore. L'imperatore, che aveva formulato il divieto dell'interpretazione non meramente letterale nei confronti dei giuristi, apre ora, sul versante dei giudici, una breccia all'interpretazione creativa nel caso concreto. Si è così verificato per la prima volta, nella tradizione giuridica occidentale, il «sorpasso» dei giuristi da parte dei giudici¹³⁸. Con ogni

mento aggiunto posteriormente alla stesura della frase che precede. Essa rende oscuro il discorso complessivo. E' possibile che il Muratori abbia inteso ammettere nel suo progetto, in aderenza ad esigenze pratiche, l'interpretazione restrittiva ed estensiva della legge, purché fondata sopra la «chiara e non superata» intenzione del legislatore.

¹³⁷ I §§ 8 e 10 del Progetto del «Corpus iuris» (che ho potuto consultare nell'edizione francese «Code Frédéric ou Corps de droit pour les états de Sa Majesté le Roi de Prusse», s.l., 1751) dispongono il dovere dei giudici di rivolgersi al Ministero degli affari di giustizia per i punti dubbi da essi ravvisati nel testo legislativo (unitamente alla facoltà, accordata alle parti, di rivolgersi direttamente al re) e il divieto di fare commenti o dissertazioni relativamente all'intero «Corpus iuris». Non è invece riprodotto, in questo, il principio secondo cui, come spetta soltanto al re il potere di emanare la legge, così è riservata a lui l'interpretazione creativa. Il § 7 stabilisce: «Vietiamo ai giudici di interpretare la legge nei casi dubbi e, sotto il pretesto dell'intenzione della legge o di un'equità avente spesso fondamento solo nei loro cervelli, di introdurre a loro piacimento eccezioni, limitazioni o ampliamenti. Beninteso che essi sono autorizzati ad applicare ed estendere la legge a tutti i casi simili, che lo spirito e la *ratio* della legge ebbero in vista, benché non sia stato possibile riferire tutti i casi particolari». Non manca, anche in questo paragrafo, l'influenza della compilazione giustiniana, interpretata nel senso della coesistenza dell'impiego, da parte dei giudici, dell'analogia col divieto agli stessi di interpretare la legge nei casi dubbi. Tale coesistenza è stata ritenuta possibile per il fatto che il predetto impiego dell'analogia non è concepito – a differenza di quanto avviene, almeno di regola, nei sistemi a base legislativa, sulla scia dell'enunciazione giuliana tramandata in D. 1.3.12 – come un dovere, ma come una facoltà (nel paragrafo riferito si dice che i giudici «sono autorizzati» ad esso).

¹³⁸) Esso appare, per così dire, consacrato al livello del linguaggio, nel

verosimiglianza Giustiniano temeva di più l'erosione del potere normativo riservato all'imperatore da parte dei giuristi che non dei giudici. E' certo (per lo meno così mostra univocamente la tradizione occidentale) che, nei sistemi a base legislativa, i giuristi tendono ad essere accantonati dalle indispensabili funzioni della produzione e dell'applicazione del diritto, attribuite la prima al legislatore e la seconda ai giudici¹³⁹. E' questa la ragione profonda per la

mutato impiego del segno «giurisprudenza», che aveva indicato l'opera dei giuristi (o gli stessi giuristi: *iuris prudentes*), e rappresenta, ora (salvo che nelle trattazioni di diritto romano), le sentenze dei giudici. La vicenda accennata nel testo si inserisce in un più vasto fenomeno, del quale mi limito a ricordare la ritenuta eliminazione della *iurisdictio*, il cui nucleo essenziale venne assunto, in realtà, nella *indicatio*. Si tratta di un altro elemento fondamentale della nostra tradizione, di cui si impone la considerazione e il recupero per il superamento di visioni ideologiche sovrapposte alla realtà, le quali continuano ad ostare alla percezione della specificità della funzione giudicante, non ridicibile, da un lato, alla mera ricognizione e non identificabile, dall'altro, con l'attività legislativa, ma partecipante in qualche misura dell'una e dell'altra.

¹³⁹) Nella teoria della divisione dei poteri, tramandata dal Montesquieu, non c'è spazio per la dottrina. E' diffusa, in linea con Giustiniano, la convinzione che la dottrina, rappresentata dai professori, serva essenzialmente all'insegnamento del diritto. Non si tiene conto che, per la stessa esperienza romana, nella quale gli organi giurisdizionali ebbero poteri certo superiori a quelli dello stesso giudice inglese, Pomponio (D. 1.2.2.13) rilevava con fondatezza l'indispensabilità del giurista per il quotidiano (continuativo) sviluppo in meglio del diritto. (Il diritto romano, nonostante il ruolo in esso avuto dal pretore e dagli altri organi giurisdizionali nella produzione del diritto, viene ritenuto in prevalenza un modello di diritto giurisprudenziale-consuetudinario). Si dimentica che, mentre sotto Giustiniano, per lo studio e l'insegnamento del diritto si usavano testi di carattere legislativo (predisposti come *leges* dall'autorità imperiale, anche se contenenti *iura*), oggi agli stessi fini vengono adottati, pur con i richiami ai testi legislativi, manuali e «corsi» predisposti dai giuristi (non è possibile, nell'esperienza attuale, l'apprendimento del diritto, studiando soltanto la legge). Si trascura il fatto che gli stessi giudici decidono i casi ad essi sottoposti, applicando, assieme alle disposizioni legislative, dottrine elaborate dai giuristi.

quale tanti secoli dopo il Savigny si oppose fortemente, se pure senza successo, al movimento per la codificazione in Germania¹⁴⁰.

I rilievi svolti, per quanto scarsi, indicano che la ricostruzione della fisionomia dell'interpretazione non può essere perseguita sulla base di teorizzazioni in ordine ad essa, ma superandole nella considerazione delle sue esplicazioni concrete nella vita giuridica, e che, prima di elaborare in proposito una teoria generale o procedere a comparazioni, occorre effettuare tale ricostruzione ordinamento per ordinamento, in relazione sia al presente che al passato.

B) A commento dei *coronation cases* adottati, il Monateri scrive: «Fa parte dei miti che circondano il contratto che esso sia un atto di volontà, e quindi il problema del rischio per circostanze sopravvenute, e *non* immaginate, *deve* ricondursi all'ambito della volontà dei contraenti»¹⁴¹. Lo studioso incorre anche qui in una confusione e in un'indebita generalizzazione. Egli fonda il suo assunto sulla circostanza che le parti dei contratti di affitto di balconi per assistere all'incoronazione del re non ne avevano previsto il rinvio per una malattia dello stesso. La mancata previsione di un evento raro ed eccezionale, quale fu sicuramente, nei casi considerati, il rinvio dell'incoronazione, non esclude però che le parti avessero voluto l'affitto del balcone.

Similmente al legislatore nella legge, anche le parti, nella stipula del contratto (se pure l'ambito di previsione è, di regola, per essi, più ristretto), non sono sempre in grado di prevedere tutto. E' certo possibile che si trovi una soluzione migliore di quelle finora adottate per il problema delle cd. sopravvenienze contrattuali

¹⁴⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 3, Freiburg i.B., 1892 (trad. it. – della prima edizione – in «La polemica sulla codificazione» [cur. G. MARINI], Napoli 1982, p. 87 ss.).

¹⁴¹ MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 191.

(profilo peraltro non considerato dal Monateri). Quello che non si può fare è negare l'evidenza, traendo dal dato considerato l'arbitraria illazione, di portata generale, che il contratto non è, nell'esperienza umana, un atto volontario. Credo che, come la generalità delle altre persone, anche il Monateri, quando acquista un libro o un appartamento, o quando stipula un contratto con un editore o con una società di assicurazioni e così via, ne abbia coscienza e volontà.

L'autore non ha neppure avuto presente un altro fenomeno: non solo nel diritto romano, ma anche nel nostro attuale sistema si hanno comportamenti che, pur senza presentare i requisiti propri del contratto, sono sottoposti, per quanto possibile, alla relativa disciplina. Ad esempio l'art. 2030 *cod. civ.* estende al gestore di affari altrui, col temperamento stabilito nel capoverso ¹⁴², la soggezione «alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato». Il dato non autorizza però lo studioso del diritto ad assumere la gestione di affari altrui come modello per la configurazione del contratto, escludendo, nello stesso, il requisito della volontà.

C) Il Monateri affaccia, a proposito dell'interpretazione, la distinzione tra «problema di fatto», vale a dire «come studio del modo in cui in un ambiente dato i giuristi impiegano certi criteri o certe convenzioni, tacite o esplicite che esse siano», e «come questione del modo in cui l'interpretazione deve essere condotta, o del modo in cui l'interpretazione deve presentare i risultati delle proprie operazioni ermeneutiche» ¹⁴³. L'autore mostra, a parole, di attribuire grande rilevanza alla distinzione, asserendo che «confondere le due questioni può condurre alla fallacia naturalistica o a

¹⁴²) La moderazione, da parte del giudice, del risarcimento del danno «in considerazione delle circostanze che hanno indotto il gestore ad assumere la gestione».

¹⁴³) MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 201.

quella moralistica»¹⁴⁴. Le implicazioni della distinzione appaiono peraltro estranee alla sua argomentazione, indirizzata a sostituire alla categoria dell'interpretazione quella della decisione. Salvo la citata enunciazione, in termini astratti (non so se fatta a fini di completezza o *ad pompam*), l'autore ha ignorato totalmente il piano delle norme, del dover essere immanente nel fenomeno giuridico, incorrendo così in quella che egli chiama fallacia naturalistica. In effetti egli, nel saggio in esame, non solo non analizza, ma non cita neppure la variegata disciplina dell'interpretazione stabilita in molti codici e ritenuta esistente anche in sistemi, nei quali i codici non la prevedono o mancano gli stessi codici¹⁴⁵. E la riduzione dell'interpretazione a decisione crea confusione e non risponde alla realtà. Il giudice svolge una duplice attività: interpreta e decide; viceversa il professore o altro giurista, che non sia giudice, svolge soltanto attività interpretativa (o, in senso più ampio, elaborativa).

Il Monateri appare influenzato da correnti del realismo¹⁴⁶, che è tale a senso unico, in modo gravemente parziale. L'assunto di partenza, secondo cui la scienza giuridica, così come hanno fatto le scienze naturali, liberandosi dalla metafisica, deve avere ad oggetto il solo mondo dell'esperienza sensibile, viene nei fatti disatteso. Sono sofismi il presupposto, enunciato o sottinteso, consistente nell'attribuzione alle norme (al dover essere che le caratte-

¹⁴⁴) *Loc. ult. cit.*

¹⁴⁵) Un'analisi comparata dei differenti dati normativi nei vari sistemi manca pure nello scritto *Interpretazione del diritto*, cit., p. 31 ss. Nello stesso scritto, in relazione al diritto italiano vigente (p. 47 ss.), la considerazione non è rivolta all'intera disciplina dell'attività ermeneutica, ma concentrata sul primo comma dell'art. 12 delle preleggi e, anche in questo ambito, non può dirsi compiuta né sul piano esegetico, né su quello storico,

¹⁴⁶) Sul realismo scandinavo e americano si veda, con citazioni essenziali, la chiara, per quanto sintetica, messa a punto di G. PUGLIESE, 'Diritto', in «Enciclopedia delle scienze sociali», III, Roma, 1993, p. 55 s.

rezza) di valore psicologico o sociologico, ma non giuridico, la parallela asserzione che la scienza del diritto è scienza dei fatti, non di entità immateriali o intellettuali, e la connessa riduzione del diritto alle sentenze ¹⁴⁷.

Non è dubitabile che il diritto e la scienza giuridica debbano considerare l'essere umano (l'uomo che crea il diritto e costruisce la scienza giuridica deve considerare se stesso e ogni altro essere umano) nella configurazione fisica e psichica che lo contraddistinguono ¹⁴⁸ e nei comportamenti, coi relativi stimoli e motivazioni, che danno luogo ai rapporti intersoggettivi nella vita sociale e giuridica. È proprio questa considerazione rivela l'impossibilità della riduzione del fenomeno giuridico, non solo nei sistemi di *civil law*, ma anche in quelli di *common law*, alle decisioni dei giudici. Indico, tra le migliaia che potrebbero addursi, due esempi per il diritto italiano vigente. La nuova normativa della circolazione stradale ha cambiato in più punti il comportamento di masse di automobilisti. Così, in base ad essa, le autovetture circolano ora con i fari accesi anche in pieno giorno sotto la luce del sole. In passato i fari accesi, in tali condizioni, erano attribuiti a disattenzione degli automobilisti, i quali si facevano reciprocamente segni per il loro spegnimento. Da alcuni anni i figli non devono e non corrispondono più l'imposta, prima stabilita dalla legge, per la successione nel patrimonio dei genitori. In precedenza, invece, essi la dovevano e la corrispondevano. I mutamenti indicati, nel campo giuridico, non sono dovuti a sentenze, ma alla legge. Non vedo come si potrebbe negare che le nuove norme introdotte e i mutamenti da esse de-

¹⁴⁷) I comportamenti umani, non sceverabili dalla coscienza e volontà, non possono essere assimilati, nella valutazione, a fatti naturali quali la caduta di un fulmine, il germoglio o la fioritura di una rosa.

¹⁴⁸) In relazione alla quale è stata formulata la relativa definizione come animale ragionevole.

terminati nel comportamento di tanti soggetti facciano parte della realtà ed abbiano rilevanza, oltre che sul piano psicologico e sociologico, anche su quello giuridico. Gli stessi giudici, in un sistema di tipo legislativo, quale quello italiano, il più delle volte non solo credono o dicono di applicare la legge, ma la applicano effettivamente. Di regola le innovazioni legislative determinano mutamenti corrispondenti nelle sentenze.

Anche i fautori del realismo non hanno tenuto presente che il diritto, in quanto prodotto umano, è al di fuori dell'uomo, ma che, per la stessa ragione, l'uomo, nel produrlo, interpretarlo e applicarlo, mette in gioco se stesso con le proprie facoltà (*in primis* la coscienza e la volontà). Il dato è alla base delle simmetrie esistenti tra la legge, comando generale ed astratto, e le sentenze di cognizione, comandi personali e concreti. L'una e le altre non si fanno da sole e sono di regola osservate spontaneamente dagli interessati. L'osservanza spontanea presenta quindi, come si è detto, un carattere fisiologico, non solo nei riguardi delle norme giuridiche, ma anche delle sentenze di cognizione ¹⁴⁹.

D) Nell'ultima pagina del suo scritto il Monateri trae dal suo «discorso sull'ermeneutica giuridica» la conclusione che «occorre ormai vedere il diritto *al di là* di ogni schermo ermeneutico», sottolineando quindi che esso «si palesa come un processo decisionale complesso e decentrato». In una delle battute finali aggiunge che «al vecchio schema della elaborazione del diritto mediante legge e interpretazione dobbiamo ormai sostituire uno schema di produzione del diritto mediante decisioni contrapposte e strategie manipolative» ¹⁵⁰.

¹⁴⁹) Il dato non è inficiato dal fatto che l'osservanza spontanea sembra più elevata, in percentuale (senza peraltro il controllo di rilevazioni al riguardo), per tali sentenze che non per le norme.

¹⁵⁰) MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 206.

Come si vede, l'autore estende a tutto il diritto la categoria decisionale, da lui sostituita all'interpretazione sulla base di indebitate generalizzazioni, fraintendimenti e mancata considerazione di dati. E lo fa senza offrire nemmeno un cenno di dimostrazione. I soli appoggi dell'estensione sono le enunciazioni «occorre ormai vedere» e «dobbiamo ormai sostituire» contenute nelle frasi sopra riportate. Queste enunciazioni, introducenti la conclusione, fanno pensare a una dimostrazione già data, ma che, nel caso, difetta totalmente.

La verità è che il Monateri aveva già un'idea preformata, tratta dalle tesi del realismo (in realtà pseudo realismo), tendenti a ridurre il diritto alle decisioni dei giudici. Egli, riconoscendo valore assoluto a tali tesi, le ha ritenute applicabili anche ai sistemi a base legislativa e, nello scritto in esame, ne tenta la trasposizione in essi. Proprio il suo scritto evidenzia però l'improponibilità della trasposizione, in una con l'inadeguatezza delle tesi del realismo, a mio avviso, non solo per i sistemi di *civil law* e non solo al livello della teoria generale del diritto.

Lo studioso non precisa (o almeno io non sono riuscito a capire) quale sia, nella sua visione, il ruolo attribuito alla legge. Dal discorso emerge l'alternativa tra la sua eliminazione dal fenomeno giuridico, risolto nelle decisioni dei giudici, e la sua inclusione, insieme all'attività ermeneutica, nella categoria della decisione.

Sul primo corno dell'alternativa non credo necessario integrare i rilievi già fatti: rientra nella comune esperienza che il diritto consideri l'uomo quale essere cosciente e pensante e che la legge (in generale la produzione normativa) e i comportamenti da essa determinati nei consociati – come si è visto, anche indipendentemente da decisioni di giudici – facciano parte della realtà percepibile nel fenomeno giuridico.

Circa l'inclusione della legge nella categoria della decisione (il secondo corno dell'alternativa), si ripropongono, aggravate, le cri-

tiche già mosse all'inclusione nella stessa dell'attività ermeneutica. Certamente anche nella produzione legislativa è presente il profilo della scelta e della decisione in essa implicita; profilo che, peraltro, si rinviene in ogni atto umano, caratterizzato, in quanto tale, dalla coscienza e dalla volontà. Esso si trova, ad esempio, nella compra, come nella vendita, nel mandato, nel testamento, nella disdetta, nelle dimissioni e, al di fuori del campo giuridico, nella scelta del vestito, come del percorso per recarsi da un luogo all'altro, del profumo, del piatto da cucinare per gli ospiti. Nell'indicazione delle cose con le parole si guarda però all'elemento o agli elementi caratterizzanti (quello o quelli appunto evocati dal significato delle parole). Il profilo decisionale emerge nei riguardi delle sentenze dei giudici e dei lodi arbitrali, le une e gli altri rappresentati appunto anche con la parola «decisione» e sussunti nella relativa categoria¹⁵¹. Negli esempi indicati l'elemento o gli elementi caratterizzanti sono altri e peculiari alle singole figure. Essi sono altri e peculiari anche nella legge, come mostrano le antiche e meno antiche riflessioni su di essa, tra cui ricordo la definizione di Papiniano conservata nel Digesto, la quale, pur riflettendo peculiarità della visione del giurista e dell'esperienza romana, non è per questo meno significativa¹⁵². Se il Monateri le avesse tenute presenti non sarebbe verosimilmente incorso negli abbagli rilevati.

I rapporti tra genere e specie, tra figura e categoria, sono og-

¹⁵¹) Lo stesso non può dirsi, viceversa, per l'espressione «provvedimenti amministrativi», non rientrante propriamente nell'area semantica del decidere.

¹⁵²) Pap. D. 1.3.1: '*Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio*'. Si veda da ultimo su di essa E. STOLFI, '*Lex est ... virorum prudentium consultum ...*'. Osservazioni su (Pap. 1 def.) D. 1,3,1, in corso di stampa in «SDHI», LXX, 2004. Aggiungo una riflessione di Cicerone, nel *de legibus*, 1.6.19, secondo cui, nella legge, coesistono la *vis* dell'*aequitas* e quella della scelta, il *proprium* dell'una e dell'altra.

getto di una tecnica antica, suscettibile, come ogni elaborazione umana, di miglioramenti, ma non priva di linee (regole tecniche). Gli elementi che diversificano la legge dalla decisione ostano alla sussunzione della prima nella seconda. E l'appaiamento della legge e dell'interpretazione nella categoria della decisione, è reso impossibile, a prescindere da altri argomenti, dal fatto che la legge costituisce l'oggetto dell'attività interpretativa. Neanche il Monateri, appoggiandosi a tesi del realismo, può togliere la legge dall'esperienza giuridica ed eliminare la necessità della sua interpretazione. Anche parlando di decisione, anziché di interpretazione, non può impedire che la legge continui ad essere interpretata unitamente al caso da decidere, almeno fin quando i giudici faranno riferimento ad essa per deciderlo (non rilevano, sotto il profilo in esame, le differenze, sul punto, fra i vari ordinamenti).