

L'interpretazione del diritto è «affabulazione»?

1. Delimitazione e finalità del lavoro – 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 – 3. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto e la sua sostituzione con la categoria della decisione, sostenute dal Monateri, difettano di supporto sul piano della teoria generale, della storia, della comparazione e del nostro diritto positivo – 4. Ulteriori divergenze dallo studioso riguardo al metodo e ai risultati – 5. Le ragioni profonde del rifiuto della tesi in esame attengono alla concezione del diritto, ai rapporti tra esso e la giustizia, alla funzione giudicante e al compito della dottrina. Si cerca, in particolare, sull'ultimo punto, la spiegazione del fatto, nascosto da ideologie, che la consolidata elaborazione della dottrina costituisce diritto.

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

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

Si sono tuttavia teorizzate sia l'impossibilità di concepire norme giuridiche sull'interpretazione, sia l'impossibilità di discernere tra «interpretazione corretta» e «interpretazione sbagliata»¹. Forse neppure gli autori di queste teorizzazioni ne hanno compiutamente considerate le dirompenti implicazioni. Si può prescindere, nell'approccio iniziale, dallo sviluppo dell'esame critico, proponendo soltanto alcuni interrogativi: se non è possibile distinguere tra interpretazione corretta e interpretazione sbagliata, a che cosa servono più gradi di giudizio? A cosa serve la graduazione tra giudici monocratici e giudici collegiali? A cosa servono gli stessi giudici togati e il complesso normativo sull'«ordinamento giurisdizionale» e la «giurisdizione», a cui la Carta costituzionale italiana ha

¹) Entrambe le rappresentazioni sono tratte da R. SACCO. La prima riproduce il titolo di una sezione del § 2 («se l'interpretazione sia regolata da norme giuridiche»: cfr. *Indice*, p. 173) della parte prima della monografia *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947 (ristampata nel 2003 con *Prefazione* di A. GAMBARO). Le locuzioni «l'interpretazione corretta» e «l'interpretazione sbagliata» compongono il titolo del capitolo quinto della parte dedicata a *L'interpretazione* in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in «Trattato di diritto civile» (diretto da R. SACCO), Torino, 1999, p. 159 ss. In un altro scritto (*La dottrina, fonte del diritto*, in «Studi G. Tarello», II, Milano, 1990, p. 456 s.) il Sacco afferma l'avvenuto chiarimento, «con una logica inespugnabile», della seconda impossibilità menzionata nel testo, ad opera di P.G. MONATERI, «*Legal doctrine as a source of law. A transnational factor and a historical paradox*», in «Italian National Reports to the XIIth I.C.C.L. (Sidney, 1986)», Milano, 1986, p. 24 ss.; si veda, di questo stesso autore, *Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi del diritto comparato)* in «Rivista di Diritto Civile», XXXII.1, 1987, p. 593 s. Severa critica in F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XLIX, 1995, p. 20 ss. e nt. 25, p. 57 s. e nt. 69.

dedicato il titolo quarto (la «magistratura») della parte seconda («ordinamento repubblicano») ²? Se, dopo aver frequentato con profitto i corsi universitari e aver continuato ad occuparsi del diritto tutta la vita, non si è lo stesso in grado di dire, non eccezionalmente, ma in via normale, se una soluzione è corretta o sbagliata, a cosa servono l'insegnamento e lo studio del diritto, i professori, le cattedre universitarie, i concorsi per ricoprirle, le facoltà e le biblioteche giuridiche? Se non è percepibile il significato delle norme, a cosa serve modificarle o emanarne delle nuove? A cosa servono in generale le leggi?

Fortunatamente l'asserita «indecidibilità essenziale» ³ in campo giuridico è un paradosso (un'idea a cui non sembra estraneo, in alcuni autori, il desiderio di stupire), non un dato della realtà. Anche i non giuristi sanno che la somma di denaro ricevuta a mutuo deve essere restituita, che l'anello venduto e consegnato, con contestuale pagamento, all'acquirente non appartiene più al venditore, che è vietato commettere omicidi, rubare, rendere falsa testimonianza. Ovviamente si presentano casi controversi, di difficile soluzione, incerti. L'incertezza può dipendere da dati fattuali come giuridici. Sotto il primo profilo può accadere, ad esempio, che risulti difficilissimo stabilire se l'uccisione di un uomo sia avvenuta o non avvenuta per legittima difesa ovvero se per caso fortuito o per una diabolica macchinazione ⁴. In merito al secondo profilo possono vedersi, a titolo di esempio, i casi selezionati da Dworkin per il diritto americano (uno per il diritto inglese) ⁵, con l'avvertenza, tuttavia, che le considerazioni svolte in ordine ad essi dall'autore non sono generalizzabili, non valgono cioè in ogni caso per tutti gli ordinamenti: penso in particolare a quelli dell'Europa continentale e specificamente a quello italiano. Spesso l'incertezza dipende dalla mancata previsione legislativa o anche, nel mondo anglosassone, dall'assenza di precedenti. Tuttavia i casi incerti e gli stessi errori di giudizio ⁶ non eliminano (non hanno finora eliminato, nell'esperienza umana) l'esigenza del diritto.

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

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

Viene così non solo eliminato lo stato di diritto, ma viene in qualche modo rinnegata l'idea stessa di diritto, quale tramandata nella nostra tradizione e testimoniata anche al di fuori di essa nel-

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

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

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

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

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

⁷) SACCO, *Il concetto*, cit., p. 16.

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

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

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

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

Non nascondo inoltre la mia preoccupazione per un futuro in cui trovino attuazione le idee accennate, in cui cioè, come descrive il Monateri, «il diritto» sia ridotto a «un gioco strategico tra legislatori, giudici e altri interpreti», nel quale «le scelte 'candide' sono bandite»¹². Pavento, per le generazioni che verranno (per i miei figli e i figli dei miei figli), l'assunzione al compito di legislatore di persone che si reputino svincolate dai supremi criteri ispiratori del diritto ed all'ufficio di giudice di persone che non si ritengano soggette alle scelte legislative (purché operate nel rispetto dei suddetti supremi criteri). Vedo in tutto ciò la negazione della civiltà giuridica, il rifiuto della ragione nella disciplina dei rapporti umani. E vedo, in coerenza, un cattivo insegnamento nelle teorizzazioni che sospingono i giovani in tale direzione.

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

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

2. 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.

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

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

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

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

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

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 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 disinvolture 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 statale ... 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 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 esplicitatesi 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 *offi-*

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.

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

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).

cium i successivi pretori rafforzarono, integrarono e corressero il diritto posto dalle *leges* e dai *mores* in modo da adeguarlo all'*aequum*. Le modifiche 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 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 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 de-

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

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*).

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

²³ Nel § 5.

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 preporre norme)»

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

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

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 strampalata. 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 preconcetta²⁷. 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 preconcetto 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 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.

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».

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.

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 $\pi\theta\omicron\nu\acute{o}\nu$, la cui rigida interpretazione come proposizione (o soluzione) plausibile sembra essere riduttiva. Nel concetto labeoniano concorrevano verosimilmente entrambe i significati di $\pi\theta\omicron\nu\acute{o}\nu$ 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*

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 «contrasta 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 significato 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 reato³⁴.

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 considerazione³⁵.

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 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

Labeone, Torino, 1997, p. 316 ss. Presenta analogie col *πρωτόν* labeoniano l'idea di L. MENGONI, *Le aporie*, cit., p. 355: «Le regole dell'argomentazione 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.).

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.

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 principi generali), ma anche 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 principi 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 essere³⁸.

Nel secondo scritto pervenni ad individuare, nell'ambito dei principi generali del diritto richiamati dall'art. 12 delle preleggi, questa graduazione: i principi ricavati o ricavabili dalla legge ordinaria; i precetti della Carta costituzionale, di rango superiore ai primi; i criteri di eguaglianza e ragionevolezza posti in cima al sistema, al di sopra anche degli altri precetti costituzionali³⁹.

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.

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.

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.).

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.

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 sbagliata⁴⁰. A riprova egli adduce che 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 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.

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 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 fantasticherie (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.

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

Il caso indicato rispecchia la regola nelle relazioni umane sia 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 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 scoperta ⁴⁹. I principii 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

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 «Panorami», IV, 1992, p. 13 ss.

⁴⁹) P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», X, Torino, 1993, p. 56.

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 senza 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'inosservanza 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 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

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.

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.

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 deterioro di cosa non vera (per dirla tutta, di fandonia).

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 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 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)

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.

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

dei supremi principi dell'uguaglianza 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.

3. Tra gli studiosi dell'interpretazione del diritto, il Monateri è giunto a negarne il fondamento, tramandato nel corso dei secoli dalla nostra tradizione risalente al diritto romano, e a proporre quindi l'eliminazione dalla scienza giuridica. Nello scritto dedicato all'argomento egli perviene, come si è già notato, a considerare «le interpretazioni come delle affabulazioni, non nel senso che *alcune* interpretazioni sono delle affabulazioni, ma che *tutte* le interpretazioni *sono* delle affabulazioni». A suo parere l'interpretazione giuridica consisterebbe precisamente in «una *deformazione*, che potrebbe dirsi ipocrita e raffinata», dei testi usati. Gli interpreti vengono rappresentati dallo studioso come «una folla di persone che portano tutti lo stesso nome», che «si somigliano tutti talmente da non avere più alcuna identità». Con forza egli sottolinea che «essi sono appunto *gli* interpreti, non giudici, avvocati, arbitri, ufficiali di polizia, prefetti, professori, funzionari». Nel contempo gli stessi sono da lui ritenuti «tutti egualmente indifferenziati rispetto a una creatura inesistente: il *legislatore*, che è appunto il *legislatore*, e non i senatori, i deputati, i segretari di partito, i funzionari del comitato centrale e così via». Donde le illazioni – peraltro non suffragate dai dati esposti – che «ciò che i giuristi chiamano interpretazione è allora questa affabulazione ipocrita e raffinata, condizionata dal contesto istituzionale in cui il discorso culturale sul diritto si produce», e che «il metro con cui giudicare delle interpretazioni giuridiche non può allora essere che quello del loro successo, in quanto affabulazioni» ⁵⁹.

Segue la conclusione – anch'essa priva di giustificazione nei dati richiamati –, secondo cui «nel diritto si decide: *l'interpretazione del diritto* è l'insieme delle affabulazioni che rendono» le «decisioni» del giurista «socialmente accettabili. E' ovvio quindi che essa *non* abbia bisogno di alcun fondamento. Ciò che noi chiamiamo interpretazione è in realtà un'altra cosa. E' l'uso dei testi. E' la manipolazione delle nozioni». E ancora, sinteticamente, con riferimento sembrerebbe anche alla legge: «nel

Trattato «CE.» (a tenore del quale «la Corte di Giustizia assicura il rispetto 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.

⁵⁹) MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 204 s. (nei luoghi citati, anche *infra*, dello studioso, le sottolineature sono sue). Si osserva, *in limine*, come l'assenza di fondamento, sostenuta nello scritto citato, per l'interpretazione del diritto non appaia congruente con la rappresentazione, effettuata altrove (*I grandi interpreti*, in «Trattato di diritto civile», II, cit., p. 419 ss.), della dottrina e della giurisprudenza quali «grandi interpreti», e come questa rappresentazione non sembri a sua volta tale con l'attribuzione, nel primo scritto, a tutti gli interpreti di una posizione indifferenziata rispetto al legislatore (indifferenziazione inesistente sul piano del regime giuridico, come su quello fattuale).

diritto, in realtà, si decide, *non* si interpreta»⁶⁰.

Non aspiro a fornire una critica esauriente del pensiero maturato, non senza oscillazioni e contraddizioni, dal Monateri negli scritti via via citati in tema di interpretazione⁶¹, esaminando in modo dettagliato le unilateralità, le incontrollate generalizzazioni ed altre forzature presenti nella sua argomentazione. Devo peraltro cercare di rendere chiare le ragioni del mio dissenso dall'impostazione da lui seguita e da posizioni da lui sostenute.

Lo studioso muove per lo più da dati e circostanze esistenti, che vengono peraltro assolutizzati (assunti da soli come esauritivi) e talora anche alterati, a scapito di altri, pure esistenti e rilevanti nel fenomeno giuridico, disinvoltamente invece messi da parte⁶².

La tesi centrale, enunciata dal Monateri, può riassumersi nella sostituzione della categoria della decisione a quella dell'interpretazione.

Nella visione tradizionale, rifiutata dall'autore, i segni «decidere» e «decisione» indicano l'attività del giudice, che, per l'appunto, decide il caso a lui sottoposto, applicando ad esso la norma confacente (ritenuta tale), previa la sua individuazione in via interpretativa. Siccome lo studioso si riferisce, nel suo discorso, a tutti gli interpreti (che possono esemplificarsi nei dottori, che compiono la sola attività interpretativa, e nei giudici, che la coniugano con l'applicazione), è indubbio che,

⁶⁰) MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 206. Come si vede, la generalizzata riduzione dell'interpretazione del diritto ad affabulazione è elemento decisivo della raffigurazione del fenomeno giuridico – non basata sulla considerazione della realtà – come un mondo di mistificazioni.

⁶¹) Li richiamo nell'ordine di pubblicazione: «*Legal doctrine*», cit. (1986); *Interpretare la legge*, cit. (1987); *Interpretazione del diritto*, cit. (1993); «*Correct our matches*», cit. (1998); *I grandi interpreti*, cit., p. 419 ss. *Adde* la *Prefazione*, in *Pensare il diritto civile*, Torino, 1995 (dove sono ripubblicate «cinque voci» – tra cui *Interpretazione del diritto* – comparse nel «Digesto». Discipline privatistiche. Sezione civile), nonché i due saggi (il primo in collaborazione con A. SOMMA) «*Alien in Rome*». *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in «*Foro Italiano*», CXXII.5, 1999, c. 47 ss., e «*All this and so much more*»: *critica all'argomentazione e non interpretivismo*, in «*L'interpretazione della legge*», cit., p. 163 ss. Nella citata *Prefazione*, p. X, il Monateri aggiunge una pennellata alla sua visione: dopo aver detto di considerare «il diritto come una allocazione di decisioni» assunte dalle «comunità interagenti» dei professori, degli avvocati e dei giudici, precisa che «il modo in cui il diritto funziona dipende dal modo in cui funzionano queste comunità di giuristi», mentre «i legislatori sono un'appendice» e «i legislatori costituzionali un'appendice sui trampoli». Le due precisazioni non sono riducibili a elementi complementari, in quanto riguardano problemi diversi. Soprattutto esse non cambiano le cose: non è discutibile la base legislativa del nostro diritto, di fronte alla massa di norme poste dalle fonti nazionali e sovranazionali, ancora aspiranti alla completezza – se pure mai raggiunta – o dei rispettivi ambiti o dell'insieme, a seconda della prospettiva adottata; né la base legislativa è eliminata dal fatto che le norme non si interpretano da sole e non sono nemmeno (di regola) interpretate dai loro autori, ma da soggetti diversi (dottori, giudici, avvocati, funzionari, privati), perché l'interpretazione dipende pur sempre dalle norme in vigore e cambia col loro cambiamento (si pensi, alle modifiche legislative progettate per la tutela dei risparmiatori, a seguito del crack della Cirio e della Parmalat). In conclusione, nella nostra esperienza, la riduzione della legge, ordinaria e costituzionale, a elemento marginale del fenomeno giuridico non è certo meno fuorviante di quella, in chiave positivista, del diritto a norma.

⁶²) Alterazioni, sul piano storico, si colgono, ad esempio, in MONATERI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 35, a proposito dell'*interpretatio* di giuristi e imperatori dai Severi a Giustiniano. Riporto l'enunciazione finale: «anche quando divenne sempre più esplicita l'idea di concedere al solo imperatore la possibilità di interpretare le sue leggi, vi sono consistenti differenze tra gli atteggiamenti delle cancellerie dei Severi, di Costantino o di Giustiniano, a seconda che prevalesse l'idea di una *lex casistica*, o si affermasse quella di *leges generalis*» (spaziature mie). E' fraintesa la ricostruzione delineata nell'articolo, citato dallo studioso, di G.G. ARCHI, *Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum* (ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, p. 83 ss.), e sono fraintesi dati acquisiti dalla storia del diritto romano. Sotto i Severi, l'*interpretatio* dei giuristi, ancora in una fase di fulgore, come si esercitava sulle *leges*, così si esplicava sulle costituzioni imperiali, che, nella teoria della produzione del diritto, tenevano le veci delle prime. Nell'epoca detta postclassica, accanto alle *leges* (nuova denominazione delle costituzioni imperiali), sopravvivono i *iura* individuati nelle opere dei giuristi classici (per la cui utilizzazione venne emanata la celeberrima cd. legge delle citazioni). Nel diritto giustiniano, nel quale si precisò la riserva dell'*interpretatio* all'imperatore, la riserva stessa non riguardava solo le *leges* (la produzione normativa imperiale), ma anche i *iura* (in cui rientravano pure le *Institutiones* giustiniane). La determinazione dell'attività consentita ai professori venne stabilita nella costituzione bilingue *Tanta-Δεδοκεν*, nei riguardi dei secondi: della loro raccolta, disposta da Giustiniano, nei *Digesta*. Ciò che egli intese anzitutto precludere ai professori (in genere agli interpreti), riservandolo alla carica imperiale, è l'esplicazione più elevata dell'*interpretatio*, costituita dall'elaborazione dottrinale, avente un peso determinante (oggi non più completamente percepito) sull'attività ermeneutica e lo sviluppo del diritto.

con la categoria della decisione, egli ha inteso sostituire quella dell'attività interpretativa in senso proprio (isolata cioè dall'applicazione). E' lecito chiedersi: la sostituzione si presenta necessaria o almeno opportuna? Reca qualche progresso nel sapere giuridico? La risposta è, a mio avviso, negativa.

Si è detto che «la parola è parola solo in vista di ciò che in essa si esprime»⁶³. Certamente il senso dei segni linguistici dipende in ultima analisi da chi li usa. Il loro uso obbedisce però a convenzioni preesistenti (accezioni dei termini, regole grammaticali e sintattiche), suscettibili bensì di variazioni nel tempo, ma da cui non è possibile prescindere nel comunicare. Senza di esse sarebbe preclusa la reciproca comprensione, come la traduzione di un enunciato da una lingua in un'altra. Grazie ad esse si possono rappresentare le diverse entità e situazioni. Le esemplificazioni sono superflue. Ricordo tuttavia i modi e i tempi dei verbi, i generi maschile e femminile (oltre che, in varie lingue, neutro), gli articoli determinativi e indeterminativi, gli svariati tipi di pronomi, i numeri, etc. Scendendo all'impiego dei vocaboli menziono, nel linguaggio giuridico, il proprietario, il superficario, il conduttore e il comodatario, il diritto e il dovere, l'onere e la facoltà, il soggetto e l'oggetto, nonché, tanto nel linguaggio comune che in quello giuridico, «passato», «presente» e «futuro», «sopra» e «sotto», la congiunzione copulativa «e» e quella disgiuntiva «o», l'indefinita serie di aggettivi e così via.

Con la nuova categoria sostenuta dal Monateri, l'attività del giudice, comprensiva di interpretazione e applicazione, e in cui il momento decisorio appare preminente, resta, nel linguaggio giuridico, priva di rappresentazione. Tale momento, centrale nel segno «decisione», verrebbe assorbito e non sarebbe più percepibile nel riferimento – a mio avviso anche improprio – alla scelta tra norme e tra i relativi significati (della norma ritenuta applicabile e del significato ritenuto ad essa attribuibile). Se già il dottore e l'avvocato prendono decisioni, che cosa fa di più e di diverso il giudice?

Chiaramente, di fronte al vuoto rappresentativo, si porrebbe l'esigenza di un recupero con l'individuazione di un nuovo segno esprimente la peculiarità dell'attività giudicante, di natura decisoria con supporto interpretativo. L'operazione peraltro, oltre a non risultare, per quanto si è detto, oggettivamente necessaria, non sembra agevole, almeno nell'orizzonte dei segni in uso. «Soluzione» e «risoluzione», a cui a prima vista pare più facile pensare, si presentano inidonei, perché il caso (*rectius* il problema ad esso sottostante) può essere risolto, al di fuori della lite, in via interpretativa (ad esempio in un parere). A differenza di «decisione», i termini «soluzione» e «risoluzione» non sono entrati nell'uso come sinonimi di sentenza.

Come si vede, la sostituzione della categoria della decisione a quella dell'interpretazione crea un vuoto nella rappresentazione, segnando un regresso della dottrina; anziché recare utilità o chiarimenti, è fonte di confusione.

Il segno «interpretazione», derivato, come il verbo «interpretare», da interprete (nella lingua italiana e in altre lingue moderne si è conservata, nelle forme attuali, la sequenza latina *'interpretus'*, *'interpretatio'*, *'interpretari'*), grazie alla componente rappresentata da *'inter'* (=«tra»), reca elementi connotativi estranei al sostantivo decisione e al verbo decidere. L'interprete, tanto negli affari (qual è testimoniato nella risalente esperienza romana), come nella comunicazione (anche il traduttore) e nel diritto, sta «in mezzo» tra soggetti o entità diverse⁶⁴. Nel diritto, regolante i rapporti tra i consociati, lo stare in mezzo, nell'indicazione della norma da applicare, si specifica nell'equidistanza e obbiettività (in sintesi nell'imparzialità), nei confronti dei rispettivi titolari attivi e passivi. Certamente deve essere tale anche l'attività del giudice⁶⁵, ma la relativa terminologia, incentrata sul momento deciso-

⁶³ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. (cur. G. VATTIMO) – *Verità e Metodo* –, Milano, 1983, p. 542.

⁶⁴ Si veda L. LANTELLA, *Dall'interpretatio iuris all'interpretazione della legge*, in «Nozione, formazione e interpretazione del diritto, Ricerche dedicate al Professor F. Gallo», III, Napoli, 1997, p. 560 ss.

⁶⁵ L'imparzialità della funzione giudicante è al centro dell'attenzione di A. ANGELETTI, *Del giudice*, in A. ANGELETTI, F. CAVALLA, G. FRIGO, L. LANZA, P. LONGO, M. TARADASH, *Giudici e inquisitori*, Macerata, 1999, p. 19 ss., il quale rileva che si tratta ad un tempo di «un dato di cui si riscontra la natura innata» e di un «principio di diritto positivo», sottolineando che, «se il giudice non è terzo rispetto alla controversia che deve decidere, nega qualsiasi

rio, non esprime i predetti connotati e i valori deontologici da essa evocati: a livello rappresentativo l'imparzialità non viene richiamata nella decisione, ma nell'interpretazione che ne costituisce il supporto⁶⁶. L'imparzialità nell'attività interpretativa contrasta con la visione del Monateri, il quale elimina il segno che la richiama⁶⁷. Secondo la sua tesi, le decisioni del giudice vengono private del sostegno interpretativo, non sostituito da alcun altro (in suo luogo rimane il nulla) e, come supporto soggettivo, resta solo più la scelta incontrollata (l'arbitrio) del giudice. C'è ancora da domandarsi: la dottrina, nella situazione, quale compito potrà ancora avere⁶⁸?

Si profilano i nodi profondi del problema. Non si può disconoscere, nella tesi del Monateri, l'aspirazione ad eliminare l'ipocrisia da lui ravvisata nel linguaggio giuridico in merito all'impiego della parola «interpretazione». Il suo ragionamento è peraltro, nel complesso, inaccettabile: logicamente viziato, in quanto contraddittorio e non sostenuto dalle premesse.

E' difficile non ravvisare un contrasto tra l'eliminazione dell'attività ermeneutica, sostituita dalla decisione⁶⁹, e la risposta data alla domanda su «come ... condurre l'interpretazione»: «nel modo in cui l'abbiamo sempre condotta»⁷⁰.

regola alla società». Si sofferma inoltre sui corollari dell'indipendenza e della neutralità rispetto agli interessi sociali in conflitto ed evidenza (riferendo anche un episodio famoso, considerato prodromico della rivoluzione francese: l'affare dei gioielli della Corona), la pericolosa distorsione insita nell'uso politico, da parte dei giudici, della loro funzione.

⁶⁶) La compenetrazione delle due attività nella funzione giudicante, volta all'applicazione del diritto nei casi concreti, è percepita e palesata nell'art. 12 delle preleggi, dove, sotto la rubrica «interpretazione della legge», si parla, nel primo comma, di applicazione alla stessa e, nel secondo, il discorso è imperniato sull'uso, ripetuto, del verbo «decidere».

⁶⁷) MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 206. Lo studioso mostra indifferenza per l'imparzialità della funzione giudicante, tendendo a rifiutarla: essa confligge con l'auspicata sostituzione «al vecchio schema di produzione del diritto mediante legge e interpretazione» di un nuovo «schema di produzione» dello stesso «mediante decisioni contrapposte e strategie manipolative» e non trova spazio nella concezione del diritto quale «gioco strategico tra legislatori, giudici e altri interpreti», nel quale «le scelte 'candide' sono bandite». Forse il Monateri non ha calcolato le implicazioni della tesi sostenuta. L'imparzialità e l'esplicazione del *bonum et aequum* (uguaglianza e ragionevolezza) nella funzione giudicante è connaturata a questa funzione: è l'elemento che ne giustifica, nei rapporti umani, la necessaria coattività. L'eliminazione da essa dell'imparzialità, lascia la coazione in balia dell'arbitrio. Nel profondo c'è la negazione della ragione o della capacità di usarla, in assenza delle quali, rimane solo la forza per regolare i rapporti umani.

⁶⁸) E' difficile precisare, sul punto, il pensiero del Monateri. In adesione alla visione dei formanti, egli annovera la dottrina – a lato della legge e della giurisprudenza – tra le fonti del diritto. Peraltro, nell'illustrare l'assunto (P.G. MONATERI, *Fonti del diritto*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», VIII, Torino, 1992, p. 387 s.; *I grandi interpreti*, cit., p. 424 s.), non sembra ritenerla propriamente tale. Il ruolo ad essa riconosciuto non supera il suggerimento al legislatore (la collaborazione, in qualità consulente, con lo stesso) e l'influenza sui magistrati (nell'interpretare la legge «opera solo tramite l'influenza che è in grado di esercitare sui giudici, sui funzionari, sulle parti interessate ad una contesa privata»). Forse la posizione, non ancora chiarificata, a cui lo studioso è pervenuto in merito alla dottrina, è espressa nella pagina conclusiva della trattazione ad essa dedicata ne *I grandi interpreti*, cit., p. 487: «Il nichilismo *deve* auto-superarsi»; «le condizioni di tale superamento non sono ancora note» (cfr. MONATERI, «*All this and so much more*», cit., p. 171 s.).

La giurisprudenza e la dottrina sono dette dal Sacco e dal Monateri «fonti non scritte». Questa rappresentazione appare equivoca e non rispondente alla comune percezione. La fase dell'oralità dell'*interpretatio* e della *iurisdictio* è superata, nella nostra tradizione da oltre due millenni. Come vediamo tutti, oggi la dottrina e la giurisprudenza, non diversamente dal legislatore, si esprimono per iscritto. Nella bipartizione, delineata da Ulpiano tra *ius ex scripto* e *ius sine scripto*, alla quale si richiama quella tra fonti scritte e fonti non scritte, gli editti dei magistrati e le *sententiae et opiniones* dei giureconsulti erano collocati nel primo (D. 1.1.6; *Iust. inst.* 1.2.3). Il Sacco e il Monateri, classificando la dottrina e la giurisprudenza, insieme alla consuetudine, tra le fonti non scritte (e parlando anche, in alternativa, di «diritto non scritto»), si sono riferiti al fatto che si tratta di fonti non ufficiali (non previste, come tali, dall'ordinamento; cfr., per la dottrina, R. SACCO, *Dottrina (fonte del diritto)*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», VII, Torino, 1991, p. 215). L'ufficialità e la scrittura sono però elementi diversi. E' palese, nella classificazione adottata nel «Trattato» diretto da R. Sacco, la distorsione rispetto alla distinzione utilizzata del diritto romano, in una con la scarsa attenzione alla nostra tradizione e la mancata rispondenza ai dati della realtà.

⁶⁹) Senza soluzione alternativa nella percezione di D. KENNEDY, *Discussant di P.G. Monateri*, «*All this and so much more*», cit., in «L'interpretazione della legge», cit., p. 173 (trad. it. p. 175). Secondo il Kennedy il discorso di Monateri sarebbe accolto come provocatorio e controverso pure negli Stati Uniti d'America.

⁷⁰) MONATERI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 56.

Il secondo appunto richiede un più ampio discorso. Come si è visto, il Monateri presuppone che tutte le interpretazioni siano affabulazioni ipocrite (se pure raffinate: qualifica su cui sorvolo per brevità). Se il presupposto enunciato fosse esatto (trovasse conferma nella realtà), sarebbe giustificato il bando del segno «interpretazione» per rappresentarle, in quanto esso evoca, da un lato, l'imparzialità dell'interprete e, dall'altro, la sua soggezione al potere legislativo (o al diritto), l'una e l'altra frutto, secondo il Monateri, di ipocrisie affabulative. L'autore non ha però dimostrato, ma solo asserito, che l'interpretazione del diritto è sempre affabulazione ipocrita.

Egli ha promiscuamente addotto, quali esempi, il caso dell'aborto deciso dalla Corte Suprema americana e i «famosi *coronation cases*» del diritto inglese («originati dalla malattia che aveva spinto Edoardo VII a rimandare la propria incoronazione») ⁷¹, ponendo così sullo stesso piano l'interpretazione del diritto e l'interpretazione del contratto, le quali sono, ad esempio, sottoposte, nel codice civile italiano, a distinte discipline e, indipendentemente da ciò, non risultano identificabili.

L'asserita «logica del 'come se'» (come se la soluzione del caso fosse prevista – preordinata – nell'ordinamento) è opinabile per gli stessi casi indicati, i quali non sono peraltro sicuramente rappresentativi della generalità delle relazioni giuridiche o anche solo delle questioni sottoposte a giudici nei diversi ordinamenti giuridici. Per la decisione circa l'aborto, il Monateri scrive che la Corte Suprema americana «si trasse d'impaccio, sostenendo che la Costituzione federale protegge la *privacy* anche se questo non è propriamente scritto in nessuna disposizione della Costituzione». E' agevole condividere l'inadeguatezza dell'argomento; ma proprio questo conferma che si tratta di un caso particolare, come lo sono anche i «*coronation cases*». Ed è arbitrario assumere come paradigmi dell'attività interpretativa delle corti giudiziarie occidentali, tanto di *civil law* che di *common law*, decisioni isolate, o gruppi di decisioni, di casi non comuni e per di più tratti esclusivamente dall'esperienza anglo-americana. Non intendo negare la possibilità della costruzione di una teoria unitaria dell'interpretazione per i due gruppi di sistemi. Anche in questa prospettiva si devono però tenere presenti le tradizionali differenze tra di essi, aventi riflessi sull'interpretazione. Così, nei sistemi di *civil law* (in generale nei sistemi a base legislativa), è prescritto, per i casi nuovi, il dovere dell'analogia, non previsto, invece (non avente senso), nei sistemi di *common law* ⁷².

Si deve inoltre ribadire che lo studio dell'interpretazione del diritto non può essere circoscritto all'area delle decisioni dei giudici (del «modo di fare delle corti di *civil law* e di *common law*»), ma va esteso alla generalità dei casi, nei quali il diritto viene interpretato e applicato dai privati, come dalla pubblica amministrazione, senza che sorgano controversie giudiziarie. La considerazione di questi casi agevola la riduzione delle cause obbiettive (quale, ad esempio, l'incertezza del diritto) della litigiosità.

Formulo a mia volta un esempio nei riguardi del codice civile italiano vigente, e precisamente del già citato art. 869 (relativo ai «piani regolatori»), in tema di proprietà edilizia: «I proprietari di immobili nei comuni dove sono formati piani regolatori devono osservare le prescrizioni dei piani stessi nelle costruzioni e nelle riedificazioni o modificazioni delle costruzioni esistenti» ⁷³.

Tizio, proprietario di un terreno fabbricabile in un centro abitato, intende costruire su di esso un edificio con cubatura maggiore (di un terzo, di un quarto) rispetto a quella consentita dal piano regolatore comunale, legittimamente formato, per la zona o la cellula edilizia in cui è ricompreso il

⁷¹) MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 189 ss.

⁷²) Sul punto si veda più ampiamente *infra*, in questo paragrafo.

⁷³) La disciplina della proprietà edilizia (art. 869-872 del codice civile, componenti in esso la sezione quinta del capo dedicato alla «proprietà fondiaria») offre un buon banco di prova per l'attività ermeneutica. Com'è noto, tale disciplina è stata una novità recata dal codice civile del 1942. Essa non figurava ancora neppure nel Progetto del libro su «Cose e diritti real» portato a compimento nel 1937. L'idea della nuova sezione è verosimilmente da porre in connessione col disegno di un'organica disciplina della materia urbanistica, concretato nella «legge urbanistica» 17.8.1942, n. 1150, cinque mesi dopo l'approvazione del testo completo del codice civile. Non stupisce, date queste circostanze, che la disciplina della proprietà urbanistica rappresenti uno dei settori meno elaborati del codice civile e, in coerenza, più bisognosi dell'apporto interpretativo (in primo luogo per colmarne vistose lacune). Possono perciò utilmente sperimentarsi su di essa le fondamentali regole ermeneutiche enunciate nell'art. 12 delle preleggi (i successivi art. 13 e 14 pongono eccezioni alla disciplina ivi disposta nel capoverso).

suo terreno. E' palese a tutti che il disegno di Tizio contrasta con la norma citata e che la sua realizzazione ne concreta la violazione. E si deve ritenere (salvo ipotesi di crassa ignoranza o di corruzione) che sia l'esperto a cui Tizio si rivolga per un parere, sia il funzionario del comune incaricato di esaminare la domanda di costruzione, sia il giudice a cui il caso venga sottoposto (ad esempio perché Tizio impugna il diniego di concessione), concorderebbero tutti nell'interpretazione enunciata, nella quale non emerge (o almeno io non colgo) ombra di ipocrisia affabulatoria ⁷⁴.

Può proporsi una variante: il caso in cui, inalterate le altre circostanze, chi intende costruire, anziché proprietario, sia superficiario. A differenza del primo, il nuovo caso non rientra nel dettato della norma citata. Tuttavia la sua interpretazione, alla stregua della disciplina stabilita nell'art. 12, comma 2, delle disposizioni sulla legge in generale, è pacifica e non pone difficoltà. Nella prospettiva della disposizione sui piani regolatori, la somiglianza del proprietario dell'area fabbricabile al superficiario e a ogni altro soggetto legittimato a costruire su di essa è evidente. La *ratio* della sottoposizione alle prescrizioni del piano regolatore comunale, per il proprietario e per gli altri soggetti legittimati a costruire, è identica. Se si consentisse di costruire al superficiario (o ad ogni altro soggetto legittimato all'edificazione) e non al proprietario, si violerebbero, in una con tale *ratio* e colla sottostante esigenza che si vuole tutelare con tale norma, il senso comune e i superiori principii di ragionevolezza e di uguaglianza. Neppure in questa interpretazione, in cui si fa uso dell'analogia, riesco a cogliere ipocrisie affabulatorie ⁷⁵.

Non valgono in senso contrario le considerazioni del Monateri, il quale, se pure senza riferimento al caso prospettato e ad altri casi specifici, ma in termini generali, sostiene che quasi «in tutti i casi un po' complessi di interpretazione della legge ... è evidente che il legislatore non si era affatto immaginato alcune ipotesi e che quindi non c'è alcuna volontà da interpretare». E' il giurista, egli

⁷⁴ Il caso ipotizzato è volutamente semplice (secondo una comune raffigurazione «facile»). A prima vista potrebbe sembrare che esso sia privo di riscontro nella realtà, ma ne difetta soltanto, nella stessa, la visibilità, data di regola dalla sottoposizione al giudice. Non mancano costruzioni abusive; tuttavia, in grande maggioranza, i proprietari di aree fabbricabili, indipendentemente dal desiderio, non si accingono a costruire fabbricati in contrasto con le prescrizioni dei piani regolatori. Vuol dire che di norma l'articolo in esame viene correttamente interpretato ed osservato.

SCHLESINGER, *Interpretazione della legge civile*, cit., p. 535 s., respinge in via di principio, a proposito della creatività dei giudici, la distinzione tra casi «facili» e casi «difficili». Non credo però accettabile, come ho detto, la circoscrizione della considerazione dell'interpretazione all'orizzonte delle decisioni giudiziarie, lasciando fuori la parte più consistente – fortunatamente «sana» – della vita del diritto. Non condivido inoltre il presupposto da cui egli muove in merito al linguaggio: l'asserita «inevitabile equivocità delle comunicazioni interpersonali», il fatto che «gli individui, di regola, non si capiscono o non si capiscono appieno, persino quando sembra difficile non intendersi, talmente sono banali i rispettivi messaggi». Si tratta, a mio avviso, di luoghi comuni, ammantati di pretesa scientificità (lo studioso richiama «le riflessioni dei semantici e dei filosofi», senza riferirsi peraltro a tutti), ma non verificati al vaglio della comune esperienza (della vita vissuta), da cui emerge, in modo inequivoco, che la prospettiva va capovolta: gli individui, nel comunicare tra loro, di regola si capiscono, sia in generale nelle relazioni della vita, sia specificamente in quelle giuridiche.

Deve essere chiarita anche la posizione dello Schlesinger in merito alla creatività del giudice. A suo parere, «non è ammissibile pensare che la decisione giudiziale abbia natura variabile, talvolta costitutiva talvolta meramente dichiarativa, a seconda del dato estrinseco ... che il caso risolto vada qualificato come 'facile' ovvero 'difficile'». Indubbiamente la natura della decisione in senso stretto è sempre uguale, ma l'attività interpretativa ad esso sottostante non presenta sempre la stessa caratteristica o qualità e non conduce sempre allo stesso tipo di risultato. Anche questo studioso non sembra aver tenuto conto del dato, più volte rilevato, che il diritto è, di per se stesso, un elemento inerte, a cui dà vita l'uomo, interpretandolo e applicandolo, come creandolo. Per questo nell'interpretazione e applicazione del diritto si ha sempre un momento creativo. Peraltro quando si distingue tra creatività e ricognitività dell'interpretazione, si fa riferimento a un livello ad esso sovrapposto: all'utilizzazione, per la soluzione del caso concreto, di una norma già esistente oppure alla pronuncia, per lo stesso, di nuovo diritto. Si ha sempre la decisione del caso, ma sulla base di una diversa attività e con un diverso risultato interpretativo. In breve non si parla di creatività e ricognitività in senso assoluto, ma relativo, con riferimento alla produzione normativa: all'individuazione o non individuazione, per la decisione del caso, di una soluzione nuova.

⁷⁵ La sussunzione del caso in considerazione nell'analogia risponde alla visuale dell'art. 12 preleggi, il quale la prescrive per (tutti) i casi per cui difetta (la previsione in) «una precisa disposizione». D'altronde la distinzione, per chi l'ammette, tra l'estensione operata con l'analogia e quella posta in essere con l'interpretazione estensiva è priva di rilievo normativo e pratico al di fuori delle norme penali ed eccezionali. Cfr. *infra*, § 5 in fine.

puntualizza, a porre «il problema proprio in termini di interpretazione (dell'inesistente)»⁷⁶.

Come si vede, lo studioso assume come modello, nella sua argomentazione, l'interpretazione letterale. Il che non può non suscitare perplessità in uno scritto di teoria generale dedicato all'interpretazione del diritto. L'attività interpretativa, in campo giuridico (anche a prescindere da quella relativa ai negozi), ha avuto in passato e ha tuttora esplicazioni disparate. Differenze rilevanti si colgono in particolare tra i sistemi di tipo legislativo e quelli di tipo cd. non legislativo (nei quali non mancano, almeno di regola, spazi alla produzione legislativa, ma è o si reputa preminente la produzione del diritto in via giudiziale o dottrinale o consuetudinaria). Prima di operare generalizzazioni, il complesso fenomeno costituito dall'interpretazione va studiato nei singoli ordinamenti⁷⁷.

La visuale assunta dal Monateri non regge, oltre che sul piano della teoria generale, su cui si colloca la sua trattazione, su quelli della storia, della comparazione e del nostro diritto positivo, in relazione al quale svolgo in prevalenza l'esame critico. Essa appare suggerita dalla generalizzazione di un dato colto dallo studioso nel diritto comune (precisamente nella coesistenza, «in modo *paratattico* e non ... *subordinato*», della «legge emanata dalla volontà del *princeps*» e del «diritto elaborato dalle *rationes* dei dottori») e del quale egli ha visto una continuità in specie nel diritto inglese, in cui i giudici sono stati portati a «declamare di essere fedeli all'interpretazione letterale» (degli *statutes*), «senza poter far ricorso all'intento soggettivo del legislatore, e a identificare lo scopo della norma in senso oggettivo con la ricostruzione del senso letterale della legge»⁷⁸. Questo orientamento interpretativo è peraltro spiegato dallo stesso Monateri con le peculiarità del diritto comune e del diritto inglese; per quest'ultimo con la persistenza, accanto allo *statute law* (diritto a carattere legislativo), del *common law*, «non ... di origine legislativa, ma giurisprudenziale», sicché «si può dire che il giudice inglese, proclamando la letteralità, custodisce il proprio ruolo creatore», in quanto «la letteralità è studiata per limitare la legge, e il resto del diritto è fatto dai giudici»⁷⁹.

La generalizzazione del dato, come ho già detto in ogni senso inaccettabile, lo è in specie dal punto di vista della comparazione, in quanto ne implica l'estensione a sistemi giuridici nei quali mancano sicuramente elementi corrispondenti a quelli che l'hanno determinato nel diritto comune e nel diritto inglese. L'interpretazione della legge (come l'interpretazione del diritto) si atteggia in modo diverso nei vari ordinamenti e la diversità è connessa alla disparata configurazione in essi della produzione del diritto. Ai fini del confronto tra ordinamenti diversi, essa va considerata nel contesto del fenomeno produzione-interpretazione-applicazione del diritto; la sua considerazione isolata da tale fenomeno, a cui concorre a dar vita, è la negazione della comparazione come della teorizzazione generale.

Nel suo discorso il Monateri sembra trascurare o non valutare adeguatamente una serie di dati. Ricordo, tra essi: l'esistenza, anche nei sistemi a base legislativa, dell'interpretazione del diritto; il fatto che, nell'ambito degli stessi sistemi, alcuni disciplinano e altri non disciplinano l'interpretazione della legge: la disciplinano, ad esempio, il codice civile austriaco⁸⁰, italiano, svizzero e, di recente,

⁷⁶ MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 191.

⁷⁷ Nel diritto italiano vigente, a tenore della prescrizione dell'art. 12, comma 1, delle preleggi, l'interpretazione letterale non costituisce un'operazione autonoma (alternativa rispetto a quella in cui si estrinseca la cd. interpretazione logica), bensì un elemento dell'unitaria operazione ermeneutica volta alla ricerca-determinazione del significato della norma. Cfr. l'argomentazione di DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, cit., p. 54 ss., e, da ultimo, A. BELVEDERE, *Analisi dei testi legislativi e art. 12 preleggi*, in *L'interpretazione della legge*, cit., p. 156 s.

⁷⁸ MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 193 ss.

⁷⁹ MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 195.

⁸⁰ L'interpretazione era già disciplinata, con molti dettagli, nell'«Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten» («ALR»), § 56. Nel precedente progetto (rimasto tale) del «Corpus iuris Fridericianum», ispirato al diritto romano disposto in un ordine naturale, il divieto ai giudici dell'interpretazione nei casi dubbi, nonché dell'elaborazione di eccezioni, limitazioni o ampliamenti della legge, coesisteva, nel § 7, con l'autorizzazione agli stessi di estenderla a tutti i casi simili, stante l'impossibilità di contemplarvi tutti i casi particolari. Nel successivo § 10 è stabilito, sulle orme di Giustiniano, il divieto di commentari o dissertazioni nei riguardi dell'intero *Corpus Iuris* (l'indicata disciplina – rimasta, come ho detto, allo stadio di progetto – non si presenta né del tutto coerente, né pienamente consona al disegno codificatorio giustiniano. Si veda *infra*, nt. 137).

limitatamente all'analogia (*legis e iuris*) quello russo⁸¹; non la disciplinano, invece, quello francese e quello tedesco; il carattere facoltativo o doveroso attribuito, nei diversi ordinamenti del passato e del presente, all'impiego dell'analogia nell'interpretazione della legge.

Mi soffermo sull'ultimo punto, a mio avviso determinante ai fini della valutazione dell'asserita inesistenza, da parte dello studioso, di una volontà da interpretare nei casi non contemplati nel dettato legislativo.

Nel nostro diritto positivo (in generale nei sistemi di *civil law*) l'analogia⁸², come ho già in parte notato, presenta due caratteristiche: è doverosa per l'interprete e concerne i casi per i quali l'applicazione della disciplina dettata per altri si presenta giustificata (nel senso che esiste la medesima *ratio*, resa manifesta dall'esigenza per il cui appagamento la norma è stata emanata). In breve l'analogia giuridica non è ogni somiglianza tra casi, ma quella somiglianza che richiede e giustifica per essi il medesimo trattamento.

Le due caratteristiche indicate sono frutto dello sviluppo storico⁸³. Secondo logica il ragionamento analogico non ha uno sbocco preordinato. Mentre l'uguaglianza postula univocamente lo stesso trattamento, per la somiglianza, variamente situata tra essa e la diversità (recante elementi dell'una e dell'altra), la risposta non è *a priori* univoca. Per essa occorre l'accertamento caso per caso della prevalenza fra gli indici dell'uguaglianza e quelli della diversità⁸⁴.

⁸¹ Consultato nella traduzione tedesca «Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation (Erster Teil) von 1994», Berlin, 1997. L'analogia («Einzelanalogie e Rechtsanalogie») è disciplinata nell'art. 6.

⁸² Mi riferisco all'analogia in senso proprio (*analogia legis*); l'utilizzazione dei principii generali per la soluzione del caso, se pure anch'essa spesso sussunta nell'analogia (*analogia iuris*), non è propriamente un ragionamento analogico. Si veda – mi sembra nella medesima linea – P. RESCIGNO, *Sui principii generali del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XLVI, 1992, p. 380. Si vedano, con altre citazioni, sui principii in oggetto, G. ALPA, *I principii generali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in «L'interpretazione della legge» (cur. PALAZZO), cit., p. 177 ss., e F. TORIELLO, *Discussant* del predetto studioso, ivi, p. 195 ss. Il secondo autore si è posto la domanda «cosa abbiamo a che fare i principii generali con l'interpretazione», senza peraltro dare ad essa una risposta compiuta (forse senza neppure proporsi di darla). La questione è parte saliente dell'articolo di B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principii generali*, in «Diritto privato. 2001-2002», cit., p. 65 ss. Richiamo, tra i principii generali, per il nostro ordinamento, quelli stabiliti dalla l. 27.7.2000 n. 212 (cd. statuto del contribuente). Cfr. art. 1, primo comma: «Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principii generali dell'ordinamento tributario ...». Traggo da «Il sole - 24 ore» del 1.6.2004 una riflessione, sui principii richiamati, della Corte di Cassazione, Sezione tributaria, nella sentenza n. 7080 del 14 aprile scorso: «Qualsiasi dubbio interpretativo o applicativo sul significato e sulla portata di qualsiasi disposizione tributaria, che attenga ad ambiti materiali disciplinati dalla l. n. 212 del 2000, deve ... essere risolto dall'interprete nel senso più conforme ai principii dello statuto del contribuente, cui la legislazione tributaria, anche antecedente, deve essere adeguata ...».

⁸³ La considerazione del *principium* (della genesi nel quadro delle esigenze-ragioni che l'hanno determinato) è imprescindibile, alla stregua dell'antico, ma non superato insegnamento di Gaio (secondo il quale esso costituisce, nel diritto, la *'pars potissima cuiusque rei'*: D. 1.2.1), per la comprensione dei successivi sviluppi e applicazioni (aggiungo io, per quanto distanti nel tempo) dell'elemento considerato (nel caso della prescrizione dell'estensione in via analogica, in connessione con l'attuazione di un corpo normativo aspirante alla completezza).

⁸⁴ Nel sistema italiano vigente non sono necessarie, al riguardo, forzature, risultando prescritto, per i casi non risolvibili col ragionamento analogico, l'utilizzazione dei «principii generali dell'ordinamento giuridico dello stato» (art. 12, comma 2, preleggi).

Secondo MONATERI, SOMMA, «*Alien in Rome*», cit., col. 50, nel procedimento analogico si dovrebbe fare riferimento anche alla legge straniera (*lex alii loci*). Viene addotto come argomento il dato letterale: mentre, nel comma citato, la statualità è affermata per i principii generali, non lo è per il procedimento analogico. Lo spunto esegetico è peraltro inconsistente. Il codice civile, a cui è necessaria, per la sua individuazione, la qualifica di «italiano», è ispirato al principio della statualità del diritto; allo stesso principio risulta ispirata la Carta costituzionale (denominata «Costituzione della repubblica italiana»), come pure la l. 31.5.1995 n. 218, disponente la «riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato» (si vedano, in particolare, sotto il titolo III, «Diritto applicabile», gli art. 13-15; l'ultimo dedicato alla «interpretazione e applicazione delle leggi», dispone che «la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e applicazione nel tempo»). La coesistenza, nella nostra attuale esperienza, del diritto italiano e del diritto comunitario non toglie (anzi sottolinea) la statualità del primo.

Gli stessi studiosi citati hanno ridimensionato, più avanti (*op. cit.*, c. 52) il proprio punto di vista, nel senso di «un dovere del giudice ... di accertare il diritto straniero, quando questo sia allegato dalle parti come argomento interpretativo per risolvere la controversia». E' certo tuttavia che le allegazioni delle parti, nelle cause, non modificano il diritto in vigore: in particolare l'allegazione di una legge straniera non fa sorgere nel giudice il dovere di applicarla al

Tutto ciò spiega il fatto che l'impiego dell'analogia è sempre facoltativo per il legislatore ed è tale anche per l'interprete in assenza di una disposizione, espressa o inespressa, che lo prescriva o lo vieti.

Nella nostra tradizione l'esigenza della doverosità dell'analogia, in sede interpretativa, si manifestò la prima volta nell'esperienza romana in occasione della codificazione dell'editto, della quale fu artefice il giurista Salvio Giuliano per incarico dell'imperatore Adriano⁸⁵. Esistono remore, anche nella dottrina romanistica, a parlare in proposito di codificazione; si usano spesso i segni «riordino» e «cristallizzazione». Le remore sono giustificate, sul piano formale, dall'adesione alla veduta moderna, secondo cui il codice si identifica in una raccolta di norme⁸⁶, mentre l'editto giuliano era una raccolta di mezzi processuali. La giustificazione viene tuttavia meno sul piano sostanziale, dal punto di vista delle relazioni giuridiche tra i consociati. Nel diritto romano i mezzi processuali (i mezzi impiegati dal pretore nell'esercizio della *iurisdictio*: azioni, eccezioni, interdetti, etc.) erano caratterizzati dalla tipicità e l'editto giuliano ne era la raccolta completa nella veste aggiornata. Nel nostro attuale sistema, per far valere un diritto, si adduce la norma che lo configura; nell'esperienza romana considerata, allo stesso fine, si esperiva il mezzo processuale apprestato per la sua tutela: cambia il profilo (si dice sostanziale e, rispettivamente, processuale) da cui si considerano le posizioni giuridiche, ma la sostanza è la medesima.

La prospettiva della codificazione è avvalorata dalla considerazione dei provvedimenti che accompagnarono la revisione del testo edittale, costituenti con essa gli elementi del disegno riformatore adrianeo. Le modificazioni dell'editto (introduzione di nuovi mezzi processuali e modifica di quelli esistenti), in precedenza attribuite al pretore, vennero riservate per il futuro all'imperatore e al senato, vale a dire agli organi che, nel principato, sostituirono le assemblee popolari nella produzione del *ius*⁸⁷ (si dice, nelle fonti, che le loro emanazioni – *constitutiones principis* e *senatusconsulta* – tenevano il luogo della legge). Parallelamente venne accollato al pretore il dovere di procedere all'estensione in via analogica delle clausole edittali⁸⁸.

Ci è pervenuta, in proposito, una testimonianza di Giuliano (nella cui valutazione occorre in specie tenere presente che, come si è già sottolineato, in forza della riforma adrianea in esame, anche i mezzi processuali erano prodotti e modificati da fonti equiparate alla legge): le leggi e i senatoconsulti non possono prevedere tutto nelle loro disposizioni; ma quando, per un caso, il loro significato è chiaro, colui che presiede alla giurisdizione deve estendere la relativa disciplina ai casi simili e così pronunciare il diritto nell'esercizio della sua funzione⁸⁹. Come si vede, nell'elaborazione del giurista si coglie già, insieme alla puntualizzazione della doverosità, per l'organo giudicante, dell'analogia, il passaggio della relativa considerazione dal piano processuale a quello sostanziale.

Si trattò di una riforma epocale, di cui si colgono ancora esplicitazioni in ordinamenti attuali⁹⁰. L'elemento più significativo per la sua portata e per il peso avuto sullo sviluppo successivo, non a

di fuori dei casi stabiliti (si veda in particolare la citata legge n. 218/1995). Il giudice deve valutare l'allegazione della legge straniera come ogni altra allegazione delle parti; il parametro della sua valutazione è, a mio avviso, quello dei principii generali: si tratta di una *ratio* di cui il giudice tiene conto in quanto risulti ad essi rispondente.

A proposito dei richiami all'esperienza tedesca mi limito a rilevare la mancata attenzione al dato, già menzionato, che il codice civile tedesco, a differenza di quello italiano, non contiene una disciplina dell'interpretazione.

⁸⁵ F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in «Diritto e processo nell'esperienza romana, Atti seminario torinese (4-5.12.1991) in memoria di Giuseppe Provera», Napoli, 1994, p. 41 ss.; si veda pure L.VACCA, *L'interpretazione analogica della legge e il diritto casistico nell'esperienza romana*, in «L'interpretazione della legge», cit., p. 60 ss.

⁸⁶ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione*, Bologna, 1976, p. 20, e *Codificazione*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», II, Torino, 1986, p. 466.

⁸⁷ Uno di questi organi (il senato mediante un senatoconsulto) provvide pure all'approvazione del nuovo testo edittale elaborato da Giuliano.

⁸⁸ La limitazione della considerazione al riordino e revisione di tali clausole preclude la percezione del significato avuto dalla riforma in oggetto sullo stesso piano giuridico, oltre che politico e storico.

⁸⁹ D. 1.3.12 (Iul. 15 dig.). Riferisco l'incisiva enunciazione finale: *'is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet'*.

⁹⁰ Fra le quali, in specie, per quanto qui interessa, la doverosità dell'analogia per il giudice (in generale per l'interprete), nei sistemi a base legislativa.

deguatamente lumeggiato, è costituito dalla sottoposizione del potere giurisdizionale al potere legislativo, dalla fine del *ius praetorium* come fonte viva: al pretore venne tolto l'*officium*, che in precedenza ne aveva caratterizzato la carica, di rafforzare integrare e correggere il *ius civile* (il diritto posto dalla legge e dalle fonti equiparate) e l'intera produzione del diritto, sia sostanziale che processuale, venne unificata negli organi muniti di potere legislativo⁹¹.

Né il termine «riordino», né il termine «cristallizzazione» sono idonei ad evocare la riforma accennata. Il primo è incentrato sulla revisione del testo editale. Il secondo, oltre ad apparire in qualche modo equivoco, non coglie i riflessi da essa avuti sull'ordinamento. La cristallizzazione si è avuta dal punto di vista del pretore, spogliato del potere di modificare l'editto, ma non in via generale (nel quadro del sistema), dato che esso poteva ancora essere modificato dall'imperatore e dal senato. Non emerge in alcun modo il mutamento radicale recato dalla riforma nella produzione e applicazione del diritto.

Come si è detto, l'editto rielaborato da Giuliano venne approvato da un senatoconsulto e le modifiche successive furono riservate all'imperatore e al senato. Il termine più idoneo a rappresentare, nell'insieme, la riforma realizzata è «codificazione», evocante l'introduzione di un sistema autosufficiente, nel senso che può essere integrato o modificato soltanto dall'organo che l'ha posto, o da un organo ad esso equipollente, mentre quello a cui ne è affidata l'applicazione è soggetto alle direttive ermeneutiche (fra cui la prescrizione dell'analogia) disposte dal primo. All'impiego del segno «codificazione» deve ovviamente accompagnarsi la puntualizzazione che non si trattò di un sistema di norme attributive di posizioni giuridiche ai consociati, ma di un sistema di mezzi processuali, con cui farle valere fra gli stessi.

Nel diritto italiano vigente si ritrovano le linee dell'impianto, se pure costruito in parte con elementi diversi, posto in essere dalla riforma menzionata. Il sistema non è più imperniato sui mezzi processuali, ma sulle norme, e le funzioni giurisdizionale e giudicante sono riunite (più esattamente appiattite) nella seconda; rimane però il sistema posto dal legislatore e di cui lo stesso si è riservato i futuri adeguamenti e modifiche, rimane la soggezione dell'organo giurisdizionale alla legge e rimane l'analogia disposta sempre dal legislatore per la soluzione dei casi non previsti.

I dati richiamati rendono palese l'infondatezza (congiunta ad una certa superficialità al di sotto della sicurezza espressiva) del tratto in esame dell'argomentazione del Monateri, intesa al disconoscimento, nella dottrina giuridica, della categoria dell'interpretazione ed alla sua sostituzione con quella della decisione.

La critica può essere più puntuale e dettagliata. Il tratto menzionato può riassumersi in queste due enunciazioni fra loro collegate: esistono casi non immaginati dal legislatore; per essi, quindi, non può esserci una volontà (quella soggettiva del legislatore o quella oggettiva nella legge) da interpretare. Nell'enunciarle (come, in generale, nel saggio, su cui svolgo in prevalenza la mia critica e che concerne senza dubbio anche il diritto positivo italiano), il Monateri non ha tenuto presente la disciplina dell'interpretazione dettata nel nostro attuale codice civile, e segnatamente nel capoverso dell'art. 12 preleggi, disponente che, «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» e, «se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato». La norma, rivolta al giudice, stabilisce, in sintesi, che egli, per decidere i casi non previsti dalla legge, deve ricorrere, nell'ordine all'analogia (all'estensione ed esso delle disposizioni che regolano casi simili) e, ove la stessa non risulti sufficiente, all'utilizzazione dei principii generali dell'ordinamento giuridico.

Il Monateri non mostra in generale propensione per l'esegesi, ritenendola forse superflua per il

⁹¹ Lo sbocco finale fu la concentrazione nel solo imperatore del potere di creare e interpretare il diritto. Nella costituzione *Tanta-Δέδοκεν*, § 21, le stesse attività permesse ai professori per l'insegnamento – repute, non importa se a torto, prive di esplicazioni creative – sono presentate da Giustiniano nella prospettiva della concessione da parte dell'autorità imperiale. Cfr. F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in «Index», XIV, 1986, p. 37.

giurista o comunque un lavoro di bassa manovalanza⁹². Le sue preferenze vanno alle intuizioni o soluzioni brillanti (o almeno in apparenza tali), che rischiano, peraltro, senza la verifica sul dato normativo, di tradursi in abbagli e mistificazioni.

Nella specie sono da muovere due ordini di rilievi.

In primo luogo occorre intendersi sulla mancata immaginazione da parte del legislatore, la quale non può essere identificata con la mancata enunciazione nel testo legislativo.

Già il giurista Giuliano aveva enunciato, in connessione con la riconosciuta impossibilità, per il legislatore, di prevedere tutti i casi che si potranno verificare, il principio di politica e tecnica legislativa, secondo cui è sufficiente che, nella legge (egli specificava nelle leggi e nei senatori consulti), siano disciplinati i casi più frequenti⁹³.

Molto più tardi il Portalis, nel discorso preliminare sul progetto del «Code civil», in cui sono discusse «les principales bases de la législation en matière civile», teorizzava: «Il compito della legge è di fissare, a grandi linee, le massime generali del diritto; di stabilire principii fecondi di conseguenze e non di scendere nei dettagli delle questioni che possono nascere in ogni materia. Spetta al magistrato e al giurista penetrare lo spirito generale delle leggi e dirigerne l'applicazione»⁹⁴. Nel sistema italiano vigente la completezza normativa è ottenuta con le prescrizioni riferite in tema di interpretazione. E' certo che la loro formulazione («se una controversia non può essere decisa ...»; «se il caso rimane ancora dubbio, si decide ...») contempla il giudice. Non mancava però, nel nostro legislatore, la consapevolezza della loro estensione ad ogni altro interprete. Infatti l'articolo, di cui forma il capoverso, reca la rubrica «interpretazione della legge».

Per i casi non contemplati nel dettato legislativo non si può né affermare né negare, in maniera apodittica, la loro immaginazione da parte del legislatore. Essa manca sicuramente in molti casi, mentre esiste in altri. Occorrerebbe scendere, per un bilancio, al piano dell'analisi. In via generale, senza tale analisi, si può affermare che i codici sono redatti da commissioni di esperti, aventi padronanza del ragionamento analogico e delle relative implicazioni. Nel discorso richiamato il Portalis, assumendo la veste di protagonista, in relazione al progetto predisposto, asseriva: «Noi ci siamo ... astenuti dalla dannosa ambizione di voler regolare tutto e prevedere tutto»⁹⁵. Il richiamo del carattere dannoso non è ascrivibile a un cedimento alla retorica. Il proposito di prevedere e regolare legislativamente tutti i casi che potranno presentarsi amplierebbe inutilmente il codice (tra l'altro anche con la disciplina di casi che verosimilmente non si verificherebbero mai) e il connesso convincimento, per quanto falso, che il proposito è stato realizzato creerebbe imbarazzo e difficoltà ai giudici chiamati a decidere i casi non previsti, che non mancherebbero lo stesso di presentarsi.

In secondo luogo – ed è questo il dato decisivo – l'indubbia esistenza nella realtà di casi non contemplati dal dettato normativo non implica, nel nostro ordinamento, l'inesistenza di una volontà del legislatore (non importa stabilire qui se soggettiva od oggettiva) in merito alla loro interpretazione.

L'impossibilità per ogni uomo, anche il più dotato, e quindi per il legislatore, di prevedere tutto era già stato percepito, nella nostra tradizione, almeno da Catone il Censore⁹⁶. Essa è stata tenuta presente, nell'esperienza romana, se pure con soluzioni diverse, sia nella codificazione dell'editto che in quella giustiniana⁹⁷.

⁹² Il giudizio non è contraddetto dal richiamo al recupero dell'esegesi in MONATERI, SOMMA, «*Alien in Rome*», cit., c. 56. Da un lato tale richiamo è piuttosto isolato negli scritti in considerazione dello studioso e, dall'altro, il recupero dell'esegesi viene confinato nella «dimensione del lavoro pratico quotidiano del giurista». Inoltre lo spunto esegetico addotto nel saggio citato, a proposito dell'art. 12 preleggi, non è attendibile, come ho già notato *supra*, nt. 84, proprio in quanto tale.

⁹³ Giuliano, D. 1.3.10.

⁹⁴ J.E.M. PORTALIS, in «*Législation civile, commerciale et criminelle*» (cur. J.G. LOCRÉ), I, Paris 1836, p. 153 ss.

⁹⁵ PORTALIS, *op. cit.*, p. 156. Nei lavori preparatori del codice civile italiano vigente mancano affermazioni consimili. L'esistenza di lacune nel dettato legislativo è peraltro riconosciuta *rebus ipsis et factis* con la prescrizione di appositi rimedi per colmarle.

⁹⁶ Cic., *rep.* 2.1.2-3.

⁹⁷ In quest'ultima era riservata all'autorità imperiale sia la colmatatura delle lacune, in relazione ai futuri sviluppi

Non può stupire che ne abbia anche tenuto conto, fra gli altri, il nostro legislatore del 1942 (sulla scia di quello del 1865), prescrivendo, per i casi non rientranti in una precisa disposizione legislativa, il ricorso all'analogia e ai principii generali.

Ritorno al caso considerato del superficiario, in relazione all'art. 869 *cod. civ.*, attinente ai piani regolatori, il quale menziona soltanto il proprietario. Non mi sento di escludere che i redattori dell'articolo – sicuramente giuristi – abbiano avuto presente che la legittimazione a costruire compete anche ad altri soggetti e che anch'essi sono tenuti all'osservanza delle prescrizioni dei piani regolatori. Infatti la menzione del solo proprietario può essere dipesa, oltre che dalla mancata considerazione degli altri soggetti legittimati alla costruzione, dalla scelta di politica legislativa (sulla linea, ad esempio, di Giuliano o del Portalis) di disciplinare soltanto il caso più frequente o quello principale (in certo senso il caso modello).

Un'indagine sul punto è comunque irrilevante, ai fini interpretativi, sia per questo caso che per gli altri non menzionati dalla legge, dato che il capoverso dell'art. 12 preleggi prescrive nell'ordine il ricorso all'estensione analogica e ai principii fondamentali dell'ordinamento statale per la loro mancata menzione, indipendentemente dalla ragione o causa della stessa.

Si deve piuttosto sottolineare, proseguendo nella via esemplificativa, che l'estensione al superficiario della disciplina disposta dall'art. 869 *cod. civ.* per il proprietario costituisce la puntuale applicazione dei criteri ermeneutici prescritti dal legislatore e risponde, quindi, secondo una rappresentazione consolidata, alla sua volontà o, se si preferisce, alla volontà oggettivata nella legge. Per contro, la mancata applicazione al superficiario della disciplina indicata violerebbe il criterio ermeneutico disposto dal legislatore e, in coerenza, il suo volere.

Si ha pertanto la conferma che l'interpretazione esemplificativamente enunciata, a chiarimento dell'argomentazione astratta, non può ritenersi un'affabulazione ipocrita. In essa non si riscontra alcuna finzione o falsità: in particolare esiste, secondo gli stessi parametri usati dal Monateri, la volontà del legislatore, di cui egli postula invece l'inesistenza. Né può addursi, in contrario, il rilievo che l'analogia non è prescritta in modo specifico per i singoli casi, bensì in termini generali. Ciò infatti è connotato alla sua funzione, volta a rimediare all'impossibilità di prevedere tutti i casi che potranno presentarsi, a prescindere dalla scelta di limitare in vario modo la disciplina legislativa all' *'id quod plerumque accidit'*. Chiaramente la prescrizione dell'analogia per tutti i singoli casi a cui deve applicarsi equivale alla loro specifica disciplina; cesserebbe quindi la sua peculiare funzione e si dovrebbe trovare, in suo luogo, un altro rimedio per la colmatatura delle lacune.

Le conclusioni sono *in re ipsa*. Siccome l'interpretazione della legge secondo i criteri prescritti dal legislatore non si è rivelata alla prova un'affabulazione ipocrita, bensì lo strumento per la corretta soluzione dei casi, cade il presupposto, indicato dal Monateri, per espungerla dal bagaglio della dottrina giuridica. E la relativa sostituzione, da lui proposta, con la categoria della decisione non trova alcun supporto nella vigente disciplina dell'interpretazione⁹⁸, che, da un lato, va anch'essa interpretata⁹⁹ e, dall'altro, non può essere messa da parte¹⁰⁰. L'applicazione al proprietario e ad ogni

pi della società (Giustiniano si mostrava convinto di aver previsto tutto rispetto al presente), sia la chiarificazione delle ambiguità ravvisate nella compilazione. Const. *Tanta-Δέδοικεν*, §§ 18 e 21.

⁹⁸) A tenore della quale, nella funzione giudiziaria, la decisione e l'interpretazione non sono alternative, ma complementari (nel senso già detto che la seconda sorregge la prima), come risulta anche dal dovere di motivazione delle sentenze (art.111, comma 1, della Costituzione, 132 *c.p.c.* e 118 *disp. att. c.p.c.*) con l'indicazione dei fatti rilevanti e delle ragioni giuridiche (queste ultime necessariamente reperite in via ermeneutica), che giustificano la decisione. Anche nella vita pratica del diritto la sua applicazione, da parte dei funzionari come dei privati, ne implica l'interpretazione, se pure nei casi correnti, di *routine*. Nell'attività di studio e di ricerca l'interpretazione è bensì disgiunta dall'applicazione concreta, ma anche in essa, se pure ciò non avviene sempre, dovrebbe essere costantemente orientata alle esigenze pratiche. (Intendo dire che, nel diritto, come nell'agricoltura e nella medicina, la dottrina è – deve essere – al servizio della pratica).

⁹⁹) Sono a mio avviso sofismi tanto l'asserita impossibilità di «regolare con norme l'interpretazione delle norme ermeneutiche stesse» (suffragata da SACCO, *Il concetto*, cit., p. 18 nt. 24, con l'interrogativo già riferito: «come può una norma regolare la propria interpretazione quando ancora non è interpretata?»), quanto quella di interpretare le norme che disciplinano l'interpretazione, così enunciata da L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Pado-

altro soggetto legittimato a costruire della disciplina disposta nell'art. 869 *cod. civ.* non è una scelta autonoma dell'interprete, da lui «nascosta e negata» con l'«affabulazione ermeneutica», così come asserisce in termini generali lo studioso ¹⁰¹, bensì l'individuazione nella legge della soluzione dei casi considerati, mediante l'attività detta interpretazione svolta alla stregua dei criteri prescritti dal legislatore ¹⁰². La violazione in fatto di questi ultimi, come di ogni altro precetto legislativo, ne lascia inalterata la doverosità: rimane la soggezione del giudice, prototipo degli interpreti, alla legge ¹⁰³.

va, 1981, p. 88: «l'interprete non sa cosa l'articolo dice su come interpretarlo, se non dopo averlo interpretato. E nel suo primo interpretare l'articolo, l'interprete non può ancora per definizione seguirne i dettami».

I due autori, anziché perseguire, secondo il compito dello studioso del diritto, l'appianamento delle indubbe difficoltà poste dalla disciplina dell'interpretazione, tendono ad ingigantirle. Il Lombardi Vallauri tende addirittura ad inventarne, in conformità al disegno diviso di mostrare, col paludamento scientifico, che esse costituiscono una sorta di labirinto inestricabile (il Sacco, già nel lavoro citato, riconosceva che l'art. 14 delle preleggi «incide effettivamente in modo sensibile sulla pratica ermeneutica, con il divieto dell'analogia, nel campo del diritto penale», se pur ribadendo, a conclusione del discorso, «la povertà e l'indeterminatezza» della disciplina dell'interpretazione).

I due studiosi trascurano, in una col dato fattuale, non superabile, che la legge e il diritto non si interpretano da soli, la circostanza che il legislatore del 1942 ne era consapevole, come mostra la prescrizione di non attribuire al testo legislativo altro significato che quello fatto palese dall'impiego dei criteri quindi indicati. L'esigenza avuta di mira dal legislatore con la disciplina dell'interpretazione, e che dovrebbe pure avere di mira ogni interprete della medesima, è chiara: assicurare il più possibile l'uniformità dell'interpretazione, indispensabile per la certezza del diritto e la salvaguardia dei supremi principii del *bonum et aequum*. Lo studio del diritto richiede, come quello di ogni altra materia, un punto di partenza, non pienamente percepibile senza apprendimenti successivi. Lo studente di diritto prende una prima conoscenza, nel corso degli studi, della disciplina dell'interpretazione (purtroppo – a causa della miope tendenza a privilegiare i contenuti, in gran parte caduchi – non sufficientemente approfondita e soprattutto non accompagnata, durante gli stessi studi, dall'applicazione pratica). Tuttavia l'interpretazione in campo giuridico è di solito studiata da soggetti largamente preparati, già muniti, come tali, di conoscenze in merito alla legge, al legislatore, all'analogia, ai principii generali del diritto, etc., nonché capaci di approfondirle ulteriormente. Come si vede, ha scarso significato il riferimento, da parte di Lombardi Vallauri, al «primo interpretare» la disciplina dell'interpretazione. Non si comprende perché lo studioso non sia in grado, con gli strumenti di cui dispone, di percepire i criteri ermeneutici stabiliti dal legislatore e di applicarli alle stesse disposizioni in cui sono enunciati, pur esse formate da parole e rispondenti ad esigenze della disciplina dei rapporti umani. Certo, a tal fine, non si devono rappresentare difficoltà dove non ci sono, come fa, invece, il predetto studioso, il quale, a proposito, ad esempio, del verbo «applicare» (*op. cit.*, p. 84), si domanda, senza dare risposta se, nella disposizione da esso aperta, implichi il riferimento ai soli giudici oppure a tutti i giuristi. Sia il contesto della disposizione (compresa la rubrica dell'articolo di cui costituisce il primo comma), sia le ragioni suaccennate, per le quali è stata emanata, mostrano in modo univoco che essa concerne tutti i giuristi (*rectius* tutti coloro che applicano la legge). Il rilievo fornisce un esempio di applicazione dei criteri ermeneutici stabiliti dal legislatore alla norma che li dispone. E il discorso può proseguire nei riguardi degli altri segni considerati dallo studioso: legge, legislatore, etc. Così, secondo gli stessi criteri, nell'espressione «applicare la legge» l'ultimo segno concerne anche i regolamenti: esattamente ogni testo normativo scritto (deve anzi porsi il problema, di solito trascurato, della loro applicazione anche al diritto consuetudinario).

¹⁰⁰) Mi limito a richiamare, da un lato, la prescrizione in via generale dell'analogia e, dall'altro, il divieto – a tutela dello *status* di cittadino – di applicarla alle norme penali. Tutto ciò concorre a mostrare l'esigenza dell'esegesi della disciplina dell'interpretazione (a cui spero, come ho detto, a Dio piacendo, di dedicare in futuro un apposito studio).

¹⁰¹) MONATERI, «*Correct our watches*», cit., p. 205.

¹⁰²) Non manca, da parte dei giudici, l'impiego di espedienti, talora elaborati dalla dottrina, per superare strettoie del dettato normativo. E' tale, nella materia ermeneutica, la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia, assumente concreto rilievo a proposito delle norme penali ed eccezionali: essa non solo non è contemplata nella legge, ma contrasta con la prescrizione di non applicare tali norme «oltre i casi e i tempi in esse considerati» (art. 14 preleggi). L'indicata strettoia, come ogni altra difficoltà del testo normativo, dovrebbe essere superata, a mio avviso (com'è oggi possibile), nel quadro del sistema con gli elementi da esso offerti. Cfr. GALLO, *Norme penali*, cit., in particolare p. 13 ss.

¹⁰³) Un diverso orientamento scaturisce dalla teoria dei formanti, elaborata dal Sacco e richiamata da Monateri, alla quale sono, a mio avviso, da rivolgere, in relazione al nostro diritto positivo, due principali appunti. In primo luogo la considerazione della dottrina e della giurisprudenza come fonti del diritto (sostituite dalla categoria dei formanti) appare, in esso, priva di giustificazione sul piano teorico e neppure compiutamente percepita su quello fattuale. In secondo luogo non è configurata una graduazione tra le diverse categorie di fonti del diritto rappresentate dalla legge, dalla dottrina e dalla giurisprudenza (R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislator and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, trad. it. [cur. M. ASCHERI] – *I signori del diritto* –, Milano, 1991, parla di giudici, legislatori e professori), se pure R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato* ⁵, Torino, 1992, p. 44, individua un più ampio numero di formanti, distinguendone due sia nella dottrina che nella giurisprudenza. Il difetto non è di poco conto, perché viene compromessa la natura del diritto come ordine e inferto un *malus* alla certezza del medesimo.

4. 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 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 sempre, come ho detto, di un risultato conseguito dall'interprete, che opera però, se è un buon interprete, su basi oggettive¹⁰⁷.

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

In presenza, per gli stessi casi, di divergenti posizioni (variamente combinate) tra dettato legislativo, parere dottrinale e pronuncia giurisprudenziale, come si orienteranno i privati e i funzionari per porre in essere atti prevedibilmente sicuri? E come si pronunceranno i giudici su di essi?

Nella comparazione si deve pure tener conto che sia la graduazione tra le fonti sia le regole interpretative non sono eguali in tutti gli ordinamenti (risultano in particolare significative le differenze tra Paesi di *civil law* e Paesi di *common law*). Si ripete che, a proposito delle regole ermeneutiche, il nostro legislatore, nell'art. 15 della già citata legge n. 218/1995, avente ad oggetto «la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», ha consapevolmente disposto che «la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo».

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

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

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

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

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 emanato¹⁰⁸. 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.

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. 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'interpre-

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

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).

¹¹² L'abituale ricorso a quest'ultima e ai principi 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 principi generali: «principi del diritto naturale» nel codice civile austriaco; «principi generali del diritto» nel codice civile italiano del 1865; «principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato» in quello italiano vigente.

tazione dovute alla dottrina, sulle quali è mancato l'intervento legislativo ¹¹³.

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 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 giudice 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

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.

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. 1.14.12.

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 Giustiniano¹¹⁷, con l'argomento principe che «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-Δέδοκεν*, 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 aggiunte che ogni altra interpretazione, che, se pure compiuta dai professori, sarebbe una perversione, è ad essi rigorosamente vietata¹¹⁸.

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 sottopostogli¹¹⁹: la compilazione, 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 occorrente¹²⁰.

La riforma giustiniana ha il suo centro proprio nella nuova disciplina dettata in tema d'interpretazione¹²¹, 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.

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 produ-

¹¹⁷) L'imperatore (C. 1.14.12.2) qualificò l'argomentazione contraria '*vana 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-Δέδοκεν*, § 21.

¹¹⁹) C. 7.45.13 (testo forse derivato dalla stessa costituzione del 529, dalla quale è stato tratto C. 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).

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.

zione, 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 espressioni 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 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.

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.

¹²³ *Tanta- Δέδοκεν*, § 21.

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 legge, 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.

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, 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 giudice 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 Giustiniano si rese conto del fallimento del sistema da lui ideato e po-

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 annunziato, 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, 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 «*praeter 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.

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.

sto 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 *'iustum legitimumque'*¹³⁴.

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 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 pro-

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 modo 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 riterrai 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).

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

posta 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 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 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

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 chiarimento 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 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 riducibile, 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*

la ragione profonda per la 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* addotti, 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 (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 capoverso¹⁴², 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 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 to-

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.

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.

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.

¹⁴⁴) *Loc. ult. cit.*

talmente 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 caratterizza) 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 sentenze¹⁴⁷.

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 contraddistingue¹⁴⁸ e nei comportamenti, coi relativi stimoli e motivazioni, che danno luogo ai rapporti intersoggettivi nella vita sociale e giuridica. E 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 determinati 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 cognizione¹⁴⁹.

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.

¹⁴⁷ I comportamenti umani, non scerverabili 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.

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.

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.

Come si vede, l'autore estende a tutto il diritto la categoria decisionale, da lui sostituita all'interpretazione sulla base di indebite 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, introducendo 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 critiche 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 compera, 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

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

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 *primum* dell'una e dell'altra.

le avesse tenute presenti non sarebbe verosimilmente incorso negli abbagli rilevati.

I rapporti tra genere e specie, tra figura e categoria, sono oggetto 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).

5. Le ragioni profonde del mio dissenso dal Monateri (quelle che mi hanno indotto a sottoporre a critica il suo scritto) sono ancora da indicare. Esse coinvolgono la concezione del diritto, la funzione del giudice e il compito del giurista. Credo tuttavia sufficiente, nel presente scritto, concentrare l'attenzione su alcuni tratti dell'argomentazione dello studioso, senza pretesa di completezza, anteponendo una premessa ¹⁵³.

Il Monateri, riscontrati alcuni difetti nell'interpretazione, anziché proporsi di eliminarli o almeno ridurli, propugna la rimozione della stessa interpretazione. E' forse eccessivo il paragone fra l'essenzialità di quest'ultima nel diritto e l'indispensabilità dell'acqua nella vita animale e vegetale. E' certo però che la vita concreta del diritto si regge sull'attività interpretativa. Si possono configurare (sono esistiti) sistemi giuridici senza la legge, nel senso, da tempo assunto dal segno, di posizione di norme generali ed astratte (o, in una fase primitiva, di queste stesse norme); non appaiono viceversa configurabili sistemi, nei quali, in presenza o in assenza della legge, difetti l'attività interpretativa (l'individuazione della soluzione da applicare) inerente alla funzione giudicante, necessaria per la pacifica soluzione delle immancabili controversie che si pongono tra gli appartenenti ad uno stesso gruppo ¹⁵⁴.

Dalla trattazione dell'autore emerge un atteggiamento *destruens*, di cui sono componenti la scarsa considerazione – unita a insufficiente conoscenza – del patrimonio culturale della nostra tradizione, la presunzione di potersene disfare con poche battute ad effetto e l'indifferenza per le imprescindibili esigenze che mira ad appagare ed i valori su cui riposa il fenomeno giuridico.

Sono significative, nel senso indicato, le due frasi con cui lo studioso chiude la sua dissertazione in argomento e col cui esame posso entrare in *medias res*: «... non può esserci qui» (nel diritto ridotto a decisione) «nessuna 'scelta per il candore'. Il diritto è un gioco strategico tra legislatori, giudici e altri interpreti, e in questo gioco le scelte 'candide' sono bandite» ¹⁵⁵.

In primo luogo viene reciso il nesso che lega il diritto alla giustizia, già percepito per lo meno nel Codice di Hammurabi ¹⁵⁶ e oggetto, nella nostra risalente tradizione, di un approfondito riesame

¹⁵³) Confido di potermi occupare dei tre temi indicati, tra loro strettamente connessi, in una più ampia trattazione svincolata dalla critica a tesi del Monateri.

¹⁵⁴) La funzione giudicante è, in certo senso, l'embrione del fenomeno giuridico: senza di essa non può dirsi esistente il diritto. Anche il profilo della regola è immanente ad esso. Nella prospettiva assunta l'insopprimibile aspirazione umana all'uguaglianza pone l'esigenza dell'uniformità dei giudicati: di decisioni uguali per i casi uguali e di decisioni diverse per i casi diseguali (*in nuce* della loro rispondenza a regole e, quindi, dell'anteposizione di queste ai giudicati). Tuttavia, in un sistema ben ordinato, la tensione primordiale della funzione giudicante alla decisione del caso in conformità al *bonum et aequum* (all'idea del giusto in esso concretata) dovrebbe sempre avere il sopravvento. Intendo dire che, quando la regola generale ed astratta non assicura, nel caso concreto, l'attuazione del *bonum et aequum*, dovrebbe porvi rimedio l'organo preposto all'applicazione del diritto, così come avveniva, nel periodo di maggior fulgore dell'esperienza romana, a mezzo della *iurisdictio* del pretore.

¹⁵⁵) MONATERI, «*Correct our Watches*», cit., p. 206.

¹⁵⁶) Cfr. E. SZLECHTER, *Codex Hammurabi*, Roma, 1972, *Prologo*, in particolare p. 14, ed *Epilogo*, p. 176 ss.

da parte di Ulpiano, giurista attivo sotto i Severi¹⁵⁷. Secondo questo giurista, il diritto è stato chiamato così (ha avuto il nome) dalla giustizia. Occorre sottolineare che la derivazione così affermata ha valore sostanziale, nel senso che vale non soltanto per l'esperienza romana e le altre esperienze, nella cui lingua i termini indicanti il diritto e la giustizia presentano la medesima radice (come in tedesco «Recht» e «Gerechtigkeit»), ma anche per quelle nelle cui lingue i segni corrispondenti derivano da radici diverse (come in francese: «droit» e «justice», in italiano, in inglese, etc.). E sembra da riconsiderare lo stesso facile rilievo, mosso al giureconsulto sul piano etimologico, secondo cui non è il segno *ius* che è derivato da *iustitia*, ma sono invece i segni '*iustus*' ('*iuste* ') e '*iustitia*' che sono derivati da '*ius*'. Nel quadro di una nuova vasta ricerca etimologica il Semerano, rifiutate le derivazioni in precedenza proposte di '*ius, iuris*', ne ha ravvisato la base in segni del medio babilonese ('*wussu*', '*wusu*'), espressioni il discernimento del bene e del male¹⁵⁸. Da parte mia, non ho gli strumenti per vagliare in sé e per sé il fondamento della nuova derivazione sostenuta; posso soltanto constatare che essa si concilia coi dati che Ulpiano era oriundo di Tiro, che questa città era stata sotto il dominio babilonese e che all'esperienza babilonese risale il Codice di Hammurabi, in cui, come ho già ricordato, è chiara la connessione fra la legge (il diritto) e la giustizia. Alla luce del risultato conseguito dal Semerano, l'inesattezza dell'asserzione ulpiana si circoscrive alla vicenda del segno *ius* e dei vocaboli su di esso costruiti nella lingua latina, non toccando la fase anteriore della derivazione dello stesso segno: Ulpiano ne avrebbe tramandato, se pure senza indicarne l'appoggio linguistico, l'originario collegamento con la giustizia¹⁵⁹.

Al giurista severiano è dovuta la ridefinizione di giustizia come «ferma e duratura volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto»¹⁶⁰. Per quanto trascurata, l'esistenza di questa ridefinizione, nella

¹⁵⁷ Ulpiano, dal libro primo delle *Institutiones*, D. 1.1.1.pr.-1, nonché, dal libro primo delle *Regulae*, D. 1.1.10.pr. Si veda, per i profili esegetici, F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in «SDHI.», LIV, 1988, p. 6 ss. e 12 ss.; da ultimo, particolarmente sul primo frammento, A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in «SDHI.», LXIX, 2003, p. 3 ss.

¹⁵⁸ G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea*, II. *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee*, 2. *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 1994, sv. '*ius, iuris*', p. 441. La visuale colta dallo studioso nel discernimento del bene dal male risale a una fase antecedente all'individuazione delle distinte sfere della religione, della morale e del diritto. In tale fase il comportamento umano nei rapporti intersoggettivi era valutato unitariamente e globalmente alla luce del primordiale criterio offerto dal senso del bene e del male.

¹⁵⁹ E' mera congettura, ma non si può escludere che il giurista conservasse il ricordo, nella lingua natia, di indicazioni concrete (ricevute ad esempio dalla madre o dal padre) su ciò che era giusto o ingiusto. Ancora oggi, nella prospettiva laica, la contrapposizione «giusto» / «non giusto» tende a coinvolgere insieme il piano del diritto e quello della morale.

¹⁶⁰ Ulp. (1 reg.) D. 1.1.10.pr.: '*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*'. La definizione è riprodotta in apertura delle Istituzioni giustiniane (1.1.pr.) con la sostituzione del participio '*tribuens*' al gerundio '*tribuendi*'. Lo SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 15 nt. 29, corregge la scrittura ulpiana ricevuta nel Digesto sulla base della versione del manuale giustiniano, in quanto più vicina alla formulazione di *rhet. ad Her.* 3.2.3 come pure di Cic., *inv.* 2.53.160, e stilisticamente più incisiva. La differenza, a prima vista insignificante, investe in realtà il pensiero ulpiano e quello dei compilatori delle Istituzioni. Nelle due opere retoriche, nelle quali i *genera*, a cui viene ricondotta la giustizia, sono l'*aequitas* e, rispettivamente, l'*habitus animi*, si presenta congruo l'impiego del participio (nella prima la giustizia è l'*aequitas* attribuyente e, nella seconda, l'*habitus animi*, anch'esso attribuyente). Il problema è più complesso per il nuovo genere, rappresentato da *voluntas*, in cui Ulpiano sussume la giustizia. In proposito emerge una divaricazione tra la sua posizione e quella degli autori delle Istituzioni. Per questi ultimi la volontà indicata nella definizione è la volontà legislativa, perché nella loro visione, competeva esclusivamente al legislatore l'attribuzione di diritti e doveri ai consociati. In questa visione '*tribuens*' non è solo più incisivo, ma anche più adeguato di '*tribuendi*' (anzi la formulazione '*voluntas tribuens*' può dirsi la sola corretta, a lato di quella, pedestre, '*voluntas, quae tribuit*'). Ulpiano si era mosso in una prospettiva, se non antitetica, profondamente diversa. Nel suo discorso sui rapporti tra *ius* e *iustitia* egli dice che i giuristi possono essere qualificati meritatamente sacerdoti del diritto, grazie ai compiti che essi svolgono, tra i quali il primo indicato è quello di '*iustitiam colere*' («coltivare la giustizia»: l'interpretazione, pure affacciata, di '*colere*' nel senso di «venerare» trascura il dato che l'oggetto del verbo è la «giustizia» intesa come «virtù» – volontà ferma e duratura di attribuire a ciascuno il proprio diritto –, la quale non si venera, ma si coltiva, se pure non, come le barbabietole o le rose, nella terra, bensì, come le altre virtù, nell'animo umano). L'insegnamento ulpiano sui rapporti tra il diritto e la giustizia richiede ben altri approfondimenti. Tuttavia, già alla luce dei dati richiamati, si può dire, con sufficiente fondamento, che la (virtù della) giustizia, coltivata dai giuristi, non consiste nella volontà che attribuisce, ma nella volontà di attribuire a ciascuno il proprio diritto (appare

teorizzazione di Ulpiano, è, per così dire, *in re ipsa*: essa è cioè resa evidente dal confronto della sua definizione con quelle, già menzionate, dell'*actor ad Herennium*¹⁶¹ e di Cicerone¹⁶², nelle quali, a differenza della prima, la giustizia non era inclusa nel genere *voluntas*¹⁶³. Esistono alcune coincidenze espressive e sostanziali, non prive di interesse, ma collocate in un contesto di significato diverso, con la definizione della *Rhetorica ad Herennium*¹⁶⁴. Rispetto alla definizione ciceroniana, la differenza è radicale: a prescindere dall'identità del *definiendum* e della copula (*est*) può indicarsi, come unico elemento corrispondente, l'impiego del verbo *'tribuere'*.

La ridefinizione di giustizia è uno degli elementi portanti della teorizzazione ulpiana circa la stessa, il diritto ed i compiti del giurista. In essa è compiuta la sostituzione di «il suo diritto» al generico «il suo» del precetto morale *'suum cuique tribuere'*, ancora al presente tramandato, in specie tra i filosofi, senza la percezione del fondamentale apporto recato da Ulpiano¹⁶⁵. In assenza delle determinazioni del diritto (delle scelte da esso presupposte), diventa in molti casi arbitraria, o comunque affidata alla valutazione personale, divergente da soggetto a soggetto, l'individuazione del «suo»

anche chiara l'umana e lucida concretezza dell'insegnamento ulpiano, rivolto ad aumentare al massimo possibile l'osservanza spontanea del diritto, senza la quale – ove la stessa scenda al di sotto di una certa misura –, il diritto stesso non potrebbe sussistere). Non ho elementi per dire o negare che i compilatori delle Istituzioni abbiano tratto suggestioni, sul punto in esame, dalle definizioni di giustizia dell'*actor ad Herennium* (Cornificio?) e di Cicerone. Risulta peraltro innegabile che essi, sostituendo, nella definizione ulpiana della medesima, *'tribuens'* a *'tribuendi'*, hanno cambiato la prospettiva del giurista classico.

¹⁶¹ *Rhet. ad Her.* 3.2.3 [ed. F. Marx]: *'iustitia est aequitas ius cuique tribuens pro dignitate cuiusque'*.

¹⁶² *Inv.* 2.53.160: *'iustitia est habitus animi communi utilitate servata suam cuique tribuens dignitatem'*. Scrive lo SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 14, che «Ulpiano non cita esplicitamente Cicerone», perché «un consolidato protocollo della sua tradizione scientifica glielo impedisce, ma ne assume il pensiero come un'acquisizione ormai matura, accogliendone in pieno l'opzione giusnaturalista ...». In realtà Ulpiano, nella sua teorizzazione, fa propria, in merito al diritto, la definizione (e concezione) celsina ed elabora, in merito alla giustizia, nella prospettiva dei rapporti col diritto, una nuova definizione (e concezione) profondamente dissimile da quella di Cicerone. La sua elaborazione non può essere costretta nelle opzioni giusnaturalistiche, come in quelle di stampo positivistic. Essa si caratterizza per l'aderenza alla realtà, per l'autonomia da posizioni teoriche precostituite. In ciò stanno il suo pregio e la sua persistente validità ed a ciò sono dovute le remore a percepirne la specificità (le differenze rispetto alle vedute via via dominanti). Diversamente, ad esempio, da Tommaso d'Aquino, Ulpiano non riteneva che la legge (il diritto) sia scritta nelle cose, come, in effetti, non lo è. Così un'acqua che sgorga o scorre in un fondo privato non reca alcuna indicazione sul suo carattere pubblico o privato. Questa distinzione – a differenza di altri elementi, quali la composizione e la durezza – non è nella natura, ma dipende dai criteri scelti dall'uomo. Si può generalizzare: ogni prescrizione giuridica dipende dalla valutazione e scelta umana. Proprio l'accettazione, da parte del giurista severiano, della visione celsina del diritto come *ars*, alla quale è immanente la produzione del diritto ad opera dell'uomo, rende palese l'incompatibilità con le opzioni giusnaturalistiche, per le quali il diritto è viceversa già preformato (dalla natura, da Dio). Secondo il nostro giureconsulto soltanto il diritto comune agli uomini e agli animali (al quale è da lui riservata la denominazione di *ius naturale* e da cui discendono la *maris atque feminae coniunctio*, la *liberorum procreatio* e la loro *educatio*: D. 1.1.1.3), è ad essi insegnato dalla natura. Il diritto, come egli dice *'solis hominibus commune'* (il diritto cioè in senso proprio, secondo la visuale corrente), in quanto *ars*, è invece frutto dell'elaborazione umana, alla quale sono dovuti gli stessi supremi criteri del *bonum et aequum*, come mostra il loro accantonamento in lunghe fasi della nostra tradizione. Diversamente dalle correnti positivistiche, Ulpiano non riteneva che la posizione delle norme sia nell'esclusiva potestà (arbitrio) del legislatore; al contrario reputava anche quest'ultimo soggetto ai supremi criteri del *bonum et aequum* (nella visuale celsina dell'*ars*, recepita da Ulpiano, come una costruzione priva dell'indispensabile qualità di consentire l'attraversamento di un corso d'acqua, non può dirsi un ponte, così una norma priva degli indispensabili requisiti del *bonum et aequum* non costituisce diritto: può averne l'aspetto esteriore, ma non la sostanza).

¹⁶³ Nella definizione per genere e differenza specifica, il primo indica, se non, come si è ritenuto, l'essenza, il connotato fondamentale (ritenuto tale) del *definiendum*.

¹⁶⁴ Ricordo l'attribuzione a ciascuno del *ius* (nel senso di posizione giuridica soggettiva), secondo un criterio di proporzionalità (*'pro dignitate cuiusque'*), avente innegabili punti di contatto con quello dell'eguaglianza proporzionale, espresso da Ulpiano con *'aequum'*.

¹⁶⁵ Cfr. N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*², Torino, 1971, sv. *'Giustizia'*, p. 438. Senza dubbio «il suo» dei filosofi, in quanto esprime ciò che effettivamente appartiene ad un soggetto, corrisponde in astratto a «il suo diritto» di Ulpiano. Resta però il fatto che le determinazioni concrete (regole) dalle quali risulta il suo di ciascuno non sono opera della filosofia, ma del diritto. Riferisco anche la perplessa e oscura formulazione del Progetto del «Corpus iuris Fridericiani», § 2, nella versione francese consultata: «Son but (della giurisprudenza, definita al § 1) c'est la Justice, qui consiste à rendre à chacun le sien, par où nous entendons ce que nos Loix reconnoissent être dû et appartenir à quelqu'un».

di ciascuno. Si pensi, ad esempio, alla quantità di incertezze eliminate dall'usucapione in ordine alla proprietà delle cose. In difetto della relativa disciplina, non è configurabile la proprietà assoluta (*erga omnes*) e si profilano opzioni diverse, non prive di plausibilità, in merito all'attribuzione della cosa oggetto di controversia all'uno o all'altro dei contendenti. E l'ammissione dell'usucapione richiede altre scelte circa la durata del possesso per il suo compimento (un anno, due anni, tre, cinque, dieci, venti, trent'anni) e i requisiti dello stesso (acquisto in base a una giusta causa, buona fede, etc.)¹⁶⁶.

La ridefinizione di giustizia indirizza a percepire il senso dell'orgogliosa rivendicazione, fatta da Ulpiano, ai giuristi della coltivazione della '*vera philosophia*', in contrapposto a quella '*simulata*', e fornisce la chiave per l'individuazione di quest'ultima. Nel pensiero del giureconsulto la vera filosofia è quella che serve concretamente alle esigenze umane, mentre la filosofia simulata è quella che sembra servire, ma è, in realtà, ad esse inadeguata. Erano tali ai suoi occhi le massime, tramandate da filosofi e retori, '*honeste vivere*', '*alterum non laedere*', '*suum cuique tribuere*'. La prima non può trovare compiuta attuazione nel campo giuridico. Nel loro insieme esse lasciano rilevanti spazi di incertezza nella disciplina dei rapporti umani. La vera filosofia elaborata da Ulpiano (in generale dai giuristi) tende a rimediare alle manchevolezze rilevate. Nella sua visione la statuizione delle norme positive, alle quali sono commisurate le posizioni giuridiche soggettive, non è lasciata al libero volere (arbitrio) del legislatore, e non lo è parimenti la loro interpretazione e applicazione da parte di giuristi o giudici, secondo le rispettive competenze. Egli, oltre a ridefinire nel modo visto la giustizia, accoglie, sulle orme di Celso figlio, la definizione del diritto come '*ars boni et aequi*': alla lettera, tecnica del buono e dell'equo, corrispondenti, nelle enunciazioni moderne, ai supremi criteri ispiratori del diritto, costituiti dalla ragionevolezza e dall'uguaglianza; *ad sensum*, alla tecnica per la produzione, interpretazione e applicazione del diritto alla stregua di tali criteri. La definizione, riferita da Ulpiano per giustificare il legame affermato tra diritto e giustizia (intesa nel senso volontaristico rilevato), mette precipuamente in luce due elementi: il diritto, nell'esperienza storica, è in tutto e per tutto opera dell'uomo; l'uomo, nel produrlo, come nell'interpretarlo e applicarlo, deve attenersi ai supremi criteri indicati. I quali, in tempi recenti, sono ripresi nelle dichiarazioni e convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo e nelle carte costituzionali di molti Paesi, sia in Europa che fuori di essa. E, nell'esperienza degli Stati Uniti d'America, è pure riemersa, in forma adattata, l'idea che una prescrizione, pur emanata con i crismi formali della produzione normativa, ma confliggente con i superiori principii del sistema, non è diritto¹⁶⁷.

Nel discorso di Ulpiano, che scrutò a fondo il fenomeno giuridico, quale prodotto umano, così com'è nella realtà, ho trovato un insegnamento lucido e penetrante, che conserva ancora oggi validità (che è tuttora utile a correggere storture presenti in concezioni giuridiche); nello scritto del Monateri, che ha buttato a mare il patrimonio sapienziale della tradizione senza sostituirlo con alcunché, non ho trovato elementi utili, ma dannosi, per la formazione di futuri giuristi.

In secondo luogo il Monateri snatura il diritto, togliendo da esso la connotazione della dovosità e dalla sua funzione la posizione di un ordine, che non può non concernere (non importa se

¹⁶⁶ L'appunto di vaghezza si ripropone – a me pare aggravato – nei riguardi delle altre due massime della morale, '*honeste vivere*' e '*alterum non laedere*', pure assunte come *ius praecipua* ed attribuite a Ulpiano (1 *reg.*) in D. 1.1.10. Per '*honeste vivere*' si deve anzi rilevare, in aggiunta, l'inesattezza. Era infatti già acquisito, nell'esperienza romana, che '*non omne quod licet honestum est*' (il principio è riferito nel Digesto, 50.17.144, sotto il nome di Paolo, che peraltro esprimeva, sul punto, un principio, al suo tempo, pacifico). Con ogni verosimiglianza Ulpiano riferì le massime della morale, ma in chiave critica, vedendo in esse l'espressione della filosofia simulata da lui combattuta. I compilatori del Digesto, in adesione alle istruzioni ad essi impartite nella costituzione *Deo auctore*, capovolsero sul punto il pensiero del giurista classico, attribuendogli la nuova stesura, favorente la persuasione che il diritto, creato e interpretato dall'imperatore, al quale era riservata l'*ars iuris*, costituisse l'esplicazione degli indicati precetti di matrice filosofica.

¹⁶⁷ Mi riferisco alla celebre sentenza emessa agli inizi dell'Ottocento (1803, *Marbury v. Madison*) dal Chief Justice John Marshall, sulla quale si veda, con altre citazioni, F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in «SDHI», LIII, 1987, p. 52 nt. 155 (secondo BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., p. 216, l'indicata sentenza e quella, dello stesso Chief Justice, *McCulloch v. Maryland*, sono state «fin troppo ignorate dalla dottrina italiana»). Cfr., per l'esperienza romana, Cic., *off.* 2.12.41: '*ius enim semper est quaesitum aequabile; neque aliter esset ius ...*'.

in modo espresso o inespresso) la produzione e l'applicazione delle norme. La riduzione del diritto, per un verso, alla decisione e, per l'altro, a un gioco strategico, dal quale sono bandite le scelte candidate (bando, a rigore, superfluo, in quanto l'ambito proprio dei segni «strategia» e «strategico» è quello dell'arte militare), tra legislatori, giudici e altri interpreti, esclude il dover essere, o nel senso radicale dell'eliminazione delle norme, o in quello che la loro applicazione o inapplicazione, nelle decisioni, dipende dalla scelta strategica.

Gli uomini hanno creato il linguaggio (le molteplici lingue) per comunicare tra loro e il diritto per porre un ordine fra gli appartenenti ai vari raggruppamenti sociali (e a questi fra loro). Fin da epoca assai antica si è aspirato, come si è visto, a collegare il diritto alla giustizia (a porre diritto giusto); nell'esperienza romana è stata elaborata l'idea, non più superata, secondo cui il diritto (l'ordine da esso creato) ha la connotazione dell'uguaglianza (indicata, nel linguaggio giuridico, con l'aggettivo 'aequus' e il sostantivo 'aequitas' e, in quello letterario, anche con i segni 'aequabilis' ed 'aequabilitas', esprimenti bene la modulazione dell'uguaglianza alla diversità delle situazioni)¹⁶⁸.

La visione del Monateri, rimuovendo dal diritto non solo la connotazione dell'uguaglianza, ma lo stesso dover essere e la stessa funzione ordinatrice, comporta un gravissimo regresso, che va esplicitato: attuandolo, si tornerebbe a una situazione simile a quella – se storicamente esistita – indicata con l'espressione 'homo homini lupus', sia pure nella forma modernizzata del gioco strategico fra i signori del diritto. Fortunatamente le parole dello studioso non cambiano le cose: non tolgono il fatto che i tanti uomini di buon senso e buona volontà continuano a sentire l'esigenza dell'ordine attuato col diritto e ad aspirare a renderlo più equo.

Altra cosa è la difficoltà (forse, nella condizione umana, l'impossibilità: così è stato finora), di realizzare compiutamente tale aspirazione. I romani, ai quali è dovuta la concezione del diritto, non adeguatamente riconsiderata nell'attuale scienza giuridica, come 'ars boni et aequi', ammettevano, similmente agli altri popoli dell'antichità (compresi altissimi pensatori), la più grave delle discriminazioni tra le persone umane, rappresentata dalla schiavitù, del resto persistita, in taluni ambiti, fino a tempi a noi vicini. E sono *ex adverso* un fenomeno recente le dichiarazioni internazionali dei diritti dell'uomo. Con tutto ciò l'esperienza storica evidenzia la possibilità dell'avvicinamento dei sistemi giuridici al *bonum et aequum*. Come emerge dalla stessa esperienza, esso non si consegue però con un atteggiamento nichilista, ma costruttivo.

In terzo luogo il Monateri, ponendo sullo stesso piano, nel gioco strategico delle decisioni, «legislatori, giudici e altri interpreti», passa sopra alle differenze e alla graduazione esistenti, diverse nei vari ordinamenti, fra le rispettive funzioni e compiti. Così si riscontrano, in proposito, diversità fra ordinamenti del passato e ordinamenti del presente, fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, come pure, in certa misura, all'interno dei raggruppamenti proposti: ad esempio, nell'ambito dei sistemi a base legislativa, fra quello francese, tedesco, italiano, austriaco e svizzero.

Il diritto, proprio perché ha nella sua essenza, nella sua ragione di essere, la posizione di un ordine, anche relativamente alla produzione, interpretazione e applicazione delle norme, non tende a istituire conflitti, ma, come si dice, un bilanciamento o coordinamento fra i diversi poteri e funzioni: per quanto qui interessa, fra le funzioni e i compiti del legislatore, dei giudici e della dottrina (gli «altri interpreti» nella rappresentazione del Monateri). In massima parte le situazioni di conflittualità dipendono dagli uomini che gestiscono le funzioni, non da queste così come sono delineate nell'ordinamento, secondo il quale il legislatore, i giudici e gli altri interpreti concorrono tutti, ciascuno secondo la propria funzione e compito, alla corretta regolamentazione in astratto e in concreto dei rapporti umani.

Tutti i soggetti indicati, compreso il legislatore, non agiscono secondo il proprio arbitrio, ma nel quadro di principii superiori (impropriamente configurati come un ordine precostituito: il diritto naturale), i quali hanno avuto, in sede storica, la migliore esplicazione nel duplice supremo criterio

¹⁶⁸ Già Cicerone, *top.* 2.9, definiva il *ius civile* come 'aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ...'. La connotazione dell' 'aequum' è stata poi precisata, come sappiamo, da Celso figlio, nel 'bonum et aequum'.

del *bonum et aequum*, tradotto modernamente nella ragionevolezza e nell'uguaglianza.

Nel diritto, ridotto a gioco strategico delle decisioni, non c'è spazio per criteri superiori: i protagonisti del gioco (legislatori, giudici e dottori) cercano di sopraffarsi gli uni agli altri al di fuori di ogni regola, secondo il proprio giudizio non soggetto a limiti e, quindi, arbitrario.

L'immagine del gioco, aggravata dall'aggettivo strategico, è negativa sotto un altro profilo. Il diritto ha ad oggetto rapporti umani, coinvolgenti interessi economici anche vitali e legami personali profondi. Faccio alcuni esempi nell'ottica cara al mio maestro, della misura umana individuale¹⁶⁹: l'ammissione o non ammissione alla successione legittima nel patrimonio del genitore di determinate categorie di figli naturali; l'affidamento dei figli, in caso di separazione dei genitori, all'uno o all'altro di essi; il riconoscimento o non riconoscimento di un figlio naturale.

In relazione alla funzione del diritto nell'esperienza umana e, prescindendo da casi eccezionali, alle questioni in esso coinvolte, l'immagine riferita è deformante. Avrebbe giovato anche al Monateri, com'è stato per me e per tanti altri, la meditazione dell'elogio del *ius civile* fatto da Cicerone nell'orazione *pro Caecina* (26.73-75)¹⁷⁰.

Formulo qualche osservazione specifica circa il compito dei giuristi, oggetto di fraintendimento da parte del Monateri e non ben percepito, nella sua peculiarità ed effettività, in larga parte della dottrina, considerandolo per brevità nei riguardi del sistema italiano vigente¹⁷¹. Ai giuristi non è attribuita dalla legge alcuna funzione. Il diritto è posto dal legislatore e applicato, previa interpretazio-

¹⁶⁹ G. GROSSO, *La misura umana individuale nel diritto*, in *Scritti storico giuridici*, I. *Storia, diritto, società*, Torino, 2000, p. 693 ss. (si veda ivi, *sub* asterisco, l'indicazione dei luoghi delle precedenti pubblicazioni. Lo scritto riproduce una lezione tenuta dal Maestro il 6.4.1962 nell'Università di Trieste, dove io ero professore straordinario. La lezione, seguita, oltre che dagli studenti, da larga parte dei professori della Facoltà giuridica triestina, suscitò interessi fuori del comune. L'insegnamento in essa concretato è rimasto, per me, un punto fermo). Mi sembra pure da ricordare la posizione di R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*¹², Wien, 1895, trad. it. (cur. R. MARIANO) – *La lotta pel diritto* –, Bari, 1935, con *Avvertenza* di B. CROCE (L'*Avvertenza* inizia con la frase: «Un alto concetto informa questo scritto del Jhering: la necessità di asserire e difendere il proprio diritto ancorché con sacrificio dei propri interessi individuali»).

¹⁷⁰ Riferisco il brano, nella penetrante traduzione di M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 4: «Che altro è, in realtà, il diritto civile? Qualche cosa che non è possibile piegare con l'influenza personale, né infrangere con la potenza o snaturare col danaro; qualcosa che, se verrà, non dico distrutto, ma soltanto messo da parte o custodito con scarsa cura, allora non c'è più nulla che uno possa sentirsi sicuro di ricevere un giorno dal proprio padre o di trasmettere ai figli. Che importa che tu abbia una casa o un fondo lasciato dal padre, o acquistato onestamente in altro modo, se poi è incerto che tu possa tenere stabilmente quel che ora è tuo secondo il regime giuridico del «mancipio», – ed incerto lo è, se il diritto civile non ha una sufficiente tutela e non può essere difeso per mezzo della legge pubblica contro l'influenza di qualcuno? A che serve, domando, avere un fondo, se possono essere sovvertiti o mutati, in qualche modo, quei rapporti giuridici che i nostri antenati hanno definito con precisione estrema, e che riguardano i confini, i possessi, i corsi d'acqua, i passaggi attraverso i fondi? Credetemi pure: l'eredità che, quanto ai medesimi beni, riceviamo dal diritto e dalle leggi è maggiore di quella che ci viene da coloro che quei beni ci hanno lasciati: infatti, perché io acquisti un fondo, basta il testamento di qualcuno; perché io possa tenere stabilmente quel fondo, che è diventato mio, è necessario il diritto civile. Un fondo può essere lasciato in eredità dal padre; ma l'usucapione del fondo, ossia la fine di ogni ansia o pericolo di lite, non deriva dal padre ma dalle leggi. L'acqua da condurre o da attingere, il passaggio a piedi o su una bestia da soma, o col bestiame e i carri, li acquistiamo dal padre, ma la conferma autoritativa di tutti questi rapporti ha la sua fonte nel diritto civile. Perciò, quanto avete ricevuto dagli antenati, il patrimonio pubblico del diritto, voi dovete conservarlo non meno diligentemente di quello in cui consiste la vostra «cosa» privata: non solo perché quest'ultimo sarebbe indifeso senza il diritto civile, ma perché un patrimonio si perde con il danno di una sola persona, l'ordinamento giuridico invece non si può perdere se non con il danno immenso di tutti i cittadini». Non si tratta di un discorso retorico, ma sincero e profondamente appassionato. Non vale solo per l'esperienza romana, ma anche per la nostra ed ogni altra, la considerazione che il diritto è un patrimonio pubblico tramandato dalla tradizione, la cui perdita costituirebbe un «danno immenso» per «tutti i cittadini».

¹⁷¹ La limitazione della parte finale del presente scritto, da un lato, al compito dei giuristi, dall'altro, a taluni aspetti del medesimo, non trova giustificazione sul piano teorico, nel quale l'attività interpretativa (o interpretativa elaborativa) di giuristi, giudici, funzionari e privati va considerata nel quadro complessivo della produzione, interpretazione e applicazione del diritto. La limitazione è connessa al fine essenzialmente critico al momento perseguito e ai due fatti che alla funzione dei giudici sono già dedicati alcuni rilievi e che, nel quadro considerato, il compito dei giuristi è quello di cui si ha tuttora minore consapevolezza (si veda *infra*, in questo paragrafo).

ne, dal giudice. Si rileva che anche i giuristi compiono attività interpretativa della legge, alla quale peraltro non è attribuito valore giuridico, ma soltanto un'autorità di carattere morale, connessa al prestigio da essi variamente acquisito. Il compito dei giuristi non è però ridotto all'interpretazione della legge. La stessa attività interpretativa, così circoscritta, risulta amputata. Nell'esperienza romana l'*interpretatio* dei giureconsulti aveva ad oggetto il *ius*. Essa si esplicava non soltanto nell'interpretazione delle *leges* e delle fonti (atti normativi) ad esse equiparate, nonché degli editti dei magistrati giurisdicenti, ma anche nella guida della recezione '*moribus*', nella creazione e armonizzazione del sistema, nell'elaborazione di concetti (ad esempio, di «dolo», «violenza», '*oportere*', '*ius in re aliena*'), nelle necessarie teorizzazioni: emerge, in via principale, l'opera volta alla elaborazione e trasmissione dell'*ars iuris* ¹⁷².

Ancora al presente, senza le concettualizzazioni elaborate e tramandate dalla dottrina, non si percepiscono le norme giuridiche e l'adozione di una teoria piuttosto che di un'altra, comporta, se non sempre, in molti casi, soluzioni diverse. Una cartina di tornasole può vedersi, come si è già rilevato, nello studio del diritto che, nelle università e al di fuori di esse, non ha ad oggetto le sole leggi e sentenze, ma anche (anzi in prevalenza) i manuali e trattati apprestati da giuristi, sede, insieme alla restante letteratura giuridica, di tali concettualizzazioni. Se per l'apprendimento del diritto non basta lo studio di leggi e sentenze, ma occorre anche quello delle elaborazioni dottrinali, vuol dire che il diritto non è tutto contenuto nelle prime e che anche le seconde concorrono, se pur in maniera diversa da esse, a formarlo.

Il dato è intuito, ma non esplicitato, dai fautori della teoria dell'ordinamento giuridico, secondo i quali il diritto consta bensì di norme, ma non solo di esse. Altri studiosi hanno quindi annoverato la dottrina tra le fonti del diritto ¹⁷³. Anch'essi tuttavia non sono andati molto al di là dell'enunciazione e, in ogni caso, non hanno fornito una spiegazione soddisfacente del loro assunto. Secondo il Sacco la dottrina è una fonte indiretta e, secondo Monateri, una fonte non scritta.

Il primo chiarisce che essa influenza sia la produzione che l'applicazione del diritto. Ciò che influenza, se pure concorre alla formazione del fenomeno influenzato, è peraltro esterno ad esso. In effetti il Sacco amplia previamente la comune nozione di fonte del diritto, quale fatto normativo (produttore norme) ¹⁷⁴, talora affiancando e talora sostituendo ad essa quella più elastica di «for-

¹⁷²) Ulpiano (D. 1.1.1.pr.-1), nel suo discorso sul compito dei giuristi, asserisce che essi possono dirsi meritatamente sacerdoti del diritto, in quanto coltivano la giustizia (nel senso sopra chiarito di virtù: '*constans et perpetua voluntas*') e professano l'annuncio del *bonum et aequum* (lo elaborano, lo insegnano, lo trasmettono). Nella rappresentazione ulpiana le altre attività quindi menzionate sono strumentali rispetto all'assolvimento del duplice compito indicato. L'attribuzione ai giuristi della qualifica di sacerdoti del diritto non è mera retorica, ma esprime, insieme al fuoco che animava Ulpiano, un'esigenza profonda. La consacrazione al diritto espressa da tale qualifica implica l'esclusiva dedizione allo stesso, traducendosi in un'assoluta indipendenza, nel '*bonum et aequum profiteri*', da ogni potere e pressione (anche quando il giurista, come capitò ad Ulpiano, ricopre una carica pubblica). È esclusa, nel giureconsulto, la visione giusnaturalistica della «ricerca di un diritto fondato sulla giustizia e la verità» (come sostenuto, invece, da SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 31). La giustizia, di cui Ulpiano propugna la coltivazione nei giuristi e, in generale, negli uomini, è la ferma e duratura volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto; la verità, da lui considerata in polemica con posizioni filosofiche, è l'aderenza alla realtà; il fine ultimo assegnato ai giuristi, consacrati alla giustizia, è quello di renderlo sempre più risponso al *bonum et aequum* (VAN CAENEGEM, *I signori*, cit., p. 136, rileva che «è innegabile che i giuristi siano spesso stati servi e strumenti del potere, qualunque esso fosse, ma» che «questo non significa che si debbano dimenticare quegli altri che hanno seguito la loro coscienza e le loro idee, indipendentemente da, o perfino contro, chi governava il mondo, e» che «da scienza giuridica deve molto a loro»). Il passo conclude il paragrafo – del capitolo IV – intitolato *I professori di diritto servono chi è al potere*).

¹⁷³) Si vedano, per tutti, VAN CAENEGEM, *I signori*, cit., in particolare p. 50 ss. e p. 61 ss. (il quale rileva la grande differenza esistita tra l'Inghilterra e il Continente, nel senso che, mentre nella prima la scienza giuridica ha sempre avuto un ruolo marginale, nel secondo la sua influenza è stata della massima importanza, concretandosi nella creazione di vaste e fondamentali sezioni del diritto), R. SACCO, *Dottrina (fonte del diritto)*, cit., p. 214, e MONATERI, *La dottrina*, in ALPA, GUARNERI, MONATERI, PASCUZZI, SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, cit., p. 423 ss.

¹⁷⁴) Lo studioso (*op. ult. cit.*, p. 215) scrive che la «parola fonte del diritto ... può anche estendersi per comprendere tutti gli organi i quali di fatto condizionano l'applicazione del diritto». L'imbarazzo è reso palese dall'impiego, improprio, del segno «organi»: almeno negli attuali ordinamenti, non solo di *common law*, ma anche di

mante». La produzione e l'applicazione del diritto non sono influenzate soltanto dall'elaborazione dottrinale, ma altresì da svariati altri fattori: ad esempio da istanze economiche e sociologiche, come (forse di più) da posizioni ideologiche (talora veri e propri *idola*)¹⁷⁵.

Al Monateri si può obiettare che la fonte non scritta del diritto è costituita, a partire dall'esperienza romana (dall'elaborazione di Ulpiano), dalla formazione consuetudinaria, a cui non è riconducibile la dottrina¹⁷⁶, la quale, sia o non sia considerata fonte del diritto, da quando si è diffusa la scrittura, si è espressa e si esprime, nella nostra tradizione, a mezzo di essa¹⁷⁷. La considerazione della dottrina come fonte non scritta è dovuta a confusione. Tuttavia l'elaborazione dei giuristi diventa diritto in connessione con la formazione consuetudinaria.

Il fenomeno, ben presente ai giuristi romani e teorizzato in particolare da Giuliano, è persistito nella realtà¹⁷⁸, benché ignorato nella rappresentazione della dottrina¹⁷⁹, in quanto contrastante con le ideologie dominanti: col diritto quale si vuole (si vorrebbe) che sia, ma non è. Occorre risalire al tempo in cui era riconosciuta, oltre che operante, la recezione '*moribus*'¹⁸⁰. Secondo la teorizzazione di Giuliano¹⁸¹, il popolo, detentore del potere sovrano, creava diritto sia col voto nelle assemblee popolari, approvando la proposta del magistrato competente, sia col comportamento ('*rebus ipsis et factis*'), applicando la proposta elaborata dal giurista¹⁸². Come la proposta del magistrato era un elemento della formazione del diritto '*legibus*', così lo era quella del giurista nella formazione '*moribus*'¹⁸³. La proposta del giurista, accettata dagli altri giuristi e generalmente applicata dai consociati, dava luogo a diritto pacifico. Se l'accettazione e l'applicazione erano parziali, si formava *ius controversum*. Se, infine, la proposta del giurista restava senza seguito (come si dice nelle fonti, '*non optinebat*'), non si formava nuovo diritto.

La produzione del diritto '*moribus*', rispondente alla visione repubblicana, non era in linea con lo sviluppo del principato. Già Augusto inferse ad essa un primo colpo con l'introduzione del '*ius*

civil law, non appare attribuibile alla dottrina il ruolo di «organo».

¹⁷⁵) Forse il MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 423 nt. 1, ha avvertito l'esigenza di giustificare la limitazione dell'influenza sulla produzione e applicazione del diritto alla sola dottrina giuridica, scrivendo che gli stessi «discorsi dei filosofi del diritto non sono dottrina, perché non sono fruibili dai giuristi». E' sufficiente, per la confutazione, addurre, come esempio, la teoria di Norberto Bobbio sulla inconfigurabilità o inutilizzabilità della distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva. Nella misura in cui viene accolta, essa ha una ricaduta pratica, in quanto implica l'esclusione dell'interpretazione estensiva delle norme penali, indipendentemente dall'individuazione di altri argomenti nello stesso senso, a mio avviso anche più stringenti. Cfr. GALLO, *Norme penali*, cit., p. 1 ss.

¹⁷⁶) In senso analogo si esprime SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 5 ss. e 43 ss. Diversamente da altri autori, i quali, sulla scia delle Istituzioni giustiniane, identificano il diritto non scritto con la consuetudine, lo studioso (*op. ult. cit.*, p. 68) ammette l'esistenza di «diritto non scritto ... non consuetudinario»; tuttavia non include in esso la dottrina.

¹⁷⁷) Nell'esperienza romana, sotto il dominio, le opere dei giuristi classici, dette '*iura*', affiancavano le *leges* come fonti scritte. La distinzione è ancora alla base del *corpus iuris* giustiniano, formato da due compilazioni di *iura* (Digesto e Istituzioni) e da una di *leges* (Codice), alle quali si aggiunsero le nuove leggi (*novellae constitutiones*) via via emanate. Tuttavia, nel disegno dell'imperatore, anche i *iura*, in quanto oggetto dell'attività compilatoria da lui ordinata e ricondotta a se stesso, rientravano nelle *leges*.

¹⁷⁸) Anche il SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 50 ss., parla (se pure, a mio avviso, in un quadro inadeguato: cfr. *infra*, in questo paragrafo) di «sopravvivenza dell'elemento non scritto nel diritto codificato».

¹⁷⁹) Nell'esperienza romana mancava una formulazione a livello legislativo delle fonti del diritto. I relativi elenchi, a noi pervenuti, sono dovuti a giuristi.

¹⁸⁰) Si veda, in particolare su di essa, GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 81 ss.

¹⁸¹) Tramandata in D. 1.3.32, su cui si veda F. GALLO, *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1,3,32: teoria giuliana o manipolazione postclassica?*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 1 ss. [= *Opuscula selecta*, cit., p. 777 ss.].

¹⁸²) Essa veniva applicata, all'occorrenza, dai singoli cittadini. Peraltro anche il voto, nelle assemblee popolari, veniva espresso singolarmente dai partecipanti, se pure contestualmente nell'assemblea. La partecipazione alla produzione del diritto '*moribus*' non era limitata ai componenti delle diverse assemblee, ma estesa a tutti i cittadini (*in primis* alle donne) a cui venne riconosciuta capacità di agire.

¹⁸³) Si trattava del modo ordinario di produzione del diritto, a cui sono, ad esempio, dovuti, tra le nuove figure di atti, il *testamentum per aes et libram* e l'*acceptilatio*, e, tra le nuove figure di diritti reali, le servitù prediali e l'usufrutto. Cfr. GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 92 ss.

respondendi ex auctoritate principis’, concesso dall’imperatore a giuristi di sua fiducia. La creazione del diritto da parte del popolo era vista dagli imperatori come un ostacolo al loro potere, se pure, formalmente, lo ricevevano da esso mediante la ‘*lex de imperio*’¹⁸⁴. Adriano portò a compimento la sovrapposizione dei pareri dei giuristi autorizzati dall’imperatore a ‘*iura condere*’¹⁸⁵ sulla recezione ‘*moribus*’. Negli elenchi delle fonti i ‘*mores*’ vennero così sostituiti dai ‘*responsa prudentium*’. Nel periodo dei Severi, in connessione con la concessione della cittadinanza ai sudditi dell’impero, la formazione consuetudinaria, nella nuova figura della ‘*consuetudo*’, venne nuovamente inclusa tra le fonti del diritto¹⁸⁶. L’inclusione non fu dovuta a un intervento di tipo legislativo, ma all’elaborazione giurisprudenziale. La teorizzazione, in proposito, basata sulla recezione dall’esperienza greca della distinzione tra diritto scritto e non scritto, è attribuita, nelle fonti, a Ulpiano¹⁸⁷.

La *consuetudo*, in conformità alle sue precedenti applicazioni¹⁸⁸ e all’esigenza a cui è connesso il suo riconoscimento nel diritto romano, fu configurata come fonte di rango inferiore alla legge. La sua identificazione col diritto non scritto rende palese il distacco dall’elaborazione dei *prudentes*. L’unico requisito richiesto da Ulpiano, per la sua esistenza, è il carattere duraturo (espresso con l’aggettivo ‘*diuturnus*’ o ‘*longus*’) dei comportamenti in cui essa si concreta¹⁸⁹. Emergono evidenti le differenze tra questa nuova figura di formazione consuetudinaria e quella più antica, rappresentata dalla recezione ‘*moribus*’, la quale aveva rango eguale alla legge, si svolgeva sotto la guida (le indicazioni) dei giureconsulti e trovava giustificazione nel *consensus populi*¹⁹⁰ (espresso *rebus ipsis et factis* dai *cives*, agenti *uti singuli*, che lo componevano)¹⁹¹.

¹⁸⁴ Il punto di vista, da parte dei detentori di diritto o di fatto del potere, non è cambiato molto nello sviluppo successivo.

¹⁸⁵ Sono le parole usate nelle Istituzioni di Gaio (1.7) e ripetute in quelle giustinianee (1.2.8). Giustiniano, nel § 4 della costituzione *Deo auctore* (con cui dispose la compilazione del Digesto) parla di ‘*auctoritas conscribendarum interpretandarumque legum*’, accordata dai *sacratissimi principes ad antiqui prudentes*.

¹⁸⁶ Il riconoscimento della *consuetudo* nel diritto romano consentì la conservazione, in esso, nel rango alla stessa attribuito di fonte suppletiva e subordinata rispetto alla legge, dei residui dei diritti locali esistenti, nell’Impero, fino alla concessione della cittadinanza. Si veda F. GALLO, *Le consuetudini locali nell’esperienza romana prima e dopo la concessione della ‘civitas romana’ ai peregrini*, in «Diritto generale e diritti particolari nell’esperienza storica, Atti congresso intern. Società it. storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)», Roma, 2001, in particolare p. 318 s.

¹⁸⁷ D. 1.1.6. Cfr. *Iust. inst.* 1.2.3-10.

¹⁸⁸ Cfr. GALLO, *Le consuetudini locali*, cit., p. 309 ss.

¹⁸⁹ D. 1.3.33. Cfr. *ep. Ulp.* 1.4 e *Iust. inst.* 1.2.10. La diuturnità o durevolezza è stata precisata, in una diffusa rappresentazione moderna, nel duplice requisito della costanza e uniformità. Si vedano rilievi critici *infra*, nt. 191.

¹⁹⁰ Si veda, in specie, tra le fonti giuridiche – oltre a Giuliano D. 1.3.32 – Gai., *inst.* 3.82.

¹⁹¹ La *consuetudo* non può considerarsi una riviviscenza della recezione ‘*moribus*’. Tra esse non solo è mancata continuità storica (cfr. F. GALLO, *Tra la recezione moribus e la consuetudo: la fase dell’assenza della formazione consuetudinaria dagli elenchi delle fonti del diritto*, in «La codificazione del diritto dall’antico al moderno, Incontri di studi [Napoli, gennaio-novembre 1996]» [cur. E. DOVERE], Napoli, 1998, p. 245 ss.), ma, al di là del dato che entrambe sono fonti extraautoritative, non esistono coincidenze tra i relativi connotati. Sul piano della concezione e della rappresentazione la coincidenza non esiste neppure nell’elemento materiale costituito dal comportamento dei consociati. Le concezioni moderne, di cui ho conoscenza, si muovono ancora (non importa se senza consapevolezza) nella visuale dei compilatori delle Istituzioni giustinianee (1.2.9), i quali elaborarono, per la *consuetudo*, il requisito del ‘*consensus utentium*’, in sostituzione di quello del ‘*consensus populi*’, che era stato proprio della recezione ‘*moribus*’. Gli utenti usano qualcosa che già esiste; nella consuetudine il consenso degli utenti ha ad oggetto la regola consuetudinaria già esistente. Come si vede, viene nascosta la fase della formazione, contrastante con l’idea centrale, ispiratrice della compilazione, secondo cui l’imperatore è il solo creatore e interprete del diritto. Si vuole (si vorrebbe) che il diritto sia creato e interpretato dal solo imperatore e si rimuovono, nella rappresentazione, gli elementi della realtà non coerenti con questa visione. La fase della formazione continua ad essere trascurata nelle definizioni correnti della consuetudine. Non possono dirsi esistenti, in ordine ad essa, né il requisito della costanza e uniformità del comportamento, né quello dell’ ‘*opinio iuris ac necessitatis*’ (in un primo tempo solo ‘*iuris*’). Certamente questi requisiti erano, ad esempio, esistenti, al tempo di Gaio, nel *testamentum per aes et libram*, che era stato introdotto ‘*moribus*’ in sostituzione delle più antiche forme testamentarie (*calatis comitiis* e *in procinctu*), le quali erano parallelamente cadute in disuetudine. Lo stesso non può dirsi, però, per la fase originaria (in generale della relativa formazione), come emerge, per l’esperienza romana, (cfr. Gai., *inst.* 2.102), dal caso di colui che, sentendosi vicino alla morte e non potendo fare testamento nelle forme riconosciute (davanti ai comizi curiati o all’esercito schierato per la battaglia), si rivolse, per avere un rimedio a un giurista e, seguendone l’indicazione, pose in essere, per la prima volta, una *mancipatio fami-*

Sotto il dominato cessò l'attribuzione a giuristi del *ius respondendi* e la produzione e interpretazione del diritto si evolsero nella linea della concentrazione nella carica imperiale, come fu poi enunciato con piena consapevolezza da Giustiniano.

La vicenda delineata non è estranea alla nostra attuale esperienza, in quanto ne costituiscono, per aspetti fondamentali, il *'principium'* nel senso pregnante gaiano¹⁹². Le concezioni dominanti in tema di produzione, interpretazione e applicazione del diritto continuano ad essere da essa dipendenti. In particolare l'elaborazione dottrinale e la formazione consuetudinaria continuano ad essere considerate, a livello rappresentativo, come fenomeni distinti. Alla loro separazione è connessa storicamente la loro *deminutio*: la riduzione della formazione consuetudinaria a fonte subordinata alla legge e l'espunzione dell'elaborazione dottrinale dal circuito della produzione del diritto. È stato determinante per lo sviluppo successivo il consolidamento della separazione nelle riforme che accompagnarono e qualificarono la compilazione giustiniana. In merito al ruolo della dottrina, di cui mi occupo qui specificamente¹⁹³, emergono questi elementi: l'elaborazione che era stata compiuta dai giuristi classici, rivista e armonizzata (se pure in modo del tutto non rispondente al proposito) dai commissari giustiniani, venne sussunta nella legge (nella quale era concentrata la produzione autoritativa del diritto) e ritenuta tale: come ho già rilevato, erano infatti legge sia i brani delle costituzioni imperiali ricevuti nel *Codex* sia i frammenti dei suddetti giuristi inseriti nei *Digesta* ed il testo delle *Institutiones*; *Pars iuris*, prima compito dei giuristi, venne trasferita e riservata alla carica imperiale.

Sono da sottolineare alcuni risvolti. Per l'apprendimento del diritto nelle apposite scuole, risultava così sufficiente, come disposto da Giustiniano, l'insegnamento e lo studio della compilazione, dato che in essa era recepita l'elaborazione dei giuristi classici, riveduta dai commissari giustiniani. I professori di diritto dovevano limitarsi a insegnare il contenuto della compilazione tanto sotto il profilo normativo che dottrinale, senza poter aggiungere nulla di proprio e senza potersi servire di altre opere. Anche i giudici erano rigidamente vincolati al dettato normativo e dottrinale della compilazione: in presenza di casi dubbi o di ritenuti vuoti legislativi, dovevano, come si è mostrato, chiedere l'intervento imperiale. Le future modifiche, sia normative che dottrinali, erano riservate all'imperatore, il quale vi provvedeva con l'emanazione di nuove leggi (*novellae constitutiones*).

La sussunzione, ad opera di Giustiniano, dell'elaborazione giuridica nella legge non fu che un'esplicazione della riconduzione ad essa del diritto, nel quale tale elaborazione era già ritenuta ricompresa, come risulta in particolare dalla definizione dello stesso come *'ars boni et aequi'*: tale sussunzione fu, in altri termini, lo strumento, con cui egli attuò la riserva alla carica imperiale dell'*ars iuris*, comprensiva della produzione normativa e dell'*interpretatio*, nel senso ampio sopraddetto dell'interpretazione della norma (come si dice abitualmente, della legge) e dell'elaborazione del diritto. Persisteva la percezione, perduta successivamente, che le concettualizzazioni, in campo giuridico, non sono estranee al diritto, ma ne fanno parte.

liae (mancipazione del patrimonio a un amico incaricato di distribuirlo secondo le proprie indicazioni): egli fece – ed è da escludere che non ne avesse coscienza – qualcosa di nuovo (si può ancora notare che le antiche forme testamentarie coesistero, fino alla loro caduta in desuetudine, con la *mancipatio familiae* e, quindi, col *testamentum per aes et libram* da essa sviluppatosi). Per l'esperienza a noi vicina può richiamarsi la serie dei nuovi tipi negoziali, via via riconosciuti e poi trattati anche nei manuali istituzionali (*leasing, franchising, factoring*, etc.), in merito ai quali si ripropongono osservazioni analoghe (in essi può vedersi la prova della persistenza della produzione extraautoritativa del diritto e del legame tra l'elaborazione dottrinale – di esperti di diritto – e la formazione consuetudinaria).

¹⁹² F. GALLO, *La storia in Gaio*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore di Silvio Romano», Milano, 1981, p. 90 ss.

¹⁹³ In ordine alla formazione consuetudinaria, si vedano rilievi *supra*, nt. 191. Merita attenzione la conclusione a cui è pervenuto SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 78: «La direttiva, che cercavamo, capace di legittimare la costituzione e lo *ius non scriptum*, e di spartire gli spazi tra l'autorità della legge e l'autorità della consuetudine, sarebbe allora da trovare – anzi è da trovare – nel riconoscimento tacito, che ha la stessa natura di quella *opinio* in cui si identifica il diritto non scritto. La consuetudine ha pertanto una legittimazione originaria. Il diritto scritto ha una legittimazione derivata». Appare ripresa, se pure con fraintendimenti (quale l'identificazione tra *'opinio'* e *'consensus'*) e senza averne la consapevolezza, la teoria giuliana sul *'tacitus consensus'* (inteso come *'voluntas'*) dei cittadini quale fondamento della recezione *'morbis'*.

Nel disegno giustiniano, rivolto al suo tempo e ad ogni età futura, si colgono due scopi: sottrarre l'*ars iuris* ai giuristi e riservarla all'imperatore. Com'è noto, il secondo scopo non trovò, nelle epoche future, la realizzazione voluta da Giustiniano. Viceversa, per quanto attiene al primo scopo, la riforma da lui attuata ha lasciato, nella posteriore tradizione, tracce rilevanti, in genere non percepite: la dottrina non si è più riappropriata compiutamente, per quanto ad essa compete, dell'*ars iuris*; l'elaborazione concettuale del diritto continua ad essere ritenuta, in contrasto con la realtà, al di fuori di esso.

Con le codificazioni moderne, si è verificata una saldatura tra il codice e le norme poste dalla legge e, con il consolidarsi delle vedute positivistiche, il diritto è stato identificato con le norme. L'elaborazione dottrinale, tolta dal diritto e disgiunta dall'interpretazione, è stata confinata in una sorta di limbo. L'adesione all'ideologia ha condotto a passare sopra alla realtà. Ho già ricordato¹⁹⁴ l'opinione secondo cui i codici sono una raccolta di norme e solo di norme, mentre è certissimo che tutti i codici civili, ai quali si è rivolta la mia considerazione, contengono pure, in misura più o meno ampia, concettualizzazioni.

Elementi specifici, sul tema considerato, sono offerti dalla materia dell'interpretazione. Poco dopo l'entrata in vigore del «BGB.», lo Zitelmann, nel suo discorso sulle lacune nel diritto, ha rilevato, in adesione alle vedute positivistiche che, per l'ammissione dell'analogia in un dato ordinamento, occorre la presenza in esso di una norma che dichiara «che è diritto ciò che è contenuto nella legge con certe modificazioni (estensioni e limitazioni) ottenute a mezzo dell'analogia e così via»¹⁹⁵. Peraltro, come sappiamo, una norma siffatta è assente dal «BGB.». Lo Zitelmann ha aggirato l'ostacolo, affermando che molti fra i più importanti principii, fra i quali quello prescrivente l'analogia, valgono come norme giuridiche senza essere scritti, in quanto sono di per se stessi evidenti (o si intendono da sé: l'espressione tedesca è «gelten als selbstverständlich») ¹⁹⁶. Non esiste, tuttavia, l'autoevidenza dei meccanismi dell'analogia distinta in analogia *legis* e analogia *iuris*. A tale autoevidenza non ha veramente creduto neppure lo Zitelmann, che ha dedicato il discorso inaugurale del suo rettorato nell'Università di Bonn, alle lacune nel diritto, proponendo, fra l'altro, la sottile e discutibile distinzione fra lacune improprie e lacune proprie ¹⁹⁷. Si può ancora osservare che, nella dottrina italiana, in correlazione con la diversa situazione codicistica (con la previsione, nelle preleggi, dell'interpretazione analogica), è stata sostenuta, in contrasto con lo Zitelmann, l'inammissibilità dell'analogia, in assenza di una dichiarazione di volontà del legislatore, che ne stabilisca l'ammissione ¹⁹⁸.

¹⁹⁴) Cfr. *supra*, § 3 e nt. 86.

¹⁹⁵) E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 26.

¹⁹⁶) ZITELMANN, *loc. cit.*

¹⁹⁷) Se ne veda la disamina in E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti* (cur. G. CRIFÓ), Milano, 1991, p. 30 ss. Torna da ultimo sul problema (a mio avviso in modo piuttosto superficiale) FRACANZANI, *Analogia*, cit., p. 87 s.

¹⁹⁸) Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 44 ss., in opposizione all'opinione da lui detta tradizionale. Lo studioso pervenne (p. 50 s.) alla conclusione, secondo cui, «perché l'analogia sia ammissibile, è necessario che nell'ordinamento giuridico esista una norma generale del contenuto che di sopra si è detto» (vale a dire una norma, «che ... ammessa la dichiaro»), osservando, nella nt. 1, che l'opposta posizione sostenuta dallo Zitelmann e altri scrittori tedeschi «non è esente dal sospetto di essere influenzata dalle particolari condizioni del diritto tedesco, nel quale manca una disposizione corrispondente a quella dell'art. 3 delle disposizioni preliminari al ... codice civile» del 1865 (norma «che era stata bensì inserita nel progetto preliminare del codice civile dell'Impero ..., ma fu soppressa dalla seconda commissione di revisione, che la ritenne inutile, in base appunto al concetto che la norma da esso sanzionata ... si intendeva da sé»). Il rilievo è ripreso sinteticamente da FRACANZANI, *Analogia*, cit., p. 213 s., il quale richiama, quindi, come fondamento dell'analogia, la «razionalità», implicante, a suo parere, l'approdo «a qualcosa di simile al diritto naturale come elemento in grado di autorizzare questo genere di interpretazione». Le confusioni sono molte. Neppure questo autore distingue fra doverosità e facoltà dell'analogia. Sia l'una che l'altra, negli ordinamenti in cui sono contemplate, devono ovviamente rispondere, come ogni altro elemento degli stessi, alla razionalità (ai supremi criteri della ragionevolezza e dell'uguaglianza). L'introduzione dell'una o dell'altra nei singoli ordinamenti è peraltro sempre dovuta alla scelta e opera umana (nel sistema tedesco essa è dovuta alla dottrina: deriva, più precisamente, da un meccanismo simile, se pure non percepito, alla re-

L'impiego dell'analogia, nell'ordinamento tedesco e in quello italiano, non è chiarito né dalla tesi dello Zitelmann né da quella contraria sostenuta dal Donati nella dottrina italiana.

La verità è che le regole, recepite in taluni codici e non recepite in altri, nelle quali si esplica l'analogia (in generale l'interpretazione) sono frutto dell'elaborazione dottrinale, non estranea al fenomeno giuridico, ma parte di esso¹⁹⁹. Si pensi alla massa di nozioni non esplicitate in tutto o in parte nella legge, quali quelle di «persona», «dolo», «condizione», «diritto reale», «obbligazione», «prestazione», etc., ed a quelle stesse di «diritto», di «norma giuridica», di «sistema» e «ordinamento». Anche le singole norme non sono, in genere, comprensibili senza il possesso delle nozioni elaborate e tramandate dalla dottrina. Si prenda ad esempio l'art. 1346 del codice civile italiano: «L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile». E' chiaro a tutti che le nozioni di oggetto del contratto e di possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità dello stesso non si apprendono dal codice, ma dai testi dei giuristi. Quanto al contratto, si può fare riferimento alla nozione enunciata nel precedente art. 1321, peraltro mediante una definizione non rispettosa delle regole diairetiche²⁰⁰ e in ogni modo non bastante a fornirne una rappresentazione adeguata senza gli apporti della dottrina²⁰¹.

Gli elementi richiamati, per quanto in modo assai sommario e parziale, pongono la questione, pressoché ignorata, dei rapporti esistenti, nel fenomeno giuridico, tra la produzione normativa e l'elaborazione dottrinale, questione da affrontare al di fuori di condizionamenti ideologici sulla base dei dati offerti dall'esperienza del passato e del presente. Come ho già detto, dedico qui ad essa solo pochi cenni, circoscritti al tema dell'interpretazione, tenendo presente la distinzione tra ordinamenti che la disciplinano e ordinamenti che non la disciplinano²⁰².

Nel secondo gruppo di ordinamenti vigono e si applicano le regole ermeneutiche elaborate dalla dottrina, quali risultano dai rapporti tra tale elaborazione e l'applicazione pratica ad opera di giudici, di funzionari e anche di privati²⁰³. Si tace sulla loro fonte, che non può però sicuramente essere ravvisata nella loro autoevidenza, per due ragioni concomitanti: da un lato l'autoevidenza non risulta annoverata, nella nostra tradizione, tra le fonti del diritto, né potrebbe esserlo, in quanto atiene alla norma già esistente, non al relativo processo di formazione; dall'altro lato, per fare un esempio, il principio secondo cui si deve restituire la cosa ricevuta in prestito, benché percepito dalla generalità dei consociati, mentre le regole sull'analogia lo sono soltanto dagli addetti ai lavori, risulta disciplinato anche nei codici che, viceversa, come quello tedesco²⁰⁴, non dispongono alcunché sull'interpretazione, compresa quella volta alla colmatatura dei vuoti legislativi. Per altro verso,

cezione '*moribus*' dell'esperienza romana).

¹⁹⁹) Ciò è riconosciuto, in fatto, anche dallo Zitelmann, quando scrive che molti fra i più importanti principi del diritto valgono, nello stesso, senza essere scritti.

²⁰⁰) Cfr. F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in «Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea, Atti convegno di diritto romano (Siena 14-15 aprile 1969)» (cur. N. BELLOCCI), Napoli, 1991, p. 73 ss., e *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in «Roma e America. Diritto romano comune», VII, 1999, p. 51 ss.

²⁰¹) Per quanto il tema sia trascurato, è certo che i concetti elaborati dalla dottrina concorrono, insieme alle norme, ad indirizzare la soluzione dei casi (e, prima ancora, il comportamento, in campo giuridico, di privati e funzionari). Si può dire, in generale, che essi concorrono con le norme alla configurazione del diritto in vigore.

²⁰²) Il problema rientra tra quelli che andrebbero affrontati in un tentativo di rifondazione della scienza giuridica sui dati della realtà, anziché su travisanti opzioni ideologiche di stampo positivistico o giusnaturalistico o su posizioni nichiliste.

²⁰³) Di per sé sola l'elaborazione della dottrina non costituisce diritto. Lo costituisce se e nella misura in cui viene recepita e applicata dagli altri giuristi, dai privati, dai funzionari, dai giudici. Già nell'esperienza romana, in relazione alla recezione '*moribus*', si erano individuate, come si è accennato, tre diverse situazioni: l'elaborazione del giurista non ha alcun seguito (non entra nel circuito della produzione del diritto); ha seguito parziale, in concomitanza con altre soluzioni (si formano aree di *ius controversum*); viene generalmente accolta e applicata dai consociati (diventa diritto pacifico, com'è accaduto, ad esempio, per il testamento librato). Le tre situazioni, per quanto trascurate, continuano a presentarsi, *mutatis mutandis*, nell'esperienza attuale.

²⁰⁴) Nel quale sono dedicati al mutuo i §§ 607-610. Il principio richiamato nel testo è enunciato nel § 607. Per il comodato si veda il § 604.

L'asserita autoevidenza sottintende la consapevolezza che la disciplina dell'interpretazione, se pure non posta dal legislatore, costituisce diritto vigente ²⁰⁵.

Stante il dato che il diritto, nella storia umana, non si produce da solo, bensì è posto, interpretato e applicato dall'uomo, l'esistenza di diritto – come si è detto, anche al di fuori della disciplina dell'interpretazione – non stabilito dalle fonti riconosciute, pone allo studioso l'esigenza di individuarne e teorizzarne la fonte. Sulla base di dati sopra messi in luce è possibile fin d'ora indicare tale fonte nell'elaborazione della dottrina congiunta alla formazione consuetudinaria. La teorizzazione in proposito è ovviamente da elaborare.

Negli ordinamenti che disciplinano l'attività interpretativa il legislatore recepisce la relativa disciplina elaborata dalla dottrina, scegliendo tra i diversi orientamenti e apportando, ove del caso, modifiche. Come le altre norme, anche le determinazioni legislative in campo ermeneutico formano oggetto dell'elaborazione dottrinale in concorso con l'applicazione pratica ²⁰⁶.

Pure negli ordinamenti in questione si formano, ad opera dell'elaborazione dottrinale col concorso indicato, nella materia ermeneutica (come al di fuori di essa), punti o ambiti di diritto controverso. Un esempio può vedersi, per il nostro diritto, nell'ammissione e, rispettivamente, nell'esclusione dell'interpretazione estensiva come figura distinta dall'analogia ²⁰⁷.

L'ammissione dell'interpretazione estensiva, non menzionata nella disciplina dell'attività ermeneutica disposta nelle preleggi, assume rilievo concreto nei riguardi delle norme penali ed eccezionali, per le quali è riconosciuto, in giurisprudenza e in dottrina, il divieto dell'analogia, ma non quello di tale interpretazione ²⁰⁸. Di fronte al tenore dell'art. 14 delle preleggi, prescrivente, per le norme penali ed eccezionali, il divieto di ogni estensione del dettato legislativo ²⁰⁹, il riconoscimento, per esse, dell'interpretazione estensiva si presenta addirittura, tenuto conto delle implicazioni pratiche che ne sono state tratte, come un'interpretazione *contra legem*. E' palese comunque che l'ammissione e rispettivamente il rifiuto della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva hanno rappresentato, nella nostra esperienza, indirizzi diversi, portatori di decisioni contrastanti nella soluzione

²⁰⁵) Pure nell'imbarazzo enunciativo e con l'omissione della ricerca della fonte, si riconosce l'esistenza di diritto non stabilito autoritativamente (dagli organi dello Stato a cui è attribuito il potere normativo).

²⁰⁶) Nel rispetto dei supremi principi della ragionevolezza e dell'eguaglianza, il legislatore può sempre modificare le regole e le concettualizzazioni elaborate dalla dottrina, la quale è viceversa soggetta alle determinazioni stabilite dallo stesso, in quanto siano congruenti (e continuo ad esserlo nei confronti dei mutamenti della realtà economica e sociale) con tali supremi principi.

²⁰⁷) Rinverdisce da ultimo la distinzione, trascurando peraltro profili esegetici e precetti costituzionali, FRANZONI, *Analogia*, cit.: si veda la conclusione enunciata al termine del lavoro, p. 289; sui predetti profili e precetti trascurati dall'autore si veda GALLO, *Norme penali*, cit., in particolare p. 13 ss. La distinzione è pure riproposta da BELVEDERE, *Interpretazione estensiva*, cit., p. 557 ss., il quale, tuttavia, in chiusura del lavoro (p. 577), toglie ad essa rilievo «al fine pratico dell'aggiramento dei limiti stabiliti, per il ricorso all'analogia, dall'art. 14 Preleggi». A suo parere, infatti, il «criterio politico-costituzionale», che sorregge tale articolo, «vale indifferentemente per tutte le operazioni estensive» considerate, «a prescindere da una loro più precisa caratterizzazione, sul piano teorico, come interventi interpretativi od analogici», in quanto l'articolo in oggetto «si riferisce ad un risultato – l'applicazione delle leggi oltre i casi e i tempi in essa considerati – che può essere realizzato anche a seguito di una interpretazione estensiva». E, in aggiunta, si domanda: «del resto, anche se, viceversa, ritenessimo focalizzato sull'analogia il divieto dell'art. 14, perché mai non potremmo applicare analogicamente una disposizione in tema di analogia?» (a mio avviso, stante il tenore della disciplina dell'interpretazione nelle preleggi, la domanda potrebbe porsi soltanto nei riguardi dell'art. 13 – per quanto si reputi ancora in vigore –, disponente l'esclusione dell'applicazione analogica delle norme corporative»). Neppure il Belvedere si è posto il problema dell'inattendibilità, alla luce dei supremi criteri della ragionevolezza e uguaglianza, della comune sottoposizione al divieto di estensione del dettato normativo sia delle norme penali che di quelle eccezionali. Per una proposta di soluzione, su base esegetica sistematica (anche sulla scorta dei predetti criteri, posti in cima all'ordinamento), devo rinviare ancora una volta a GALLO, *Norme penali*, cit., p. 1 ss.

²⁰⁸) Per le altre norme, per le quali è prescritta, all'occorrenza, l'analogia, è ovviamente riconosciuta, in quanto si ritenga da essa distinta, l'interpretazione estensiva, spesso configurata da coloro che l'hanno ammessa come un'estensione minore (la differenza non riguarderebbe invece, secondo BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 575 ss., il profilo dell'estensione).

²⁰⁹) La formulazione appare univoca: le norme in questione «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

dei casi (particolarmente rilevanti nella materia penale)²¹⁰, vale a dire di diritto controverso.

Inoltre, anche nei codici che disciplinano l'interpretazione, la disciplina disposta riguarda la sola interpretazione della legge. Pure in questi codici, quindi, l'interpretazione del diritto – oggi purtroppo in massima parte inesplorata – rimane appannaggio della dottrina.

²¹⁰) Fa eccezione, per le ragioni dette, il Belvedere. Il partito migliore sembra peraltro quello di non elaborare una figura (interpretazione estensiva) e una conseguente distinzione (tra essa e l'analogia), non contemplate, da un lato, nella disciplina dell'attività ermeneutica e non occorrenti, dall'altro, alla sua interpretazione (anzi portatrici per essa di imbarazzo: come si è visto, il Belvedere, dopo aver riproposto la distinzione indicata tra analogia e interpretazione estensiva, mira a neutralizzarne gli effetti).