

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

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 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

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).

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*

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 esaustivi) e talora anche alterati, a scapito di altri, pure esistenti e rilevanti nel fenomeno giuridico, disinvoltamente invece messi da parte ⁶².

watches», 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 4. 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 positivistica, del diritto a norma.

⁶²) Alterazioni, sul piano storico, si colgono, ad esempio, in MONATE-

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

RI, *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 della 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 *Τὰντα-Δέδοκεν*, 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 l'applicazione), è indubbio che, 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 superficiario, 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

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

«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 *'interpres'*, *'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

sogetti 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 decisorio, 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

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 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 penetrazione 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 della 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

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 avere ⁶⁸?

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 «Digesto 4. 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 *iusdictio* 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

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.

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 dimo-

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 «Digesto 4. 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.

to, 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

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

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.

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 reali» 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).

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 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.

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 emer-

Può proporsi una variante: il caso in cui, inalterate le altre circostanze, chi intende costruire, anziché proprietario, sia superficario. 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 superficario 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 superficario (o ad ogni altro soggetto legittimato all'edificazione) e non al proprietario, si viole-

ge, 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.

rebbero, in una con tale *ratio* e colla sottostante esigenza che si vuole tutelare con tale norma, il senso comune e i superiori principi 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 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 or-

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.

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

dinamenti ⁷⁷.

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 sen-

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.

so 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, limitatamente all'analogia (*legis e iuris*) quello russo⁸¹; non

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 contemplarli 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).

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.

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

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 abbiano 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 ...».

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.

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 «principi 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

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 prescrive 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

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 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.

piano formale, dall'adesione alla veduta moderna, secondo cui il codice si identifica in una raccolta di norme ⁸⁶, 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 accolto al pretore il dovere di procedere all'estensione in via analogica delle clausole edittali ⁸⁸.

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

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

⁸⁸ La limitazione della considerazione al riordino e revisione di tali

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 senatori 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 esplicazioni in ordinamenti attuali⁹⁰. L'elemento più significativo per la sua portata e per il peso avuto sullo sviluppo successivo, non adeguatamente 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.

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 praest 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.

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 – reputate, non importa se a torto, prive di esplicazioni creative – sono presentate da Giusti-

Né il termine «riordino», né il termine «cristallizzazione» sono idonei ad evocare la riforma accennata. Il primo è incentrato sulla revisione del testo edittale. 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 ri-

niano nella prospettiva della concessione da parte dell'autorità imperiale. Cfr. F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in «Index», XIV, 1986, p. 37.

servato 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 riconoscimento, 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 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), siano disciplinati i casi più frequenti⁹³.

Molto più tardi il Portalis, nel discorso preliminare sul progetto del «Code civil», in cui sono discusse «des 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

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.

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 formano 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 vo-

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.

lontà 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 Censore ⁹⁶. Essa è stata tenuta presente, nell'esperienza romana, se pure con soluzioni diverse, sia nella codificazione dell'editto che in quella giustiniana ⁹⁷.

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 superficario, 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

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 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.

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 connaturato 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

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*, Padova, 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 indubbie 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, «da povertà e l'indeterminatezza» della disciplina dell'interpretazione).

I due studiosi trascurano, in una col dato fattuale, non superabile, che la leg-

ge 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).

messa da parte¹⁰⁰. L'applicazione al proprietario e ad ogni 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 studioso¹⁰¹, bensì l'individuazione nella legge della soluzione dei casi considerati, mediante l'attività detta interpretazione svolta alla stregua dei criteri prescritti dal legislatore¹⁰². 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 legge¹⁰³.

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 teoretico 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. ASCHE-

RI] – *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 *vulnus* alla certezza del medesimo. 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».