

Attenzione a quel che chiedete! Potreste ottenerlo

Riflessioni sul posto dell'interpretazione giuridica nel progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario

di Massimo Cavino*

1. Classificando i tipi di interpretazione in relazione alle attività cui sono funzionali, Emilio Betti distingue tra interpretazione meramente *ricognitiva*, che si esaurisce nell'intendere il significato del suo oggetto (è tale ad esempio la lettura); *riproduttiva* o *rappresentativa*, che si caratterizza per la «presenza di un intermediario che, ponendosi fra la manifestazione di pensiero di un autore e un pubblico interessato a intenderla, assume l'ufficio di sostituire a quella una forma rappresentativa equivalente, dotata di un'efficacia comunicativa idonea a farne intendere il senso»¹, come nel caso dell'interpretazione drammatica; e *normativa*, ove l'intendere è «preordinato al fine di regolare l'agire alla stregua di massime che si desumono da norme o dogmi, da valutazioni morali o da situazioni

* Ricercatore in Diritto Costituzionale presso l'Università del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro».

Il presente saggio non richiama direttamente tematiche approfondite all'interno del ciclo di conferenze dei «Giovedì culturali», ma tratta alcune questioni di filosofia del diritto che offrono interessanti spunti di riflessione, in particolare con riferimento al dibattito sulle proposte di modifica dell'ordinamento giudiziario.

¹ Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1990, p. 347.

psicologiche da tenere in conto»², come nel caso dell'interpretazione giuridica e teologica.

Quel che pertanto caratterizza l'interpretazione giuridica è la sua funzione pratica³, la sua preordinazione alla regolamentazione di una condotta, o, meglio, di una fattispecie concreta. E poiché ogni atto interpretativo è pur sempre l'azione di un singolo soggetto, e implica da parte sua una volontà⁴, ci si deve interrogare sul rapporto che lega, rispetto alla condotta particolare, alla fattispecie concreta che attende di essere regolata, la volontà del singolo con quella della norma⁵.

Una volta incontrata la norma c'è ancora spazio per la libertà dell'interprete o questi agisce come se la volontà della norma fosse la propria, in qualche modo annullandosi? O piuttosto la libertà dell'interprete è assoluta, dipendendo da una sua scelta il modo in cui la volontà della norma possa dispiegarsi?

Diverse sono state le risposte a questi interrogativi.

Considerando il rapporto che lega volontà e azione⁶, nella realtà concreta, autorevole dottrina è giunta a negare che la norma abbia una sua volontà distinta da quella dell'interprete:

[...] essendo manifestazione di volontà alla quale corrisponde una classe di azioni e quindi non una singola azione (mentre nella realtà concreta volontà e azione sono indistinguibili e inseparabili), la norma è una

² *Ibid.*, p. 790.

³ Sulla natura pratica dell'interpretazione giuridica come elemento distintivo nella più generale teoria dell'interpretazione cfr. G. Kalinowsky, «Philosophie et logique de l'interprétation en droit», *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 39 e sgg.; J. Wroblewski, «L'interprétation en droit: théorie et idéologie», *ivi*, pp. 51 e sgg.; Ph.I. André-Vincent, «L'abstrait et le concret dans l'interprétation», *ivi*, pp. 135 e sgg.

⁴ Cfr. I. Kant, *Fondamenti della metafisica dei costumi* (1785), tr. it., La Nuova Italia, Firenze 1931, p. 102: «Ogni cosa nella natura opera secondo leggi. Non c'è se non un essere ragionevole che abbia la facoltà di agire secondo la rappresentazione delle leggi, vale a dire secondo principi, in altre parole che abbia una volontà. Siccome, per derivare le azioni dalle leggi è richiesta la ragione, la volontà non è altro che una ragione pratica».

⁵ «Come cioè dalla norma si giunga al fatto, come la norma sia ingranabile nel fatto, e come dal fatto si salga alla norma»; così M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, Saggio di filosofia del diritto (1928), Giuffrè, Milano 1991, p. 15.

⁶ Cfr. F.S. Trincia, «Differenza tra azione e pensiero», *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1995/28, pp. 61 e sgg.

pseudo-volizione, alla quale si sostituisce una volizione vera e propria solo mediante quel comportamento effettivo che appare ad essa conforme, dal quale, cioè, essa è attuata. [...] Tra la volontà che vuole la norma □ ossia si pone come norma □ e quella che ne vorrà l'attuazione corre soltanto una differenza di carattere cronologico, trattandosi di due successive manifestazioni di una volontà che, psicologicamente, è la stessa, di una volontà che compie tutto il suo ciclo, prima volendo volere e poi volendo effettivamente ⁷.

Del resto, pur senza giungere a negare che la norma esprima una volontà in relazione al caso concreto, è difficile non riconoscere uno spazio, più o meno esteso, alla libertà dell'interprete⁸ che, in relazione a quello stesso caso concreto, deve agire: non è infatti possibile agire sulla base di una volontà solo conosciuta e non anche voluta⁹.

L'interprete riproduce o rivive in sé l'atto normativo come criterio o principio per spiegare l'attività normativa. Egli deve vedere come con quel

⁷ Cfr. W. Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padova 1930, p. 36 e sg., *passim*.

⁸ Cfr. P. Ricoeur, «Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique», in P. Amselek (publié par), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles 1995, pp. 177 e sg., *passim*: «Il faut d'emblée distinguer cette liberté d'un arbitraire sans règle. C'est au contraire la dialectique entre la contrainte des règles et l'engagement spontané et créateur de l'interprète qui constitue le cadre imposé à une réflexion sur la liberté herméneutique. La thèse que je voudrais défendre et illustrer est que la liberté de l'interprète, dialectiquement comprise, augmente à mesure qu'on avance le long de la chaîne des opérations désignées par les termes: expliquer, comprendre, appliquer. Elle est au minimum avec l'explication, où dominent les contraintes logiques, au maximum avec l'application, où le récepteur du message s'apporte lui-même avec ses attentes historiquement conditionnées».

⁹ Cfr. F. D'Agostino, «Contingenza delle norme e soluzione delle controversie», in S. Cotta (a cura di), *Conoscenza e normatività. Il normativo tra decisione e fondazione*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 113 e sgg.: «La mera conoscenza del bene (o, se si preferisce, del dovere) come *principio* non ne garantisce la realizzazione, né logicamente né assiologicamente. Logicamente perché chi conosce il bene (o il dovere), non per questo è in grado di formulare attraverso un conseguente *giudizio* le modalità effettive attraverso cui esso può trovare spazio nel mondo (il giudizio pratico che ha altri principi oltre quelli afferrabili dalla ragione teoretica). Assiologicamente perché la capacità di operare il bene non dipende dalle mere forze dell'uomo, ma da un principio ad esso superiore e comunque ad esso non riducibile, che nel linguaggio filosofico è denominato *libertà* e nel linguaggio teologico ha ricevuto il nome di *grazia*».

dato criterio o principio si spiega l'attività normativa; e, per poter vedere, deve egli stesso assumere la veste di attore, deve cioè spiegare la stessa attività normativa, assumendo come criterio o principio l'atto da interpretare. Soltanto in questo modo l'interprete può veramente affermare di conoscere, cioè di possedere, l'atto normativo, in quanto egli, facendolo rivivere nel suo spirito, lo assuma a criterio o principio per spiegare l'attività normativa¹⁰.

In questa prospettiva il problema interpretativo può essere definito come il problema dell'alterità delle volontà della norma e dell'interprete¹¹.

¹⁰ Cfr. G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano 1941, pp. 13 e sg. E, nello stesso senso, a proposito dell'attività giurisdizionale cfr. P. Calamandrei, «Il giudice e lo storico», *Riv. di dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 118 e sg.: «Questa cosiddetta 'concreta volontà di legge' che scaturirebbe fuori automaticamente non appena nella realtà si producano fatti coincidenti con quelli da essa norma previsti in ipotesi, in realtà non esiste altro che nella mente di coloro, parti o giudici, che conoscendo certi fatti e l'ipotesi prevista da una certa norma, raffrontano questa realtà e questa ipotesi e traggono da questo raffronto la conseguenza che il precetto formulato in quella norma deve essere osservato in concreto; ma la legge, se manca nel cittadino la volontà attuale di osservarla, cioè di conformare al suo precetto la propria condotta pratica, o nel giudice la volontà attuale di farla praticamente osservare nel caso concreto, rimane in sé stessa una ipotesi inerte ed astratta, superata dalla realtà che va innanzi per conto suo, ribelle a tutti gli schemi e sprezzante di tutti i pronostici. La sentenza del giudice, dunque, in quanto formula questo comando concreto che non è nella legge e che dalla legge non può scaturire per virtù magica, non è un atto teorico, ma un atto pratico, con cui il magistrato, anziché limitarsi a prender atto di una realtà già accaduta, mira a inserirsi nella realtà, a farvi la sua parte attiva che è poi quella di comandare e di infliggere sanzioni, concorrendo così con l'agire proprio, a determinare in un certo senso l'azione futura degli altri. Non dunque attività meramente conoscitiva è, nella sua fase finale, la giurisdizione, ma attività essenzialmente volitiva: se con una certa approssimazione il giudice si può paragonare allo storico fino a che si limita ad accertare fatti, nel formulare il precetto giuridico appropriato a questi fatti accertati egli cessa di essere uno storico e diventa un politico».

¹¹ Per un interessante tentativo di conciliare i due termini dell'alternativa cfr. L. Bagolini, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Giuffrè, Milano 1942. Il problema dell'alterità delle volontà del legislatore e dell'interprete viene superato considerandone l'omogeneità: «[...] l'azione particolare del giudice implica quella del legislatore; come l'azione del legislatore implica l'azione del giudice. Fra il volere di quest'ultimo e quello del legislatore che nella legge si esprime, non vi può essere antinomia. La sua volontà non è negazione della legge ma affermazione di essa. Non vi ha relazione fra il volere del giudice e lo schema

Sul piano teorico «rapprocher les deux mots 'volonté' et 'interprétation' évoque immédiatement l'opposition établie par Hans Kelsen entre les théories qui considèrent l'interprétation comme un acte de connaissance et celles qui la regardent comme un acte de volonté»¹².

Effettivamente la contrapposizione kelseniana ben rappresenta il modo in cui le teorie dell'interpretazione hanno da sempre affrontato e risolto il problema dell'alterità della volontà della norma e dell'interprete.

Le teorie che considerano l'interpretazione come un atto di mera conoscenza privilegiano il momento spirituale dell'intendere e sostengono l'irrelevanza della volontà dell'interprete, che deve limitarsi a conoscere la norma cui deve obbedienza. Esse possono essere definite come *teorie formaliste* dell'interpretazione.

Le teorie che nell'interpretazione riconoscono un atto di totale libertà dell'interprete, privilegiano il momento spirituale del volere dell'interprete stesso, negando l'esistenza di una volontà della nor-

della norma, ma, attraverso lo schema, vi ha relazione fra il suo volere ed il volere del legislatore» (pp. 78 e sg.). «Quando il principio di alterità [...] è qui inteso come omogeneità e distinzione è appunto riferito alla possibilità, che ha un soggetto, di implicare altri soggetti; ragione per cui ciascun soggetto come centro di spiritualità - puntualizzarsi dello spirito - non pone gli altri soggetti ma in se medesimo li implica, essendo esso stesso - in se stesso, in quanto soggetto determinato - nella sua pura metempiricità, moltiplicazione soggettiva, singolare che, come tale, ha in sé il plurale».

Il problema dell'alterità della volontà dell'interprete e del legislatore veniva invece del tutto superato nei sistemi giuridici di ispirazione marxista dall'affermazione ideologica della prevalenza sulle diverse manifestazioni particolari di un'unica coscienza di classe. La classe operaia, quale unico soggetto abilitato a una volontà politica, trovava espressione tanto per bocca del legislatore che dell'interprete. Cfr. in tal senso M. Losano, «Una teoria marxistica dell'interpretazione», *Riv. int. fil. dir.*, 1966, pp. 518 e sgg., in particolare pp. 527 e sgg.; K. Stoyanovitch, «L'interprétation du droit dans les pays socialistes», *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 149 e sgg., in particolare pp. 153 e sgg.

¹² Cfr. P. Wachsmann, «La volonté de l'interprète», *Droits*, 1999, p. 29. Sui rapporti tra volontà e interpretazione nel pensiero di Kelsen cfr. O. Pfersmann, «Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique», *Droits*, 1999, pp. 83 e sgg.; L. Gianformaggio, «La conception volontariste du droit du dernier Kelsen, *ivi*, pp. 99 e sgg.; P. Amselek, «Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen», *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1999, pp. 37 e sgg.

ma preesistente all'attività interpretativa; esse sono generalmente indicate come *teorie scettiche* dell'interpretazione.

Le prime riconoscono all'interpretazione una funzione ricognitiva, le seconde un potere creativo¹³. Guardando anche rapidamente alla storia del diritto è possibile concludere che le une e le altre hanno goduto di pari fortuna¹⁴, avvicinandosi, talvolta, solo per reazio-

¹³ Peraltro, sulla necessità di prescindere da un dibattito sul valore cognitivo o creativo dell'attività interpretativa cfr. L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova 1954, p. 39 e sgg. L'autore precisa (pp. 169 e sg., *passim*) che il vero problema dell'interprete è quello «di avere ad oggetto della propria indagine qualcosa che egli, né costruisce da se stesso, né trova come un dato irriducibile dell'esperienza, ma è già la conclusione di un complesso processo valutativo tradotto in termini definitivi e astratti; di dover muovere, in altre parole, dal mondo della volontà e dell'azione già fermato nella logica di un linguaggio e di un sistema concettuale presupposto, già astratto dagli elementi mobili e concreti che lo costituiscono storicamente, già costruito insomma, da quel primo elaboratore del diritto che è il legislatore, o comunque il creatore delle regole e dei precedenti astratti di comportamento». Ma compito dell'interprete è quello di operare nella realtà dell'esperienza giuridica «e questo egli non può ottenere che attraverso un processo cognitivo e valutativo nel medesimo tempo, in cui alle esigenze della certezza garantite dal rispetto del *corpus juris* costituito, devono accompagnarsi appunto quelle della concretezza, garantite sia dalla ricostruzione del complesso processo valutativo che è movente e fine della norma da cui egli parte, sia dalla considerazione di tutti quei nuovi elementi sopravvenuti [...] alla cui soddisfazione è appunto diretta l'attività interpretativa, come organo, in ultima analisi, delle valutazioni sociali ancora giuridicamente inesprese nei confronti della rigidità e chiusura dell'ordinamento».

¹⁴ Pensiamo all'*avvicendamento* (emblematicamente rappresentato dal cosiddetto passaggio dal primo al secondo R. von Jhering; si confrontino in tal senso *Der Geist des Römischen Rechts* (1852-1863), Breitkopf & Härtel, Leipzig 1891 con *Lo scopo nel diritto* (1877), tr. it., Einaudi, Torino 1972, e *Serio e faceto nella giurisprudenza* (1884), tr. it., Sansoni, Firenze 1954) tra *giurisprudenza dei concetti* e *giurisprudenza degli interessi* fino allo sviluppo del *movimento del diritto libero* con H. Kantorowicz e la sua *Lotta per la scienza giuridica* (1906), tr. it., Forni, Bologna 1988. Parimenti può essere considerata la contrapposizione tra la *scuola dell'esegesi* e la *scuola scientifica* rispetto alla quale cfr. rispettivamente J. Bonnet, *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Boccard, Paris 1924; F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), LGDJ, Paris 1919.

ne¹⁵. Ma la possibilità di una simile alternanza tra teorie interpretative antitetiche induce a concludere che le une e le altre siano risultate, in misura più o meno estesa, insoddisfacenti. E questa difficoltà di stabilire in modo convincente quale sia il criterio che organizza i rapporti tra volontà legislativa e libertà dell'interprete, in relazione all'urgenza pratica del caso concreto, si traduce inevitabilmente in una questione di diritto costituzionale. E non soltanto perché la teoria delle fonti del diritto, cui accede ogni riflessione sull'interpretazione, sia ormai pacificamente assegnata alle indagini della dottrina costituzionalistica; ma piuttosto perché

il pensiero che si manifesta nella legge è il contenuto di una volontà. Per determinare il valore della legge e per interpretarla conviene dunque conoscere qual sia e di chi sia veramente la volontà legislativa, donde essa tragga la sua forza, per chi e in quale estensione abbia vigore, se e come debba essere manifestata. Tutte domande alle quali non può dare risposta che il diritto pubblico¹⁶.

In altri termini la questione dell'allocazione della volontà normativa in capo al legislatore o all'interprete si traduce nel problema fondamentale per il diritto costituzionale del rapporto tra potere e libertà, tra legge e diritti.

In questa prospettiva è possibile affermare che nel risolvere in modo opposto, ma comunque estremo, il problema della volontà normativa, tanto l'impostazione formalista quanto quella scettica corrono il rischio di fornire una giustificazione all'arbitrio del legislatore o dell'interprete (e quindi in particolare del giudice o del funzionario), l'uno e l'altro inaccettabili: il primo perché, essendo troppo lontano dalle esigenze pratiche del caso concreto potrebbe arrivare a frustrarle contrapponendo legalità e giustizia; il secondo perché, fortemente condizionato dall'urgenza pratica, potrebbe tradursi in una giustizia del caso concreto e compromettere l'unità complessiva dell'ordinamento.

¹⁵ Cfr. F. Battaglia, «L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese», *Riv. int. fil. dir.*, 1929, pp. 198 e sg.

¹⁶ Cfr. V. Scialoja, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi* (1898), ristampa in *Scritti giuridici*, vol. III, tomo 1, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932, p. 46; nello stesso senso G. Leone, «Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge», *Rass. di dir. pubb.*, 1958, parte I, pp. 492 e sgg., in particolare pp. 495 e sgg.

2. La controversia intorno al potere creativo dei giudici non si sviluppa intorno a una questione di fatto¹⁷: poiché essi praticano l'interpretazione giuridica quotidianamente, essendo soggetti a una serie di controlli che assicurano la trasparenza delle loro operazioni, riesce effettivamente difficile immaginare che possano sorgere dubbi di fatto sugli esiti della loro azione. Ed evidentemente un contrasto rispetto a un fatto facilmente verificabile non può che essere determinato da una differente lettura «ideologica» di quel medesimo fatto.

Concentrando la nostra attenzione sull'impostazione formalista dell'interpretazione possiamo forse affermare che essa possa essere associata alla cosiddetta ideologia del codice¹⁸, a un'idea «forte» della centralità della legge¹⁹ e della separazione dei poteri quali strumenti di garanzia della libertà del singolo²⁰.

¹⁷ Cfr. G. Carriò, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1986, pp. 105 e sgg.; G. Tarello, «Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua», *Riv. int. fil. dir.*, 1966, p. 355.

¹⁸ Cfr. P. Ungari, «Per la storia dell'idea di codice», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, pp. 207 e sgg.; A.J. Arnaud, «Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique», *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 165 e sgg. D. de Béchillon, «L'imaginaire d'un code», *Droits*, 1998, pp. 173 e sgg.; M. Barberis, *Filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 2000, pp. 34 e sgg. e 62 sgg.; C. Castronovo, «Savigny, i moderni e la codificazione europea», *Europa e diritto privato*, 2001, pp. 219 e sgg.

¹⁹ Per un'analisi dell'aspetto «mitologico» dell'idea della legalità cfr. J.J. Chevallier, «La dimension symbolique du principe de légalité», in C.A. Morand (publié par), *Figures de la légalité*, Publisud, Paris 1992, pp. 55 e sgg.; E. García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid 1999, in particolare, pp. 31 e sgg.

²⁰ Cfr. F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris 1991, p. 45 e sg.: «Montesquieu a immortalisé la dépossession du juge de sa fonction normative dans la fameuse théorie de la séparation des pouvoirs. Source principale ayant inspiré les constitutions révolutionnaires, cette théorie développe une utopie républicaine qui fait de la loi l'axe central de l'organisation politique. Alors qu'au régime monarchique s'attache un système des sources du droit fondé sur le précédent, la république fait du juge un être inanimé qui se borne à reproduire dans ses décisions la loi, sans pouvoir même en modérer la rigueur, l'équité étant autant que le précédent bannie de l'office du juge».

Del resto la compressione della volontà dell'interprete, la forte carica svalutativa attribuita alla sua azione²¹ e l'affermazione del valore meramente cognitivo dell'interpretazione, costituiscono un elemento essenziale di quell'ideologia che a partire dal XVIII secolo ha condotto alla codificazione moderna.

Significative le parole di Cesare Beccaria:

Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti tanto più crudeli quanto è minore la distanza fra chi soffre e chi fa soffrire [...]²².

²¹ Cfr. la voce «Leggi» in Voltaire, *Dizionario filosofico* (1764), tr. it., Newton, Roma 1991, p. 195: «L'indomani il mio processo fu giudicato in una camera del parlamento, e lo perdetti per un solo voto; il mio avvocato mi disse che l'avrei vinto per un voto in un'altra camera. 'È davvero comico', gli dissi; 'quindi una camera una legge'. 'Sì', disse, 'ci sono venticinque commenti sulla consuetudine di Parigi; ossia è provato venticinque volte che la consuetudine di Parigi è equivoca; e, se ci fossero venticinque camere di giudici, ci sarebbero venticinque giurisprudenze diverse'».

²² Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Le Monnier, Firenze 1965 (ed. a cura di P. Calamandrei), p. 180. Emblematica della diffidenza nutrita dai *philosophes* illuministi nei confronti degli interpreti e dell'interpretazione è la posizione dei fratelli Alessandro e Pietro Verri sulle pagine de *Il caffè*. Cfr. A. Verri, «Di Giustiniano e le sue leggi», *Il caffè*, 1764-1765, ora nella ristampa Bollati Boringhieri, Torino 1960, p. 135: «Se il codice è chiaro, i commenti sono inutili o sono un abuso; s'egli è oscuro, i commenti sono tutt'al più un rimedio parziale; conviene rifonderlo o abolirlo». E ancora cfr. P. Verri, «Sulla interpretazione delle leggi», *Il caffè*, 1765-1766, ora nella ristampa cit., pp. 486 e sg., *passim*: «Col nome di libertà politica io intendo l'opinione che ha ogni cittadino di possedere se medesimo, e quello che è suo, e di poterne a suo piacere disporre sin tanto ch'ei non trasgredisca le leggi promulgate con legittima autorità. Dico dunque che questa libertà politica sarebbe annientata in una nazione, in cui il giudice fosse legislatore. [...] Se il giudice diventa legislatore, la libertà politica è annihilata; il giudice diventa legislatore sì tosto che è lecito interpretar la legge; dunque si proibisca al giudice l'interpretar la legge; dunque si riduca ad esser mero esecutore della legge; dunque eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione della lettera. Che il giudice, tosto che la legge è soggetta a interpretarsi più in un senso che in un altro, diventi legislatore, è cosa per sé evidente, basta per esserne convinto il riflettere che *interpretare* vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e inda-

La totale ininfluenza della volontà dell'interprete ha, in questa prospettiva, il merito di tutelare l'individuo assicurando il valore della certezza del diritto, intesa come prevedibilità²³ delle conseguenze

gare cosa il legislatore avrebbe verosimilmente deciso nel tale o tal altro caso, su cui non parla chiaramente la legge. *Interpretare* significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel *più* è la misura della facoltà legislatrice, che si arroga il giudice». Questa impostazione ideologica è destinata a lasciare profondissime impronte sul pensiero giuridico italiano malgrado la resistenza, almeno culturale, del *mos italicus* (rispetto alla quale cfr. G. Alpa, «La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 322 e sgg., ma anche M. Giorgianni, «Le 'Istituzioni' del diritto civile nella tradizione dell'esegesi», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 1064 e sgg.). Lo spirito formalista ereditato dall'*età dei lumi* emerge dalla lettura dei trattati e dei commentari di diritto civile italiano del XIX secolo e ancora dei primi anni del secolo scorso. Cfr., ad esempio, F.S. Bianchi, *Principii generali sulle leggi*, UTET, Torino 1888, p. 968: «Se la legge è chiara, se non da luogo ad alcun dubbio circa i rapporti che contempla, l'estensione delle norme che contiene, gli effetti della loro applicazione, non vi è né bisogno, né possibilità d'interpretarla. Una dichiarazione del senso della legge conforme al testo sarebbe inutile; una dichiarazione diversa sarebbe arbitraria e lesiva del potere del legislatore»; G. Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Jovene, Napoli 1894, p. 76: «La interpretazione della legge [...] è la ricostruzione del pensiero contenuto nella legge, per giungere alla intuizione certa e completa del concetto del legislatore»; F. Laurent, *Principi di diritto civile*, I, Società editrice libraria, Milano 1910, p. 260: «[...] l'interprete è realmente lo schiavo della legge, nel senso che esso non può opporre la sua volontà a quella del legislatore; per meglio dire esso non ha alcuna volontà di fronte alla legge, ha solamente il dovere di obbedire»; F. Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, I, UTET, Torino 1912, p. 23: «Né temano, specialmente i giovani, la taccia di pedanti per troppo rispetto al testo della legge: imperocché all'interprete non è dato mostrarsi più sapiente del legislatore nello scopo di rivedere e correggere l'opera sua»; E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Fratelli Cammelli, Firenze 1925, pp. 80 e sg.: «L'interpretazione delle leggi nel suo più largo significato consiste in quell'operazione intellettuale con cui giungiamo a conoscerne il significato, all'effetto di applicarle ai singoli particolari». In argomento cfr. G. Alpa, *Trattato di diritto civile. I. Storia, fonti, interpretazione*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 59 e sgg.

²³ Cfr. F. Carnelutti, «Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto», *Rivista di diritto processuale*, 1950, p. 116, *passim*: «Cernere, in italiano, si rende non tanto con *vedere* quanto con *discernere* o *distinguere*, ossia con *veder chiaro* [...] Una cosa vicina si vede chiara, non una cosa lontana. Una cosa si distingue avvicinandosi; non si distingue ancora o non si distingue più quando è ancora lontana o non è più vicina. Il veder chiaro è connesso, così, allo spazio e perciò al tempo. E la vita è un transito. Vivere è camminare. L'uomo non può camminare senza vedere dove mette i piedi. Per il cammino è la strada aperta davanti che conta;

della sua condotta: nel momento in cui sarà in grado di conoscere il testo della legge²⁴, il singolo potrà adeguarvi la propria condotta, fiducioso del fatto che nessun giudice ne farà discendere conseguenze diverse da quelle da lui previste²⁵. L'annullamento della libertà del giudice²⁶ assume così, nell'ideologia sottostante la codifica-

non quella che si lascia indietro. Perciò il problema della vita è il problema del futuro. E poiché il futuro è nascosto o, quanto meno, indistinto, ecco sorgere il problema del veder chiaro, cioè il problema della certezza». Moltissime sono le riflessioni sulla certezza del diritto intesa come prevedibilità; senza pretesa alcuna di completezza si rinvia a M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 33 e sgg.; L. Gianformaggio, «Certezza del diritto», *Dig. priv., Sez. Civ.*, II, UTET, Torino 1988, pp. 274 sgg.; L. Pegoraro, «La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee», in L. Gianformaggio, M. Jori, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 705 e sgg.; C. Faralli, «Certezza del diritto o diritto alla certezza?», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, pp. 89 e sgg.; Id., «Crisi del sistema tradizionale delle fonti e certezza del diritto», in F. Modugno (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 69 e sgg.

²⁴ Cfr. sull'istituzione del *Bulletin des lois de la République*, durante la «rivoluzione borghese», le riflessioni di A. D'Atena, *La pubblicazione delle fonti normative. Introduzione storica e premesse generali*, CEDAM, Padova 1974, pp. 70 e sgg., *passim*: «L'idea garantista sottostante all'istituto era quella che nessuno potesse essere vincolato da norme giuridiche che non avesse avuto la possibilità di conoscere. [...] Il problema della conoscenza del diritto si poneva alla coscienza del tempo in termini affatto diversi dagli odierni. Esso veniva risolto in quello della pubblicazione: le cognizioni linguistiche allora correnti davano vita al convincimento che tra le norme giuridiche e le loro formulazioni letterali vi fosse piena coincidenza, e che, quindi, alla divulgazione delle seconde dovesse necessariamente conseguire la diffusione della conoscenza delle prime». Sul punto cfr. anche A. Pizzorusso, *La pubblicazione degli atti normativi*, Giuffrè, Milano 1963, in particolare pp. 193 e sgg. Il legame indissolubile tra conoscibilità-reperibilità delle fonti normative e certezza del diritto è del resto un tema classico della riflessione giuridica. Per una riflessione (per il vero dai toni vagamente *muratoriani*) intorno alla crisi di tale rapporto cfr. M.A. Sandulli, «Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto», *Rassegna Parlamentare*, 2003, pp. 125 e sgg.

²⁵ Cfr. S. Berteà, «La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 135: «[...] nelle analisi giuspositivistiche la certezza rinvia tanto alla possibilità di conoscere le regole giuridiche, quanto a quella di utilizzare queste sia come base per la previsione dell'esito delle controversie specifiche, sia come ragioni giustificanti la decisione particolare».

²⁶ Per un'analisi in chiave storica di tale pretesa cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 145 e sg.: «Nell'epoca moderna

zione francese, la funzione di assicurare la sfera di libertà del singolo, secondo un'idea di separazione dei poteri che attribuisce, in via esclusiva, la facoltà di produrre diritto al legislativo.

In questo contesto ideologico ha un valore fondamentale la credenza «che la legge – come espressione della volontà generale – riunisca in sé i due momenti dell'autorità e dell'auto-imposizione dei comandi con la conseguenza che, in quanto espressione dei corpi rappresentativi del popolo, sia quest'ultimo a dare a se medesimo i propri comandi attraverso la legge»²⁷.

Ma come l'immagine della prevedibilità non è che una delle possibili accezioni della certezza del diritto²⁸, così le caratteristiche essenziali all'idea di codificazione non necessariamente devono essere

una concezione analoga del rapporto tra il giudice e la legge è proposta dalla teoria della divisione dei poteri di Montesquieu. Nel celebre capitolo VI del libro XI dell'*Esprit des lois* il giudice è descritto (ma in realtà si tratta di un pensiero prescrittivo) come 'être inanimé' attraverso il quale parla la legge, 'la bouche qui prononce les paroles de la loi'. Nei confronti della legge il giudice è ciò che per l'imperatore romano era il *quaestor sacri palatii*: 'nostrae lingua e vox'. Perciò delle tre 'puissances' dello Stato quella giurisdizionale è 'en quelque façon nulle'».

²⁷ Cfr. G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano 1986, p. 46.

²⁸ In tal senso cfr. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1975, pp. 569 e sgg. Del resto lo stesso Carnelutti, giunge ad abbandonare l'idea di certezza del diritto come mera prevedibilità delle conseguenze della condotta. In uno scritto successivo alle *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, citato poco sopra [«Verità, dubbio, certezza», *Riv. di dir. proc.*, 1965, pp. 4 e sgg.], riflettendo ancora sulla derivazione etimologica del termine certezza dal latino *cernere* riconosce che questo, nel suo significato originario, si deve rendere in italiano con *scegliere*. Da ciò la conclusione che la certezza possa essere vista anche *a posteriori* e possa consistere nella garanzia che di fronte ai casi della vita si giunga comunque a una decisione, a una scelta, anche quando sia del tutto dubbio il reale stato delle cose. L'idea di certezza è in questo senso vicina a quella dell'ordalia, per la quale la massima importanza non risiede nell'esito del giudizio, ma piuttosto nel fatto che un'autorità si sia comunque pronunciata. Si tratta di un'accezione della certezza che, se presa isolatamente, in senso assoluto, può certamente contrastare con l'idea della giustizia. E Carnelutti non riuscendo a risolvere questo contrasto finisce con l'affidarsi (pp. 8 e sg.), in modo per il vero alquanto imbarazzato, e decisamente imbarazzante, alla fede, alla fede cristiana. Sulla certezza del diritto come opportunità di stabilità nei rapporti giuridici cfr. C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 285 e sgg.

lette in chiave garantista²⁹; né, del resto, la stessa idea di codice, quale legislazione totale, può essere associata e limitata alla sola fase della codificazione moderna³⁰.

«Possiamo dire che due sono le codificazioni che hanno avuto un'influenza fondamentale sullo sviluppo della nostra civiltà giuridica: quella giustiniana e quella napoleonica»³¹. L'una e l'altra pre-

²⁹ Lo stesso valore garantistico della codificazione francese non deve essere enfatizzato. Cfr. in argomento A. Cavanna, «Miti e destini del code Napoléon in Italia» in *Europa e diritto privato*, 2001, pp. 85 e sgg., che in relazione alla rapida ricezione della codificazione francese in Italia nota come (p. 89) «Nel momento stesso della introduzione del codice, alla sensibilità di molti uomini dell'Italia napoleonica mancava la percezione dell'avvenuto percorso 'a parabola' della Rivoluzione. Il prestigioso code poté così figurare ai loro occhi, per un comprensibile equivoco, come il prodotto immediato delle proclamazioni dell'89. Essi lo visualizzarono non qual era – cioè come il frutto della reazione termidoriana al Terrore e come un fondamentale strumento operativo del cesarismo napoleonico – bensì come il simbolo di una palingenesi emancipatrice».

³⁰ Cfr. l'originale punto di vista suggerito da G. Maggiore, «Estetica del diritto», in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, CEDAM, Padova 1950, p. 289, secondo cui la tensione verso la consolidazione e la codificazione risponde a esigenze di carattere «estetico» avvertite in ogni momento della vita del diritto: «Se pur non si vogliano considerare come prime forme di consolidazione del diritto consuetudinario le XII tavole e l'*Edictum perpetuum*, da nessuno può contestarsi il carattere sistematico dei codici Gregoriano, Ermogeniano, Teodosiano che preludono alla grandiosa architettura dei *Digesta* giustiniane. La verità è che la vocazione codificativa, che raggiunge il suo massimo sviluppo nei tempi moderni, non risponde solo a esigenze di carattere utilitario, ma fa capo anche a un bisogno estetico, di ordine e di euritmia, insito nello spirito umano, connaturato alla ragione. Onde nella celebre polemica pro e contro la codificazione, conflagrata tra la scuola giusnaturalista e la scuola storica, la vittoria finì per arridere alla prima. Non è la prima volta che la storia dà torto allo storicismo! Prima ancora che il Muratori e il Beccaria levassero la voce contro il caos della legislazione, casuista, frammentaria e contraddittoria, dei loro tempi, denunziandone l'ingiustizia, Leibniz aveva detto: *optandum esse ut veterum corpus legum apud nos habeat vim non legis sed rationis et ex illis novus quidam codex, clarus, sufficiens auctoritate publica concinnetur*».

³¹ Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979, p. 68, che tuttavia ascrive soltanto a quella napoleonica i tratti essenziali all'idea di codificazione. Per il vero quali siano questi tratti essenziali è questione sicuramente aperta e abbondantemente debitrice delle prospettive storico-culturali in cui viene calata. In argomento cfr. V. Frosini, «La codificazione: problemi e prospettive», *Rassegna parlamentare*, 1999, in particolare pp. 442 e sgg.; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Giappichelli, Torino 2002, in particolare pp. 67 e sgg.

sentano caratteristiche proprie del concetto di codificazione³², perseguono finalità immediate analoghe, distinguendosi essenzialmente nel funzionalizzare quelle finalità a disegni politici diversi: «Vietiamo invece assolutamente ai giuristi altre attività interpretative, diremo meglio perversioni, affinché la loro verbosità non porti alle nostre leggi il disdoro della confusione»³³; anche nel divieto³⁴ di Giustiniano (Const. Tanta, 21) si legge un profondo disprezzo per l'attività interpretativa, che non viene però avvertita come pericolo per la libertà dei singoli, quanto piuttosto come minaccia per il sistema legislativo e per la centralità del potere politico di cui doveva essere espressione³⁵. Il disegno politico giustiniano persegue il fine del recupero della certezza del diritto, ma nell'accezione del tutto diversa dell'affermazione della supremazia del potere imperiale sulla frammentazione dei centri di produzione giuridica³⁶.

In definitiva, benché nel loro dispiegarsi³⁷ abbiano spesso finito col raggiungere risultati analoghi, esistono storicamente due distinti

³² Cfr. F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Giappichelli Torino 1993, pp. 227 e sg: «È opinione corrente che lo scopo delle codificazioni sia la certezza del diritto. Senza dubbio anche Giustiniano ebbe di mira, con la propria compilazione (in cui sono presenti i tratti sostanziali della codificazione e che può essere perciò così qualificata), la certezza del diritto; la quale non costituì tuttavia, nel suo progetto, il fine ultimo, bensì il mezzo per il conseguimento di risultati pratici. L'imperatore pose mano alla propria opera legislativa allo scopo precipuo di eliminare la lungaggine delle liti».

³³ Trad. di G. Valditara in F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, cit. p. 360.

³⁴ Cfr. V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 31 e sg.: «Una proibizione destinata ineluttabilmente, soprattutto con l'andar del tempo, a larga inosservanza, come le successive vicende dell'opera confermano. Si pensi non solo ai Basilici (cioè alla riduzione del *Corpus iuris* promossa da Basilio il Macedone e compiuta da Leone il Saggio, nella seconda metà del IX secolo) ma altresì ai relativi scolii, che hanno recepito e tramandato anche commenti anteriori, alcuni dei quali già del VI e del VII secolo.»

³⁵ L'attività interpretativa può costituire cioè una minaccia per l'idea stessa di ordine connaturata alle impostazioni politiche giuspositiviste. Cfr. in tal senso P. Costa, «Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista», *Diritto pubblico*, 1995, pp. 11 e sg.

³⁶ Cfr. P. Chiassoni, «L'interpretazione dei documenti legislativi: Giustiniano e i glossatori», in L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, cit., in particolare pp. 203 e sgg.

³⁷ L'idea della centralità della legge come presidio della libertà anche nella tradizione liberale cede frequentemente il passo a quell'atteggiamento positivo

modelli ideologici di codificazione, uno statualistico e uno, germogliato sul ceppo del primo, garantistico³⁸, così che parlare genericamente di un'ideologia politica del codice³⁹ finisce con l'essere decisamente riduttivo: dal punto di vista ideologico le teorie formaliste dell'interpretazione possono essere sostenute da due differenti atteggiamenti, l'uno orientato alla tutela della certezza del diritto soggettivo (o se si vuole dei diritti), l'altro preoccupato di assicurare la certezza del diritto oggettivo.

Del resto il fatto che lo stesso atteggiamento formalista nei confronti dell'attività interpretativa accomuni due disegni politici differenti, non

per il quale è la legge stessa il valore da tutelare (che abbiamo riferito al modello statualista-giustiniano). Cfr. G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, cit., p. 46: «L'atteggiamento mentale del giudice di derivazione post-giacobina [...] verso la legge fa il resto, nel senso che tendenzialmente la interpreta non solo come unica e definitiva fonte della vigenza delle dichiarazioni costituzionali, ma è addirittura portato a ritenerla abilitata a degradare le stesse dichiarazioni dei diritti».

³⁸ Cfr. D. Corradini, *Garantismo e statualismo*, Giuffrè, Milano 1986, in particolare pp. 12 e sgg.; B.G. Mattarella, «Codificazione e stato di diritto», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 365 e sgg.

³⁹ *Contra* cfr. G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, ECIG, Genova 1971 e Id., *Storia della cultura giuridica moderna*, il Mulino, Bologna 1986, pp. 191 e sg.: «È bene avvertire sin d'ora che una diffusa interpretazione storiografica ritiene che le raccolte e collezioni di leggi promosse dai sovrani sin dal Cinquecento, i tentativi di più organiche e comprensive raccolte ispirate dall'esigenza di certezza del diritto che si succedono nella prima metà (anzi nel secondo quarto) del Settecento, e i veri e propri codici moderni, che si fanno iniziare con lo sviluppo della codificazione prussiana che porta al *Landrecht* del 1794, siano null'altro che fasi successive di un unico processo storico. Tale presunto processo storico unitario viene talvolta designato come statualizzazione del diritto. Orbene, nell'osservare i tentativi e i progetti di codificazione della prima metà del secolo XVIII sarà opportuno tenere presente questa interpretazione storica. Io credo che si possano trovare molti elementi per invalidarla, e per mostrare che non è stata una mera esigenza di certezza del diritto, di ordine sistematico e di facile reperimento delle leggi a dare l'avvio alle codificazioni moderne. Queste sono state infatti caratterizzate da un elemento formale e sostanziale, e cioè l'unificazione del soggetto giuridico e l'espunzione dal codice di quelle parti dell'ordinamento giuridico che, nello Stato borghese, non ammettevano unicità di soggetto».

sorprende ove si consideri lo stretto rapporto che lo lega all'ideologia⁴⁰ giuridica positivista⁴¹.

L'idea centrale alla concezione positiva del diritto, per la quale l'obbedienza alle regole deve assicurare il valore dell'ordine sociale⁴², comporta due serie di conseguenze, l'una ancora parzialmente giuridica, l'altra interamente politica: da un lato il rifiuto di ogni margine di libertà all'attività interpretativa intesa come possibile fonte di confusione, dall'altro la compatibilità con ogni disegno politico che assicuri comunque il valore di una ordinata organizzazione sociale. È quindi possibile ritrovare un atteggiamento formalista nei confronti dell'interpretazione giuridica in contesti politici anche molto diversi, essendo quello il riflesso di una ideologia giuridica, per molti versi, politicamente fungibile⁴³.

⁴⁰ Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Cooperativa Libreria Universitaria, Torino, 1960, pp. 265 e sgg., ove si distingue tra teorie e ideologie positiviste, essendo connotate le prime da un atteggiamento conoscitivo, le seconde da uno valutativo. In argomento cfr. anche E. Pattaro, «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi», in *Politica del diritto*, 1972, pp. 821 e sgg.; R. Canosa, «Che cos'è il positivismo giuridico», in *Quale giustizia*, 1974, pp. 291 e sgg.

⁴¹ Cfr. M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 47 e sgg.; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979, pp. 253 e sgg.; R. Guastini, «Sulla validità della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico», in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Giuffrè, Milano 1991, pp. 333 e sgg., in particolare, pp. 336 e sgg.; M. Libertini, «Il vincolo del diritto positivo per il giurista», *ivi*, pp. 347 e sgg.

⁴² Ma cfr. J. Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, tr. it., Ed. Scientifiche Italiane, Napoli 1983, p. 16 e sg., ove si sostiene che il giuspositivismo non esprima nessuna ideologia politica, neppure quella elementare della fiducia nell'ordine e nell'ordinamento. Secondo l'autore al concetto stesso di positivismo giuridico è estraneo il problema della legittimazione del diritto positivo: «Qui la difficoltà consiste essenzialmente nel fatto che ogni tentativo di legittimazione implica già sempre – deve implicare – la necessità di andare oltre 'il diritto positivo', di ricollegarsi a principi giuridici 'prepositivi' o 'extrapositivi' e quindi ha, ancora una volta, un carattere 'giusnaturalistico'. È per questo che, come è noto, anche Hobbes, il quale voleva fondare il carattere vincolante del 'diritto positivo' sul principio della certezza del diritto, viene considerato tra i giusnaturalisti, non tra i giuspositivisti. Il rifiuto della soluzione 'giusnaturalista' del problema della legittimazione, porta allora conseguentemente a rinunciare in generale a una soluzione del problema».

⁴³ Tra le critiche più radicali al positivismo giuridico rientra proprio quella mossa alla sua fungibilità politica. In particolare dopo il secondo conflitto mondiale si è accentuata la riflessione sulla contrapposizione tra diritto positivo e

3. L'articolo 7, lettera c, n. 7 del disegno di legge-delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario, nel testo approvato dalla Commissione Giustizia del Senato il 25 settembre 2003, pone tra i principi e criteri direttivi cui il Governo dovrà attenersi la previsione «che costituiscono illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni: l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo».

Ancora una volta il divieto di ogni attività interpretativa che non si esaurisca nella meccanica riproduzione della volontà legislativa;

morale (cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, 1964, tr. it., Giuffrè, Milano 1986, pp. 142 e sgg.; H.L.A. Hart, «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale» (1958), tr. it., in Id., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 105 e sgg.) arrivando a sostenere come il primo senza la seconda avrebbe fornito strumenti concettuali alle aberrazioni nazifasciste, la cosiddetta *reductio ad hitlerum*. Ma in argomento cfr. M. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. II. Il Novecento*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 194 e sgg., che, con particolare riferimento all'azione dei giudici tedeschi durante la dittatura nazista, ridimensiona fortemente l'idea di una giustificazione del loro operato costruita sul positivismo giuridico. Ed è interessante notare, in questa prospettiva, come di marca positivista sia infatti anche l'atteggiamento culturale, che nel rispetto della legalità ha individuato gli elementi di contrapposizione a quelle stesse aberrazioni. Nella sua accorata difesa della centralità della legge F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), Giuffrè, Milano 1968, in particolare pp. 88 e sg., mostra come aspetto degenerativo dei sistemi sovietico e nazista l'aver funzionalizzato il diritto a valori ulteriori, il non averlo considerato come un valore in sé. Questo dato, se pure ci fa avvertiti sulla necessità di usare prudenza nel parlare genericamente di positivismo giuridico, conferma come l'idea del diritto quale ordine positivo sia effettivamente fungibile alle più diverse opzioni politiche. In tal senso cfr. E. Opocher, «Il diritto senza verità», in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, CEDAM, Padova 1950, p. 181: «Quasi completamente appoggiato allo Stato o, meglio, alle mutevoli e troppo spesso irresponsabili volontà che, attraverso il mito dello Stato, si esprimono, dominatrici della vita sociale, quel diritto che altra volta era stato scultoreamente definito come *ars boni et aequi* si è andato sempre più riducendo ad uno strumento per fini estranei al proprio contenuto, se non addirittura ad un mero strumento di governo. La sua dipendenza diretta od indiretta dalla volontà statuale, ossia la sua forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico titolo della sua validità, l'unico criterio della sua giuridicità e per questa via esso è divenuto l'indispensabile strumento per realizzare e perpetuare e giustificare la volontà dominante, per piegare e dirigere l'azione verso qualsiasi avventura, per assicurare validità oggettiva allo stesso arbitrio». In argomento cfr. M. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. II. Il Novecento*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 194 e sgg.

ancora una volta la volontà dell'interprete deve annullarsi di fronte allo spirito impresso nella lettera della legge.

Non ci sono ragioni per ritenere che questo divieto potrà godere di un successo maggiore dei precedenti, né pare utile diffondersi sulle ragioni, linguistiche⁴⁴, giuridiche, sociali, epistemologiche che viziano originariamente simile pretese.

Pare invece utile riflettere e interrogarsi sulla natura ideologica di questo divieto: nell'affermare la centralità e la supremazia della volontà legislativa si vuole forse tutelare la certezza dei diritti, o piuttosto la certezza del diritto, intesa, in una prospettiva giustiniana, come garanzia dell'unità della titolarità del potere normativo?

In questo senso è illuminante la lettura della relazione ministeriale: nessun riferimento alla certezza del diritto, né oggettivo, né soggettivo. Illustrando le esigenze di riforma del servizio giustizia (*sic!*) l'unico riferimento a esigenze di certezza è quello relativo alla necessità di previsione di specifiche norme sull'illecito disciplinare, rispetto al quale si sottolinea come «l'attuale situazione di incertezza in ordine ai comportamenti suscettibili di valutazione disciplinare deve essere superata provvedendosi ad una specifica tipizzazione degli stessi»; e ancora, con specifico riferimento all'articolo 7 della legge-delega:

All'articolo 7 sono dettati i criteri che il Governo dovrà seguire per la completa riforma dell'illecito disciplinare. L'esigenza di civiltà di assicurare la certezza delle norme che disciplinano l'istituto, ampiamente avvertita, impone infatti di provvedere alla specifica tipizzazione delle condotte idonee a giustificare la promozione dell'azione disciplinare. Inoltre, occorre provvedere ad indicare le diverse sanzioni che possono conseguire alle diverse violazioni, da individuare nel rispetto del principio di proporzionalità.

⁴⁴ Cfr. ad esempio C. Luzzati, *La vaghezza delle norme, Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 201 e sgg., che individua ben sette accezioni di interpretazione secondo la lettera. Per una riflessione sul tema classico dell'interpretazione giuridica tra la lettera e lo spirito della legge si rinvia a F. Ost, M. Van de Kerchove, *Entre l'esprit et la lettre. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles 1989; M. Aini, «Due parole sulle parole della legge», *Riv. int. fil. dir.*, 1995, pp. 681 e sgg.; V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, Milano 1998.

Ma nel momento in cui, si pone, quale criterio direttivo per la tipizzazione delle condotte idonee a giustificare la promozione dell'azione disciplinare, la previsione di un esplicito divieto di interpretazioni contrarie alla volontà del legislatore o comunque creative, si mostra palesemente e inequivocabilmente che l'esigenza di civiltà di assicurare la certezza delle norme è avvertita solo in relazione agli strumenti necessari ad assicurare la punizione dei magistrati ostili all'accentramento e al consolidamento del potere in capo a un solo soggetto politico.

L'orientamento ideologico sottostante il divieto di interpretazione, riscontrabile per il resto in ogni parte della proposta di riforma dell'ordinamento giudiziario, è pertanto chiaramente visibile e, francamente inquietante.

Né del resto sono mancate espressioni compiute dell'inquietudine destata dall'art. 7 del progetto di legge-delega. Documenti sottoscritti da costituzionalisti, processualisti, teorici del diritto non hanno mancato di sottolineare i pericoli in esso nascosti.

Pare tuttavia opportuno ricordare che, in diverse occasioni, la dottrina giuridica italiana, comprendendo in essa anche alcuni dei sottoscrittori dei documenti di denuncia sopra menzionati, ha sottolineato, con toni fortemente preoccupati, il peso rilevante assunto tanto dalle elaborazioni giurisprudenziali, quanto dalle riflessioni scientifiche. Ad esempio, pensando all'interpretazione della Costituzione, di fronte agli sviluppi della giurisprudenza costituzionale non mancano costituzionalisti che, invocando la vincolatività dei testi, giungono a denunciare un uso distorto del ricorso al giudizio di ragionevolezza perché compiuto contro le gerarchie di valore stabilite, appunto, dal testo della Costituzione⁴⁵. Né mancano riflessioni che, piuttosto che sul testo, affermano vincoli all'interpretazione ricavati sulla base dello spirito della Costituzione, sulla concezione della Costituzione⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. ad esempio le riflessioni di G. Azzariti, «Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione» in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001, in particolare pp. 242 e sgg.

⁴⁶ Cfr. M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli, Milano 1982, p. 67; Id., «Il 'posto' del diritto costituzionale», *Giur cost.*, 1993, pp. 537 e sgg.

Quanto poi al peso crescente delle interpretazioni dottrinali non sono mancati pareri iconoclastici volti ad affermare che spesso le elaborazioni scientifiche inducono

il giudice che le scorre a confermarsi nel pregiudizio che la risoluzione dei problemi sia da scoprire con ardite ascensioni di sesto grado nell'iperuranio giuridico, invece di venire di volta in volta determinata in base a scelte di valore tutto sommato agevolmente illustrabili attraverso semplici operazioni di sviluppo assiologico dei comandi⁴⁷.

Non si vuole con questo dire che un richiamo alla moderazione diretto agli interpreti debba necessariamente tradursi nella giustificazione di impostazioni veteroformaliste. Piuttosto si vuole sottolineare come il delicato problema della posizione della volontà dell'interprete debba essere sempre affrontato con estrema pacatezza e con moderazione non minore di quella che agli interpreti si richiede. Diversamente, se cioè si concorre a creare un clima nel quale l'interpretazione giuridica assume la posizione di una pratica che, minacciando la legalità, può produrre una lesione della certezza dei diritti, se così facendo, più o meno consapevolmente si esprime una certa nostalgia per alcuni elementi rassicuranti del formalismo interpretativo, si corre il rischio, stante la fungibilità sopra descritta del formalismo interpretativo stesso, di ottenere risposte che, assicurando la certezza del diritto, potrebbero comunque negare la certezza dei diritti.

In altre parole: attenzione a quel che si chiede! Si potrebbe ottenerlo.

⁴⁷ Così S. Chiarloni, «Il giudizio di diritto sul processo. Riflessioni minime sull'interpretazione nel diritto processuale civile», in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge*, cit., p. 389. Ma le stesse posizioni sono sostenute dall'autore anche in «La dottrina fonte del diritto?», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1993, pp. 439 e sgg. e in «Parere iconoclastico sulla funzione ordinante del giurista», *Giur. it.*, 2000, pp. 1965-1966.