

I.

Rileggendo Tarello sull'interpretazione

Il libro sull'interpretazione, pubblicato nel 1980¹, conclude un percorso intellettuale che Giovanni Tarello aveva iniziato negli anni sessanta. Le tappe principali di questo percorso sono un saggio del 1966, "Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua", e un (lungo) lavoro del 1968, "Studi sulla teoria generale dei precetti. I. Introduzione al linguaggio precettivo"².

Uno dei temi unificanti di questi e di altri studi di Tarello, si può dire, è la critica dell'ideologia formalistica o cognitivistica: la dottrina secondo cui l'interpretazione giuridica è conoscenza di norme precostituite, e non invece produzione di norme nuove. L'opera storiografica di Tarello è pressoché interamente diretta a ricostruire il processo che ha condotto, in epoca moderna, alla (apparente) tecnicizzazione e de-politicizzazione del ruolo dei giuristi e dei giudici³. I suoi studi sull'interpretazione e sull'argomentazione sono intesi ad analizzare i procedimenti intellettuali attraverso cui gli operatori giuridici producono diritto mediante interpretazione e sistemazione del materiale legislativo. Le sue ricerche di meta-giu-

¹ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980. Larga parte di questo volume era stata anticipata in S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, ECIG, Genova, 1978.

² Entrambi i lavori sono raccolti (insieme a molti altri) nel volume: G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974. All'inizio degli anni Sessanta Tarello aveva pubblicato il primo studio italiano sul realismo giuridico americano: *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

³ Mi riferisco soprattutto a G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

risprudenza empirica⁴ vogliono mostrare quali specifiche operazioni di politica del diritto siano state effettivamente compiute da singoli e da gruppi di giuristi in determinati frangenti.

1. *Enunciati normativi e norme*

Nell'uso comune dei giuristi (e dei filosofi del diritto) il vocabolo "norma" è riferito indistintamente sia alle formulazioni del discorso legislativo, sia al loro contenuto di significato. La mancata distinzione, osserva Tarello, nasce dalla convinzione, largamente diffusa nella cultura giuridica moderna a partire dall'Illuminismo, che esista «un significato proprio, o vero, delle norme, precostituito rispetto a, e del tutto indipendente da, i processi nei quali e coi quali gli operatori giuridici impiegano le norme» stesse⁵.

Al centro del pensiero di Tarello sta invece la distinzione tra enunciato e significato⁶. Dal punto di vista della teoria giuridica, l'opportunità di tale distinzione – peraltro ovvia in filosofia del linguaggio – poggia sopra una semplice constatazione empirica, così ovvia che la sua verità sembra incontestabile. La constatazione è questa: ciascun enunciato in lingua, contenuto nei documenti normativi che comunemente vanno sotto il nome di fonti del diritto, è di fatto inteso ed usato in modi diversi e confliggenti da diversi operatori giuridici in diversi momenti e circostanze.

In altre parole, gli enunciati normativi, dei quali è costituito il discorso delle fonti, tollerano solitamente non una sola interpretazione, ma una pluralità di interpretazioni alternative, nessuna delle quali, per ciò stesso, può dirsi "vera"⁷. Dunque le disposizioni legislative incorporano non già un solo, univoco, significato, ma di-

⁴ Vedi soprattutto *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Comunità, Milano, 1967, II ed. 1972; "La disciplina costituzionale della proprietà" (1973), ora in G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988; *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Il Mulino, Bologna, 1989.

⁵ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 393.

⁶ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., parte seconda.

⁷ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 395.

sgiuntamente tanti significati quante sono le differenti interpretazioni ammissibili. Insomma, occorre distinguere gli enunciati normativi dai loro significati per la semplice ragione che non si dà corrispondenza biunivoca tra gli uni e gli altri⁸.

In questo modo, all'unica e indistinta nozione di norma, caratteristica della dottrina tradizionale, Tarello sostituisce due nozioni più precise⁹. Da un lato, la nozione di enunciato "precettivo" (i.e., normativo), inteso come una espressione in lingua di forma compiuta, idonea ad essere interpretata in senso prescrittivo. Dall'altro lato, la nozione di "precetto" (i.e., norma), inteso come il contenuto di significato prescrittivo che l'una o l'altra interpretazione ricava da un enunciato¹⁰.

Questo modo di vedere si presta a molti e vari sviluppi. Ne indico due a titolo esemplificativo.

(i) Il tradizionale problema della validità di "norme" può essere utilmente duplicato, distinguendo tra validità di enunciati normativi (o disposizioni, come si suol dire, echeggiando la terminologia di Vezio Crisafulli¹¹) e validità di norme in senso stretto. Si scoprirà allora che in molti sistemi giuridici, se non in tutti, i criteri di validità delle disposizioni sono diversi dai criteri di validità delle norme. Talché, ad esempio, la validità di una disposizione non comporta la validità di tutte le norme che da essa possono trarsi per via di interpretazione. E reciprocamente la invalidità di una norma non comporta l'invalidità della disposizione da cui essa è tratta¹².

(ii) I problemi tradizionali della chiarezza della legge e della certezza del diritto possono essere utilmente riformulati come problemi di tecnica di redazione dei testi normativi. Essendo data una certa formulazione normativa, ci si domanderà a quali possibili ma-

⁸ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 176, 215.

⁹ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 267 ss.

¹⁰ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 135 s., 138 ss., 143 ss., 167 ss., 199 ss.

¹¹ V. Crisafulli, "Disposizione (e norma)", in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964.

¹² Tutto ciò emerge con chiarezza dalle decisioni "interpretative" dei giudici costituzionali. Vedi R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, capp. V e XXV; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 381 ss.

nipolazioni interpretative essa sia soggetta da parte degli operatori giuridici. Simmetricamente, data una norma che si intende emanare, ci si domanderà quale sia la formulazione che si presta a minori manipolazioni in sede di interpretazione.

2. Teoria dell'interpretazione

La nozione di norma (“precetto” nel suo lessico) elaborata da Tarello è strumentale ad una teoria dell'interpretazione o, come egli dice, ad una «teoria della manipolazione dei precetti giuridici»¹³.

La teoria dell'interpretazione, si noti bene, è un discorso *descrittivo* che risponde alla domanda: «Come, *di fatto*, in un ambiente istituzionale dato, gli operatori giuridici impiegano i documenti normativi (...)?»». Essa dunque non va confusa con l'ideologia dell'interpretazione, ossia con i discorsi *prescrittivi* che rispondono alla domanda: «Quale tecnica di impiego dei documenti normativi è *bene* impiegare, indurre altri ad impiegare, propagandare e lodare?».

Spesso, ancora oggi, giuristi e filosofi del diritto – non sempre in buona fede – configurano l'interpretazione come “scoperta” del significato di una “norma”¹⁴, dunque come attività cognitiva, che ha ad oggetto norme e produce conoscenza di norme¹⁵. È ovvio che, da questo punto di vista, gli enunciati degli interpreti appaiono come enunciati del linguaggio descrittivo: enunciati, cioè, cui convengono i valori di vero e di falso. Di solito, scrive Tarello, «si intende per “interpretazione” un processo intellettuale per cui, essendo data una legge o una “norma” (...), si perviene a “comprenderne” il significato; tale comprensione si avvarrebbe di regole o canoni, il corretto impiego dei quali garantirebbe una interpretazione “vera”, “esatta”, “giusta”, “non errata”; una volta compreso il significato, una volta “appresa” la norma “esattamente”, sarebbe possibile (a) conformare

¹³ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 168. Vedi P. Chiassoni, *El discreto placer del positivismo jurídico*, Externado de Colombia, Bogotá, 2016, cap. V.

¹⁴ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 61.

¹⁵ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 389 ss. Del resto, questo modo di vedere è implicito nell'idea diffusa che l'interpretazione sia la scienza giuridica stessa, o almeno il suo nocciolo.

il proprio comportamento al comando della norma; (b) valutare o “giudicare” un comportamento con riferimento alla norma; e, da parte di un organo, (c) “applicare” la norma»¹⁶.

Tarello, per contro, nega che «si possa discriminare tra una interpretazione vera e una interpretazione falsa, cioè tra una interpretazione che prelude a una applicazione della norma e una fallace interpretazione che prelude invece a una disapplicazione (...) della norma»¹⁷.

Talune nostre abitudini linguistiche e talune istituzioni vigenti – scrive Tarello – riflettono un modo di pensare ormai consolidato, secondo cui l'attività dei giuristi e persino quella dei giudici sarebbe un'attività “tecnica” e non politica. Non si spiegherebbe altrimenti l'uso diffuso di espressioni quali “interpretazione vera”, “errore di diritto”, e simili. Né si comprenderebbero istituzioni quali la separazione dei poteri, il controllo di cassazione, i controlli di legittimità in genere, e così avanti. Questi modi di esprimersi e queste istituzioni suggeriscono che il diritto sia una entità precostituita alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, come se – prima delle operazioni di interpretazione, sistematizzazione, e applicazione – già vi fosse, fatto e rifinito, un diritto suscettibile sia di accertamento scientifico, sia di applicazione fedele¹⁸.

Tarello distingue due sensi del termine “interpretazione”¹⁹. In un primo senso, “interpretazione” si riferisce ad un'attività: l'attribuzione di significato ad un enunciato²⁰. In un secondo senso, “in-

¹⁶ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 389. «Questo modo di vedere le cose» – osserva Tarello – è «solidale con l'ideologia che aveva presieduto alle codificazioni e con dottrine della separazione delle funzioni e/o dei poteri», e dà fondamento ad «importantissime istituzioni come il ricorso per cassazione per erronea o inesatta interpretazione di norme di legge» (*Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 389-390). Cfr. anche G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 15 s.

¹⁷ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 393.

¹⁸ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 15 s.

¹⁹ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 403 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 39 ss.

²⁰ Tarello osserva che, in verità, sotto il nome di “interpretazione” i giuristi sono soliti svolgere una serie di attività diverse ed eterogenee (che sarebbe appro-

interpretazione” si riferisce al prodotto di questa attività: ossia il significato attribuito ad un enunciato. Nell’ambito dell’esperienza giuridica, l’attività interpretativa verte sugli enunciati normativi delle fonti (le disposizioni) e produce norme²¹.

Se intendiamo per “norma” (o “precetto”) il significato di un enunciato normativo, non diremo che le norme “abbiano” un significato, per la buona ragione che una norma è null’altro che un significato (ascritto da un interprete ad un enunciato normativo)²². Da questo punto di vista, «la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo»²³.

D’altra parte, il significato non è precostituito all’attività interpretativa, perché è una variabile delle preferenze pratiche, delle valutazioni, delle decisioni dell’interprete. La scelta di attribuire ad un certo enunciato un significato a preferenza di altri è frutto di volizione (“atto di volontà”, diceva Kelsen²⁴), non di conoscenza. Pertanto, «le interpretazioni degli enunciati precettivi (...) non sono (non possono essere) né vere né false»; di una interpretazione si potrà dire che sia effettivamente praticata, o possibile, o commendevole, ma non mai che sia vera, né che sia falsa²⁵.

priato chiamare non interpretazione, ma uso e manipolazione non di norme, ma di documenti normativi): (a) segmentazione, selezione, e ricomposizione di testi normativi ritenuti rilevanti per la soluzione di una controversia o per la costruzione di una dottrina; (b) attribuzione di significato ai testi o frammenti di testo così individuati; (c) ricomposizione dei conflitti tra norme (coerentizzazione della disciplina giuridica di una data materia o di una data fattispecie); (d) completamento della disciplina giuridica (ogniqualevolta in essa si ravvisino lacune); (e) qualificazione di fattispecie (astratte e concrete). Vedi G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., spec. 24 ss.

²¹ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 140 s., 146, 169, 176 s., 215, 268.

²² G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 394.

²³ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 395.

²⁴ H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, London, 1950, introduzione.

²⁵ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 395. Secondo Tarello, «le interpretazioni degli enunciati precettivi (cioè i “significati” attribuibili agli enunciati precettivi, cioè, da un altro punto di vista, le “norme” espresse da tali enunciati), in quanto *segmenti del linguaggio in uso precettivo*, non sono (non possono essere) né vere né false» (G. Tarello, *Diritto, enunciati usi*, cit., 395, il corsivo è mio). Ma questo modo di vedere non persuade. Un enunciato *interpretativo* (“T significa S”) è un enun-

Questo modo di pensare ha l'effetto evidente di screditare la tradizionale raffigurazione della dogmatica giuridica come conoscenza di entità normative precostituite, ossia come scienza in senso pieno. Secondo Tarello, la dogmatica giuridica è non scienza, ma politica del diritto: più precisamente, per dirla con Alf Ross, politica *de sententia ferenda*²⁶.

Inoltre, questo modo di pensare ha anche l'effetto di screditare quello che Herbert Hart ha chiamato un «nobile sogno», ossia «la credenza, forse la fede, che (...) i giudici non creino diritto nuovo per risolvere le controversie loro sottoposte, ma applichino ad esse il diritto esistente»²⁷.

Infine, questo modo di pensare predispone ad analizzare le dottrine dei giuristi con atteggiamento pragmatico: non interrogandosi sui loro (insussistenti) valori di verità, ma domandandosi quali siano i loro condizionamenti ideologici e i loro esiti politici.

Se è vero – scrive Tarello – che «le teorie giuridiche sono strumenti pratici», allora «è ragionevole chiedersi anzitutto cosa una teoria serve o può servire a fare; mentre non è ragionevole astenersi dal chiederlo», a meno di non voler sottrarre le dottrine dei giuristi alla critica politica²⁸. Dal punto di vista di Tarello, le dottrine dei giuristi

ciato metalinguistico che incorpora due enunciati del linguaggio oggetto: l'enunciato *interpretato* (il testo T) e l'enunciato *interpretante* (il significato S). All'evidenza, Tarello qui confonde l'enunciato interpretativo con l'enunciato interpretante. Quest'ultimo è certo una norma. Ma ciò nulla ci dice sullo statuto logico dell'enunciato interpretativo, giacché la norma in questione è non *proferita* mediante l'enunciato interpretativo, ma solo *menzionata* in esso. Cfr. R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999. Credo che per risolvere il problema si debba abbandonare l'idea che le funzioni rispettivamente descrittiva e prescrittiva del linguaggio siano (non solo mutuamente esclusive, ma anche) congiuntamente esaustive (vedi ad es. J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U.P., Cambridge, 1969). Vi sono buone ragioni per ritenere che gli enunciati interpretativi abbiano carattere "ascrittivo", non diversamente dalle definizioni stipulative, che sono un *tertium quid* tra gli enunciati descrittivi e gli enunciati prescrittivi.

²⁶ A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, 46.

²⁷ H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" (1977), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, 132.

²⁸ G. Tarello, "Replica" (Il diritto come ordinamento), in R. Orecchia (ed.),

devono essere analizzate non come teorie scientifiche (ossia discorsi di cui si possa controllare la verità o falsità), ma come operazioni di politica del diritto, suscettibili, come tali, non già di apprezzamento scientifico, ma piuttosto di valutazioni ideologico-politiche.

Nelle tesi di Tarello si può leggere, implicito, il suggerimento di fare oggetto di scienza giuridica non già le “norme” (in qualunque senso di questa parola) ma le dottrine e le attività manipolatorie dei giuristi. Tarello insomma accredita l'idea che conoscere il diritto sia non già conoscere i documenti legislativi, ma conoscerne l'uso da parte degli operatori giuridici²⁹.

Questo suggerimento si accorda con le teorie della scienza giuridica riconducibili al realismo giuridico. Si può dire, molto in generale, che sia caratteristica del realismo la tesi secondo cui: (a) la scienza giuridica può solo essere, come ogni altra scienza, una scienza empirica; (b) oggetto di scienza giuridica, pertanto, possono essere solo i fatti, e non le norme; (c) è compito della scienza giuridica prevedere il comportamento futuro degli organi dell'applicazione; (d) siffatta previsione, palesemente, è possibile solo a condizione di conoscere le prassi applicative precedenti³⁰.

Naturalmente, questo tipo di scienza giuridica non può essere praticata dai giuristi stessi: se non a condizione che essi, per così dire, tradiscano il loro abituale lavoro dogmatico. Le dottrine dei giuristi, lungi dall'essere opera di scienza, sono piuttosto opera di politica del diritto: sono dunque non già la “scienza” giuridica, propriamente intesa, ma piuttosto uno dei suoi oggetti di studio.

3. *Se i giudici creino diritto*

Tarello ricorda con favore quel magistrale saggio del 1961 in cui Genaro Carrió ha chiarito molto bene che l'annosa questione

Il diritto come ordinamento / Informazione e verità nello stato contemporaneo, Giuffrè, Milano, 1976, 236 s.

²⁹ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., spec. 199 ss.

³⁰ D'altro canto, Tarello ritiene che le prassi applicative siano condizionate in ultima istanza dalle concettualizzazioni e sistemazioni della dogmatica. Vedi soprattutto G. Tarello, “La semantica del neustico”, 1968, ora in *Diritto, enunciati, usi*, cit.

“se i giudici creino diritto” ha carattere non empirico, ma valutativo³¹. Ciò che fanno i giudici quando pronunciano sentenze, infatti, non ha nulla di misterioso. La polemica sulla creatività della giurisprudenza nasce dal fatto che l'espressione “creare diritto” (a parte la sua indeterminatezza semantica) appartiene, come dice Tarello, «al linguaggio in funzione persuasiva e non al linguaggio in funzione informativa o descrittiva»; sicché le diverse risposte alla questione non costituiscono descrizioni alternative dell'attività giurisdizionale, ma semplicemente riflettono «divergenze politico-ideologiche» – intorno alla cosiddetta separazione dei poteri, alle relazioni tra il legislatore democratico e il potere giudiziario, etc. – e «un diverso uso del linguaggio in funzione persuasiva»³².

Ciò detto, Tarello aggiunge: «com'è ovvio questa fine analisi del Carrió può valere anche per il problema più generale, se cioè la norma preceda come dato, o segua come prodotto, la interpretazione degli operatori giuridici»³³.

Ora, come abbiamo visto, la tesi centrale della teoria dell'interpretazione di Tarello è appunto che la norma sia non l'oggetto (un dato precostituito), ma il risultato (il prodotto) dell'interpretazione. Ma in questo passo Tarello sembra ammettere (confessare?) che questa tesi non è innocente: è non già una neutra descrizione, ma una *ricostruzione*, che suppone una scelta di valore.

Ogni teoria dell'interpretazione – indipendentemente dalle soggettive intenzioni del suo autore, o anche malgrado esse – può essere intesa, e di solito è stata intesa, come una raccomandazione di politica del diritto. In particolare, la tesi antiformalistica (nelle sue molte varianti) è sembrata a molti come una dottrina rivolta a liberare giuristi e giudici da ogni vincolo di “fedeltà alla legge” e, insomma, a favorire la “libera creazione” di diritto da parte degli interpreti³⁴. Il realismo di Tarello sembra però diretto ad esiti diffe-

³¹ G.R. Carrió, “Los jueces crean derecho” (Examen de una polémica jurídica) (1961), ora in Id., *Notas sobre derecho y lenguaje*, IV ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; trad. it. “I giudici creano diritto” (Esame di una polemica giuridica”, in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976.

³² G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 398.

³³ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 398.

³⁴ Cfr. ad es. U. Scarpelli, “Filosofia e diritto”, in AA.VV., *La cultura filosofica*

renti, e anzi opposti, a quelli solitamente attribuiti alle tesi antiformalistiche³⁵.

Anzitutto, occorre riflettere, qualora non fosse ovvio, che la discrezionalità, pure inerente a qualunque decisione interpretativa, può essere più o meno estesa, più o meno circoscritta. Il grado di discrezionalità concesso agli interpreti dipende da molte variabili. Tra le variabili più importanti stanno, ad esempio, il grado di conflittualità politico-ideologica presente nella dottrina e nel ceto giudiziario e la tecnica di formulazione dei documenti normativi. Orbene, l'idea di Tarello è che lo spazio del diritto giurisprudenziale, ancorché ineliminabile, debba almeno essere circoscritto: da un lato, combattendo la politicizzazione dei giudici³⁶; dall'altro, evitando formulazioni legislative vaghe, ambigue, indeterminate³⁷.

Inoltre, Tarello ritiene che la creazione giurisprudenziale di diritto, proprio perché inevitabile, debba però essere: (a) esplicita, (b) consapevole.

italiana dal 1945 al 1980, ESI, Napoli, 1982, 189: «Affermare, in chiave giuspositivistica, che il diritto è un insieme di norme prodotte da organi competenti e processi autorizzati nelle loro relazioni gerarchiche, è stato una maniera per cercar di mantenere, entro la dinamica politica piena di punti di fuga, il primato della legislazione, costituzionale e ordinaria; (...) dire ai giudici, in chiave giusliberistica, che il diritto è l'insieme delle decisioni giudiziarie, ha espresso uno sforzo per convincere i giudici a prendere iniziative politiche dirette alla trasformazione del diritto, con spostamento del potere dal parlamento appunto ai giudici».

³⁵ Esemplare in tal senso: G. Tarello, Recensione di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?* (Milano, 1984), in *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, I, 1984, n. 2, 379 ss., dove l'autore qualifica la produzione giudiziaria di diritto addirittura come una sorta di «illecito costituzionale». Sul tema si può vedere, nella letteratura recente: M. Barberis, «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2005; M. Nisticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2015.

³⁶ Cfr. ad es. G. Tarello, «Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete» (1972), ora in *Diritto, enunciati, usi*, cit., 475 ss.; «La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura» (1984), ora in G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, 361 ss.

³⁷ Cfr. ad es. G. Tarello, «Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica» (1981), ora in *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., 349 ss.

È bene che la creazione giudiziale (e dottrinale) di diritto sia esplicita, perché solo a questa condizione è possibile esercitare su di essa un controllo critico: non tanto da parte della pubblica opinione, quanto piuttosto ad opera della “cultura giuridica interna”³⁸.

È bene che la creazione giudiziale (e dottrinale) di diritto sia consapevole, poiché è preferibile che gli operatori compiano scelte politiche in vista di risultati pratici previsti e desiderati, piuttosto che decidere ciecamente – per esempio, in ossequio ad una costruzione dogmatica elegante – senza rappresentarsi con chiarezza i possibili esiti delle decisioni³⁹.

³⁸ L'espressione virgolettata è di G. Tarello, “La nozione di diritto positivo” (1977), ora in *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., 205 ss.

³⁹ Molti spunti in tal senso possono leggersi in G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit.

II. Ermeneutici e analitici

0. Introduzione: teoria e ideologia dell'interpretazione

Intendo per “teoria dell'interpretazione” un discorso *analitico e descrittivo* intorno a ciò che l'interpretazione di fatto è¹.

Una teoria dell'interpretazione² consiste grosso modo in questo:

(i) nel costruire un concetto di interpretazione (mediante una opportuna ridefinizione);

(ii) nella descrizione, o comunque nella previa ricognizione, delle (o di alcune) pratiche interpretative esistenti in una qualche cultura giuridica;

(iii) nell'analisi logica dei diversi tipi di enunciati interpretativi;

(iv) nel distinguere diversi tipi di interpretazione³;

(v) nell'analisi logica dell'argomentazione dell'interpretazione (ossia delle tecniche interpretative in uso, o delle principali tra esse);

¹ La distinzione tra “teoria” e “ideologia” dell'interpretazione non fa che iterare una distinzione risalente, che ogni giurista moderno dovrebbe ben conoscere e padroneggiare: quella tra “essere” e “dover essere”, tra *sein* e *sollen*, tra *is* e *ought*. Non mi dilungo sul punto. Ma si ricordino i classici testi di J. Bentham (Bentham 1996, 293 s.) e di J. Austin (Austin 1879, I, 220). Aggiungo Kelsen 1967, prefazione.

² Ne sono esempi preclari: Ross 1958, cap. IV; Kelsen 1967, cap. VI; Kelsen 1960, cap. VIII; Tarello 1980; Chiassoni 1999 e 2007; Diciotti 1999.

³ Ad esempio: una cosa è interrogarsi sul significato di un testo normativo, altra cosa sussumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma previamente identificata in astratto; una cosa è constatare l'ambiguità di un testo, altra cosa risolverla scegliendo uno dei due significati in competizione; e così via distinguendo. Vedi Guastini 2011a, parte prima, cap. II.

(vi) nonché – visto l'ampio uso corrente del vocabolo “interpretazione” – nell'analisi logica delle diverse forme e tecniche di costruzione giuridica⁴.

Intendo invece per “ideologia (o dottrina) dell'interpretazione” un *discorso valutativo e/o prescrittivo* intorno all'interpretazione.

L'ideologia dell'interpretazione, così intesa, può assumere due forme leggermente diverse, sebbene normalmente intrecciate:

(i) a volte (discorso prescrittivo) consiste nell'elaborare regole, direttive, o metodi di corretta interpretazione e costruzione giuridica, destinati a guidare *ex ante* il lavoro degli interpreti, e segnatamente dei giudici;

(ii) altre volte (discorso valutativo) consiste nel valutare *ex post* la correttezza dell'una o dell'altra interpretazione, dell'uno o dell'altro orientamento interpretativo, dell'una o dell'altra tecnica interpretativa, dell'una o dell'altra costruzione giuridica, dell'una o dell'altra decisione giurisdizionale.

Orbene, negli ultimi decenni la letteratura sull'interpretazione – scomparsa ormai la ingenua e vetusta teoria “cognitivistica”⁵ – è percorsa dalla contrapposizione tra un indirizzo ermeneutico e un indirizzo analitico. Quest'ultimo, tuttavia, risulta a sua volta diviso tra una corrente neo-cognitivistica e una corrente realistica.

In queste poche pagine cerco di rappresentare (molto) succintamente lo stato dell'arte.

1. *Ermeneutici*

La teoria ermeneutica dell'interpretazione ha una componente propriamente “teorica”, nel senso di puramente descrittiva, e una

⁴ Chiamo così una serie di operazioni caratteristiche della dottrina e della giurisprudenza, che illustrerò più avanti.

⁵ Alludo a quel modo di vedere, di ascendenza illuministica e dominante nel giuspositivismo del secolo XIX, secondo il quale ogni testo normativo incorpora un significato univoco oggettivo, sicché l'interpretazione consiste semplicemente nel prenderne conoscenza.

evidente componente “ideologica”, nel senso di prescrittiva⁶.

Entrambe sono accomunate da ciò che in altra occasione – discutendo il libro di Franco Viola e Giuseppe Zaccaria⁷ – ho chiamato “l’ossessione del caso concreto”, nel senso che l’orizzonte della teoria ermeneutica è circoscritto ai problemi di applicazione, di soluzione di casi concreti, e dunque all’interpretazione giudiziale.

Da questo punto di vista, l’interpretazione non ha nulla a che vedere con la conoscenza del diritto, con la “scienza giuridica”. Essa è piuttosto un’attività “pratica”, non cognitiva. L’interpretazione dipende dal caso concreto sottoposto al giudice, e non può avere altro scopo che trovare la (giusta) soluzione del caso in questione.

Insomma, non c’è interpretazione senza applicazione. Anche l’interpretazione dottrinale è sempre rivolta alla soluzione di casi concreti, sebbene non a casi reali, ma a casi immaginari. Paradossalmente, dunque, non solo la giurisprudenza, ma anche la dottrina “ap-plica” il diritto⁸.

(i) La componente descrittiva della teoria, ridotta all’osso, consiste in una serie di congetture intorno al processo mentale di interpretazione: quel che accade nella mente del giudice. Tre congetture in particolare:

(a) la congettura che il giudice muova non dall’interpretazione dei testi normativi, ma dalla previa rappresentazione e valutazione del caso concreto a lui o lei sottoposto;

(b) la congettura che il giudice si accosti all’interpretazione dei testi normativi guidato: per un verso, da un bagaglio di presupposizioni e condizionamenti culturali (non necessariamente consapevoli) di vario genere; per un altro verso, dalle sue precostituite idee di giustizia (in generale e in relazione alla specifica controversia di cui trattasi);

⁶Vedi ad es., nella letteratura recente, Alexy 1996; Mengoni 1996; Viola, Zaccaria 1999; Zaccaria 1984 e 1996; Zagrebelsky 1988, cap. 2. Critiche penetranti si leggono in Vignudelli 2011, spec. 263 ss.

⁷Viola e Zaccaria 1999.

⁸Questo modo di vedere, che svaluta radicalmente l’interpretazione in astratto, e non distingue tra interpretazione a applicazione, contraddice palesemente il linguaggio (e il senso) comune dei giuristi.

(c) la congettura che la giustificazione della decisione (la motivazione), e in particolare delle scelte interpretative, sia nulla più che la razionalizzazione *ex post* di valutazioni morali (in senso ampio)⁹: il giudice *prima* decide il caso secondo giustizia, *dopo* cerca la disposizione normativa idonea, opportunamente interpretata, a giustificare la decisione.

(ii) D'altra parte, gli ermeneutici sembrano pensare che ciò che i giudici, a loro avviso, comunemente fanno (vedi sopra) sia fatto bene.

La componente prescrittiva, egualmente ridotta all'osso, consiste dunque in una raccomandazione, rivolta al giudice, di non decidere – diciamo così – applicando “ciecamente” o “meccanicamente” le norme esistenti, ma di decidere invece cercando la giustizia del caso concreto, una giustizia, dunque, *case by case*¹⁰, scegliendo l'interpretazione più conveniente in vista del risultato. Insomma: decidendo, diciamo, secondo giustizia più che secondo diritto.

Come dice (in modo tanto suggestivo quanto oscuro) Gustavo Zagrebelsky, «il caso preme sul diritto attraverso l'interpretazione»¹¹. Il che pare significare che ogni caso concreto ha le sue proprie, obiettive, esigenze di giustizia.

Sicché il primo passo dell'interpretazione è non già l'interpretazione della legge, ma la “interpretazione”¹² – la “categorizzazione” – del caso, ossia la cosiddetta “precomprensione”, che consiste nel da-

⁹ “Ragionare” significa inferire conclusioni da premesse; “razionalizzare” significa costruire premesse a giustificazione di conclusioni previamente stabilite.

¹⁰ Cuono 2014.

¹¹ Zagrebelsky 1988.

¹² Solitamente gli ermeneutici non si accorgono che il vocabolo “interpretazione” acquista un senso del tutto diverso quando si parla di interpretare un caso (un fatto) e rispettivamente un testo. Il verbo “interpretare” assume significati affatto diversi a seconda del suo complemento oggetto. Una sommaria analisi si legge in Guastini 2011a, cap. I. “Interpretare” un fatto, per dirlo succintamente, consiste nel ricondurlo (sussumerlo) ad una classe di fatti. Così, ad esempio, “interpretare” un comportamento come omicidio, invece che come esercizio della legittima difesa, vuol dire semplicemente classificarlo – o, se si vuole, qualificarlo – come “omicidio”.

re al caso un “senso” e un “valore”, identificando così le esigenze di giustizia che esso incorpora¹³.

Compito del giudice infatti è, *prima*, soddisfare questa domanda di giustizia, ossia trovare la soluzione giusta, e *dopo* cercare l’interpretazione della legge utile a giustificare la soluzione prescelta. A questo scopo, *anything goes*: qualunque metodo interpretativo va bene.

Qualche osservazione a margine.

In primo luogo, pare che gli ermeneutici non distinguano tra interpretazione e applicazione – anzi espressamente sostengono che non si dà interpretazione senza applicazione – malgrado che le due cose siano manifestamente diverse. È ovvio, ad esempio, che giuristi e giudici “interpretano” i testi normativi, ma sarebbe del tutto inappropriato dire che i giuristi li “applicano”.

Come che sia, una teoria dell’interpretazione circoscritta all’interpretazione giudiziale, e che dunque tace completamente sull’interpretazione dottrinale (e, in qualche caso, si spinge a squalificarla come irrilevante), è una teoria insoddisfacente per varie ragioni.

Intanto, per la ragione, abbastanza ovvia, che si tratta di una teoria monca (incompleta, non esauriente). Poi, per la ragione che non è pensabile un diritto senza giuristi, come non è pensabile una religione senza preti¹⁴. Poi, ancora, perché risulta piuttosto chiaro, ad uno sguardo disincantato, che molto di ciò che consideriamo diritto vigente è *Juristenrecht*, diritto creato appunto dai giuristi, e poi fatto proprio dai giudici¹⁵. E infine perché è precisamente la dottrina che fornisce ai giudici gli strumenti sia concettuali¹⁶, sia

¹³ Che vuol dire “categorizzare” un caso? L’espressione è oltremodo oscura, ma credo che voglia dire una cosa assai banale: sussumerlo sotto una norma. Un medesimo fatto può essere classificato (qualificato) come esercizio della libertà di espressione o invece come violazione della intimità della vita privata; un altro può essere classificato come assassinio o invece come esercizio di legittima difesa; etc.

¹⁴ Ed è alquanto singolare imbattersi in giuristi che paiono disprezzare il lavoro dogmatico che contestualmente essi stessi stanno compiendo.

¹⁵ Lo sanno bene i giuslavoristi che hanno letto il magistrale libro di Giovanni Tarello sulle dottrine del diritto sindacale (Tarello 1967).

¹⁶ Gli “strumenti concettuali”, cui si allude nel testo, altro non sono che defi-

metodologici¹⁷, necessari alle loro argomentazioni: dopo tutto, i giudici si formano nelle Facoltà di giurisprudenza, ed è la dottrina che determina la loro stessa *forma mentis*.

In secondo luogo, va detto che le congetture ermeneutiche intorno ai processi psicologici, tramite i quali i giudici pervengono alle loro decisioni, per quanto molto plausibili, sono appunto nullo altro che congetture su menti altrui: come tali, difficili da verificare empiricamente.

In terzo luogo, la tesi normativa che il giudice debba ricercare la giustizia del caso concreto, debba insomma decidere secondo equità, si risolve nell'idea che le norme giuridiche (tutte, almeno tendenzialmente) siano "defettibili", derogabili, ossia soggette ad eccezioni implicite, non identificabili in astratto, cioè in sede di interpretazione testuale, e non enumerabili esaustivamente *ex ante*, ma identificabili solo in sede di applicazione a casi concreti¹⁸.

Ora, la dottrina dell'equità è discutibile non solo, com'è ovvio, dal punto di vista etico-politico, ma anche dal punto di vista del diritto positivo vigente, giacché sembra porsi in conflitto con i principi costituzionali di eguaglianza (art. 3, comma 1, cost.) e di legalità nella giurisdizione (art. 101, comma 2, cost.), che caratterizzano lo stato di diritto. Principi, in virtù dei quali i casi sottoposti alle corti devono essere risolti in conformità a norme generali pre-

nizioni: definizioni dei concetti sia fattuali ("minoranza linguistica", "trattamento sanitario" ...), sia giuridici ("proprietà", "cittadino" ...) che si incontrano nel linguaggio legislativo; nonché dei concetti dogmatici ("negozio giuridico", "persona giuridica" ...), elaborati dalla dottrina stessa, mediante i quali essa classifica e sistematizza insieme di norme.

¹⁷ Alludo ai cosiddetti metodi di interpretazione.

¹⁸ La tecnica interpretativa idonea allo scopo è l'argomento della dissociazione: il legislatore ha disciplinato, alla lettera, la classe di fattispecie F ("trasporti", poniamo); ma la classe F include due sottoclassi, F1 e F2 (trasporti urbani ed extraurbani; oppure trasporti su gomma e su rotaia), sostanzialmente diverse, e dunque meritevoli di diverse discipline; alla luce di una presunta *ratio legis* si deve ritenere che il legislatore intendesse disciplinare solo la sottoclasse F1; sicché la norma non si applica alla sottoclasse F2. Per fare un classico esempio di scuola: la legge proibisce l'ingresso di veicoli nel parco; ma la classe dei veicoli include pacificamente automobili, camion, ambulanze, etc.; la *ratio legis* consente di argomentare la tesi che la norma includa una eccezione tacita, e che, malgrado la lettera, non si applichi alle ambulanze (s'intende: nelle circostanze appropriate).

costituite, e le norme devono essere uniformemente applicate a tutti i casi che ricadono nel loro campo di applicazione (e, ovviamente, solo ad essi), senza eccezioni.

A margine, si può osservare che la congettura che la motivazione delle sentenze sia nulla più che la razionalizzazione *ex post* di decisioni assunte in virtù di impulsi emotivi, dunque irrazionali, è una tesi che richiama (inconsapevolmente?) il modo di vedere caratteristico di un certo “realismo” americano: un realismo estremo, quel *rule-scepticism* che nega l’esistenza stessa, o comunque la rilevanza, di norme precostituite alle decisioni giurisdizionali, giacché assume per l’appunto che i giudici decidano guidati (solo) da impulsi irrazionali¹⁹. Da questo, ma solo da questo punto di vista, gli ermeneutici non sono troppo lontani dai realisti.

2. Analitici

Il vocabolo “interpretazione” soffre della tipica ambiguità processo-prodotto: è usato a denotare, secondo i contesti, ora un’attività, ora il suo risultato. Quando si dice, poniamo, che l’applicazione presuppone l’interpretazione, ci si riferisce palesemente ad un’attività; ma, quando si dice, per esempio, che la tale interpretazione è dubbia o discutibile, ci si riferisce al prodotto di un’attività interpretativa, non all’attività stessa²⁰.

Ora, l’attività interpretativa è un’attività mentale, come tale inafferrabile (se non forse con gli strumenti analitici della psicologia cognitiva). Il prodotto dell’interpretazione, per contro, è un discorso: come tale suscettibile di analisi logica (in senso ampio).

La teoria analitica dell’interpretazione, ritenendo di non avere accesso alla mente dei giudici e degli interpreti in genere (o, se è per questo, alla mente di chicchessia), preferisce dedicarsi non ai processi intellettuali degli interpreti, ma ai prodotti di questi processi: ossia al discorso interpretativo. E, per ciò che riguarda in particolare l’interpretazione giudiziale, la teoria analitica volge lo

¹⁹ Sul *rule scepticism* vedi Guastini 2011b.

²⁰ Tarello 1976.

sguardo non alla psicologia, ma alla logica. Come si suol dire in filosofia della scienza: non alla “scoperta” della decisione, ma alla sua “giustificazione”: tecnicamente parlando, non ai “motivi”, ma alle “ragioni”²¹.

La teoria analitica dell'interpretazione è però divisa, come dicevo, tra due correnti: una corrente neo-cognitivistica (dominante) e una corrente realistica (minoritaria).

3. *Analitici neo-cognitivistici*

La teoria dell'interpretazione di indirizzo analitico oggi dominante – nota come teoria “eclettica” o “intermedia”, per la ragione che risulterà immediatamente chiara – si presenta come una terza via tra cognitivismo e scetticismo²².

Cognitivismo è l'idea che l'interpretazione sia attività cognitiva. Scetticismo (il punto di vista caratteristico del realismo giuridico²³) è l'idea che l'interpretazione sia attività non cognitiva, ma decisoria, discrezionale.

Secondo il cognitivismo, per ogni testo normativo esiste sempre una, ed una sola, interpretazione vera e dunque corretta (tutte le rimanenti essendo false e pertanto scorrette): l'interpretazione è atto di conoscenza. Secondo lo scetticismo, ogni testo normativo ammette per contro una molteplicità di interpretazioni, nessuna delle quali può dirsi vera o falsa (gli enunciati interpretativi non hanno

²¹ La psicologia offre “motivi”, la logica fornisce “ragioni”. I motivi sono stati (o eventi) mentali, psichici: sono gli impulsi, le emozioni, gli atteggiamenti, i sentimenti, etc., che inducono ad avere una credenza, a sostenere una tesi, o a prendere una decisione (sono insomma cause, non ragioni, non argomenti). Le ragioni sono invece enunciati in lingua che si adducono pubblicamente a sostegno o giustificazione di una tesi o di una decisione: sono, in altre parole, premesse di un ragionamento. Il vocabolo, “motivazione”, di uso comune per denotare una delle due parti costitutive di qualunque sentenza, è alquanto fuorviante, giacché denota propriamente una esposizione non di “motivi” (come pure si usa dire), ma di “ragioni”. La motivazione è, insomma, un ragionamento.

²² Progenitore di questa teoria è Hart 1961. Vedi anche, tra i molti, Alchourrón e Bulygin 1983; Bulygin 1992; Carrió 1994. Critiche in Guastini 2011b.

²³ Così come di Kelsen (1966, cap. VIII) e di Ross (1958, cap. IV).