

Premessa

Questo libro nasce come un contributo allo studio storico delle argomentazioni giuridiche. Il campo prescelto è l'interpretazione dei contratti.

Muoviamo da una situazione-tipo, storicamente ravvisabile sotto diverse immagini e strutture sociali. Due o più attori della vita giuridica assumono un impegno su una formulazione comune; perseguono scopi che ciascuno di loro ritiene utili. Determinano e regolano rapporti secondo il diritto, che daranno sicurezza a quegli scopi. L'impegno si esprime nella forma di un dover essere, di un programma vincolante per le loro condotte.

Fin qui essi attuano una cooperazione; gli interessi si compongono. Attraverso gli impegni contrattuali passano momenti della vita, desideri che si realizzano e scambi economici. Così in una catena incessante, che unisce i privati in una sorta di società virtuale, la società dei contraenti, si realizza l'acquisizione di beni o di posizioni giuridiche, attraverso le quali i singoli governano le proprie esistenze.

Che cosa avviene se la cooperazione si spezza, se gli impegni non reggono più? Il programma non produce i risultati a cui era volto e le parti contendono su di esso. Qual è la prima conseguenza della lite?

I contraenti, divisi nelle intenzioni e nei fini, fondano le proprie ragioni e domandano il soddisfacimento delle proprie pretese sulla base dell'impegno vincolante che avevano assunto. Ognuno di loro sostiene che quell'impegno non è stato rispettato dall'altro. Ma qual era la sua portata, che cosa significava l'intesa raggiunta, o che cosa può significare ragionevolmente anche al di là del programma originario? Sono queste le domande fondamentali a cui il giudice risponde nella controversia.

La ricostruzione del contratto, la definizione del rapporto tra intesa ed effetti implicano un'attività intellettuale, volta a mettere ordine nel conflitto. Spetta al giudice la conoscenza del caso, finalizzata ad una decisione sul significato delle disposizioni convenute dalle parti: su ciò che esse hanno stabilito o avrebbero dovuto stabilire.

La forma universale delle merci, nelle società moderne, presuppone un'infinità di relazioni contrattuali: figure sempre più astratte e spesso stan-

dardizzate, che si impongono ai singoli. Queste figure, nonostante i profondi cambiamenti che le segnano, sono comparabili con gli schemi antichi, con l'universo di rapporti che si riassume nel termine *contractus*, inventato dalla giurisprudenza romana¹: lo stesso che il lessico occidentale usa ancora oggi.

La categoria del *contractus* sorge all'inizio del primo secolo a.C.; ha alle spalle forme di vita statiche e patriarcali, ma presto assume potenzialità nuove, con una capacità di adattamento allo sviluppo e alla varietà delle relazioni economiche. È mobile nel tempo, come tutte le categorie giuridiche. Nell'ambito del diritto romano comprende gli schemi del *contrahere verbis*, *litteris*, *consensu*, *re*. Si intreccia presto con il concetto di *conventio*, costruito dai giuristi, già presente in Labeone e definito teoricamente da Pedio tra il 60 e il 90 d.C.: un *genus* che abbraccia tipi diversi di pattuizione.

Ripensando le fonti in tema di *contrahere* e di *conventio*, concettualizzando unitariamente gli accordi, la tradizione romanistica, a partire dal pensiero medievale, costruisce lo schema teorico unitario del contratto; nella scienza moderna del diritto, questa parola diventa l'emblema della cooperazione tra i soggetti e dello scambio economico che si organizza giuridicamente.

Le controversie intorno alle disposizioni private implicano una discussione. Per condurla e risolverla, si impiegano argomentazioni: ragionamenti sugli impegni assunti e sui loro effetti.

Dalle argomentazioni nasce una logica giuridica, che non ha l'impianto rigido dei procedimenti deduttivi, ma è costituita da giustificazioni persuasive, fondate sull'adesione a norme, a princìpi e valori accettati nel mondo storico circostante. Talvolta solo parzialmente accettati.

Gli argomenti sono come luoghi attraverso cui l'interprete (o il giudice) passa. Quello che chiamiamo luogo comune non è che uno spazio entro il quale gli interlocutori possono trovarsi d'accordo. Alla luce di formule topiche, che esprimono punti di vista condivisi o condivisibili, si svolgono le interpretazioni di ciò che i privati hanno disposto e vengono ricercate soluzioni al contrasto che li divide. I discorsi così elaborati hanno il fine di comprendere il testo contrattuale (un insieme di parole che fissano la convenzione), o di adattarlo, in modo che assuma il senso ritenuto accettabile o giusto. Forte di una lunga tradizione in Occidente, il pensiero retorico ha costruito fin dall'antichità modelli di discussione utilizzabili in molteplici settori della comunicazione ed esercita – come si vedrà – un ruolo utile all'ermeneutica giuridica.

¹ Con riferimento al diritto romano, il termine "giurisprudenza" (*iurisprudentia*) ha un senso diverso da quello corrente nel linguaggio giuridico attuale. Anzitutto, indico con questa parola l'insieme dei giuristi romani operanti dagli ultimi due secoli della repubblica fino al principato e alla dinastia dei Severi. Il momento *ante quem* è la morte di Alessandro Severo, nel 235 d.C. In secondo luogo, denomino con il termine "giurisprudenza" il prodotto di interpretazione e di creazione dei giuristi.

L'interpretazione dei contratti e delle convenzioni, nelle dottrine europee, impiega argomentazioni provenienti dal diritto romano (esse mostrano una serie di varianti, una crescente complessità entro la giurisprudenza del principato). Non si tratta di modelli astratti, disponibili per una serie indefinita di fatti, ma di concrete risposte a problemi giuridici. La scienza moderna se ne serve e le riscrive, per impieghi che non sono riducibili al passato.

Gli schemi di ragionamento persuasivi sono più volte rielaborati dalle culture giuridiche che leggono ed attualizzano norme e modelli del diritto romano. La tendenza all'attualizzazione dura nell'Europa continentale fino ai primi decenni del Novecento e condiziona i codici.

Dunque, la tradizione entra nei nostri discorsi, anche quando non ce ne accorgiamo. Prendere coscienza di essa, dipanare alcuni dei fili che giungono fino al diritto odierno, significa comprendere la formazione e la relatività delle regole di cui facciamo uso.

Il primo segmento storico su cui mi soffermerò, per tentare una genealogia, è rappresentato dalle elaborazioni romane. Alcune discussioni retoriche orientano l'esame di esperienze contrattuali nell'ambito della *iurisprudencia*. Gli esempi più frequenti riguardano il *contrahere verbis* e il *contrahere consensu*.

In secondo luogo, analizzerò i modelli argomentativi moderni d'impronta individualistica, relativi al campo delle convenzioni e foggiate con materiali antichi.

In terzo luogo, mostrerò come i codici contemporanei di diritto privato fissino i propri canoni ricavandoli dalla scienza. Il destino della cristallizzazione, che sembra invincibile, non impedisce la varietà di applicazione delle regole ermeneutiche, fino ad oggi.

Cercherò di mettere in risalto i prestiti teorici e le novità che disegnano questi momenti, ricordando che le argomentazioni riassumono spesso giudizi condivisi, ipotesi ritenute ragionevoli; o registrano idee contrastanti. La loro articolazione, nel presente, svela le diverse visioni dei contratti e del compito di decisori ultimi che spetta ai giudici.

Anche il pluralismo è il portato di una storia. In questo quadro, come vedremo, gli indirizzi della Cassazione italiana dopo il Codice civile del 1942 offrono un terreno vasto ed utile di riflessione. Rivelano un confronto in atto e mostrano i fondamenti di opinioni opposte: dal letteralismo alla ricerca di senso che investe il contesto situazionale dei contratti, fino all'immagine di un "percorso circolare" dell'attività interpretativa.

La parte finale del volume sarà dedicata all'analisi di questi punti di vista ed alle opzioni che suggeriscono.

Un grazie alle studentesse ed agli studenti che hanno seguito in questi anni i miei corsi di Istituzioni di diritto romano e di Diritto civile. Dall'insegnamento, dal dialogo nascono i miei appunti ed ora il libro.

Sono particolarmente grato a Rosa Mattered, a Rosaria Managò, ad Annamaria Pancallo, per la loro collaborazione, che ha aiutato la conclusione del lavoro.

La gratitudine più intensa e privata è per Eleonora.

Capitolo I

La mediazione e le scelte

SOMMARIO: 1. Ambiti e fini dell'interpretare. – 2. Individualità ed astrazioni. – 3. Il dover essere.

1. *Ambiti e fini dell'interpretare.*

I termini italiani “interpretare”, “interpretazione”, “interprete” sono comunemente riferiti ad operazioni intellettuali¹, che elaborano segni linguistici, discorsi relativi a dati dell'esperienza ed accessibili per una collettività di interlocutori. L'uditorio può essere costituito da una cerchia determinata di soggetti in grado di comprendere i segni ed eventualmente di utilizzarli per ulteriori comunicazioni. Oppure può essere indeterminato e in teoria universale, sul presupposto che i segni siano intelligibili o traducibili per tutti².

Nelle sue diverse accezioni, “interpretare” è assegnare un significato ad un referente (cioè ad un oggetto pensato), in vista di un fine che guida il lavoro dell'interprete. È dire come quel referente possa essere inteso: quale concetto, quale espressione trarne.

Le parole fin qui impiegate tracciano una definizione – la più ampia e semplice – alla quale mi atterrò nelle pagine che seguono. Essa va precisata fissando ulteriori tratti concettuali.

“Interpretazione” è un nome che designa sia una serie di attività nel loro divenire, sia i prodotti a cui queste danno luogo. La trattazione che mi ac-

¹ Così come i loro corrispondenti nelle lingue romanze, germaniche e slave.

² La nozione di uditorio ha origine nella descrizione della retorica, ove le tecniche di persuasione si misurano in base all'influenza che hanno sui destinatari e mirano ad ottenere un assenso. Sarà questo un tema della nostra trattazione. Vedi C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris 1958, trad. it., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino 1966, p. 19 ss.; p. 33 ss. “Uditorio” si può usare anche con un senso più ampio, poiché in ogni processo comunicativo (anche dove non è in gioco la persuasione) vi è un rapporto, variamente disposto, con i destinatari.

cingo a svolgere riguarderà singole, concrete operazioni, o tipi di operazioni, volte ad attribuire significati, ad esprimere modi di intendere (entro culture ed epoche diverse). Il soggetto di queste attività è l'interprete: colui che elabora la comunicazione finale.

Solitamente, si ritiene che le attività intellettuali di cui stiamo parlando muovano da determinati fatti, atti o testi: che qualcosa di preformato sia all'origine dei procedimenti svolti. Del resto l'etimologia di "interprete" evoca una posizione media tra un punto dato ed un altro distinto dal primo³. Indica colui che attua e governa il passaggio dall'uno all'altro. Uso fin da ora il verbo "governare", poiché il passaggio non è mai un processo definibile a priori, ma dipende da una scelta tra itinerari che si ritengono praticabili. Una scelta orientata alla produzione di effetti, quindi pensata per elaborare una comunicazione capace di conseguire scopi.

Il dato di partenza può essere una vicenda fattuale, o può essere ciò che un altro ha detto o espresso. Può essere un evento, che viene raccontato se-

³ Vedi A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1938, p. 710 s.; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, IV ediz., Paris 1959, p. 320 ("... Le sens de 'courtier, négociateur' semble être le plus ancien ...). Il termine è composto da *inter* e *pres*: probabilmente una forma nominale derivata da un verbo scomparso, che aveva il significato di "acquistare" o "vendere". Cfr. Plautus, *Curculio* (commedia scritta probabilmente nel 193): 433-436: ... 'Tecum oro et quaeso, qui has tabellas adferet/ tibi, ut ei detur quam istic emi virginem,/ quod te praesente isti egi teque interprete,/ et aurum et vestem. Iam scis ut convenerit:/ argentum des lenoni, huic des virginem' ... È descritta qui una compravendita realizzata con l'intervento di un amico, che ha partecipato alla trattativa. Questo amico paga per conto dell'acquirente e consegna la schiava venduta ad una persona che in base ad una lettera dello stesso acquirente è incaricata di ricevere la consegna. Egli è qualificato da Plauto come "interprete". Il senso specifico in questo contesto è: "chi si colloca tra le parti nell'acquisto". Quindi, un mediatore. La prima puntuale definizione di *interpretatio* nella letteratura latina, con specifico riferimento al passaggio da un insieme di segni linguistici ad un altro, ci è data dalla *Rhetorica ad Herennium* (4, 28, 38), opera sulla quale più avanti torneremo. Il punto di partenza è un *verbum*, che viene commutato in un altro dello stesso valore. In realtà l'operazione si applica di solito a più *verba* ... *Interpretatio est, qua non iterans idem redintegrat verbum, sed idem commutat, quod positum est, alio verbo, quod idem valeat, hoc modo: 'Rem publicam radicitus evertisti, civitatem funditus deiecisti' ...* L'esempio (sull'*evertere rem publicam*) evoca la polemica politica e precisamente le invettive a difesa della tradizione repubblicana. Il problema dell'oratore che intraprenda questo genere di polemica è disporre di una varietà di espressioni. L'*interpretatio* gli consente di trovarle. Possiamo dire che il fine sia elaborare un discorso incisivo, tale da ottenere consenso. Con ampia rassegna di testi, vedi M. FUHRMANN, '*Interpretatio*'. *Notizien zur Wortgeschichte*, in *Sympotica Franz Wieacker*, Göttingen 1970, p. 80 ss. Il termine greco equivalente ad interpretare è ἐρμηνεύειν, cui sono legati ἐρμηνεύς ed ἐρμηνεία. L'etimologia è oscura. Sono ipotizzate parentele con termini che indicano il parlare, il rispondere (il verbo εἶπειν, il *sermo* dei romani). Ma εἶπειν significa anche incatenare, disporre in serie. È una nozione corrispondente al nostro modo di concepire l'interpretazione come discorso che si svolge intorno ad un dato e che ad esso collega i propri svolgimenti. Cfr. E. BOISACQ, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, IV ediz., Heidelberg 1950, p. 282 s.; H. FRISK, *Griechisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1960, I, p. 563. Già in Platone il concetto di ἐρμηνεία indica una conoscenza capace di andare al di là dell'opinione. Egli definisce la ragione come interpretazione (ἐρμηνεία) delle differenze (*Teeteto* 209a).

condo un determinato punto di osservazione; può essere un testo scritto o un discorso, nel quale si manifestano pensieri o intenzioni e che dev'essere spiegato o tradotto.

Inoltre, l'interpretazione può riferirsi a prodotti letterari, artistici, musicali. La fruizione da parte dei destinatari è mediata da soggetti che recitano (un copione), eseguono (un'opera musicale), spiegano (un testo letterario, un quadro). Anche qui si muove da un insieme di segni e si giunge ad elaborare una comunicazione che discende da esso. Qualcosa che può condizionare l'uditorio, o meglio ciascuno dei fruitori.

Infine, il dato di partenza può contenere, attraverso varie forme, una prescrizione. Può essere una consuetudine, vale a dire una ripetizione di atti da cui si desumono direttive, implicitamente seguite nella pratica, con una normatività che si forma nel tempo. Oppure può essere un comando, un enunciato normativo, al quale si obbedisce, dopo avere pensato il comportamento che gli corrisponde più esattamente.

Esiste in tutti questi casi uno spazio proprio del mediatore che governa l'interpretazione: una sfera di autonomia che è costitutiva del procedimento impiegato, quali che siano le sue forme o il contesto ove esso si svolge.

Il destino delle parole è spesso tenere insieme situazioni, forme di condotta e scopi della vita tra loro distanti, eppure legati per qualche profilo e partecipi di discorsi comuni. Ciò avviene per l'interpretazione. Tanto che questa parola, dall'ampia portata semantica, è divenuta – in alcune correnti del pensiero europeo – l'emblema di un sapere sovrastorico e di una vocazione radicata entro le così dette “scienze dello spirito”.

Non mi inoltrerò nell'esame di modelli filosofici né orienterò la mia attenzione verso le ricerche volte a fissare un'ermeneutica universale e con essa un meccanismo di verità, di comunicazione certa tra sfera soggettiva ed oggettiva. Nel Novecento, pensatori come Emilio Betti e Hans Georg Gadamer sono andati in questa direzione. Il primo ha risolto l'interpretare nell'intendere: cioè nell'appropriazione di esperienze da parte della coscienza individuale, che è partecipe degli stessi valori oggettivi su cui quelle esperienze storicamente si costituiscono. Il secondo ha posto l'ermeneutica come “un aspetto universale della filosofia”: mezzo di espressione di una struttura ontologica.

Per entrambi, prevale la tensione verso l'oggettività. Con forme e terminologie diverse, essi immaginano che la conoscenza muova da un atto pre-riflessivo. Per Betti ciò si vede nell'intelligenza dei valori, che permette alla coscienza individuale di attingere alla oggettività e che “non è di carattere intellettuale e frutto di riflessione bensì di carattere intuitivo”⁴. Mentre il pen-

⁴E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano 1955, ediz. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano 1990, p. 11.

siero gadameriano pone all'inizio del conoscere una pre-comprensione (non ancora articolata) dell'essere che si dà nel linguaggio⁵.

Un esempio di orientamento ermeneutico che scarta la contingenza e risolve l'atto conoscitivo in un'adesione alla totalità (data prima e al di fuori del soggetto) è nella contrapposizione sostenuta da Betti, a proposito dell'interpretazione giuridica di cui sono protagonisti i giudici, tra la necessaria presenza di un momento assiologico (le scelte di valore) e la nozione di discrezionalità dell'interprete. Proprio quest'ultima viene esclusa dal momento assiologico. I giudizi di valore nascono dal diritto, pensato come sistema, e non dal singolo giudice, che si muove entro una struttura composta di categorie logiche e di fini, per lui cogente.

“... L'appiattirsi della funzione giurisdizionale al livello della discrezionalità non è punto giustificato dalla presenza di questo momento assiologico: giacché l'apprezzamento interpretativo rimane pur sempre vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica e assiologica che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità”⁶.

Valori, sistema e tradizione sembrano essere tutt'uno. È una sintesi che egli aveva già esposto in modo nitido verso la fine degli anni 20⁷.

Al pari del giurista italiano, anche Gadamer va alla scoperta di un'oggettività nell'ermeneutica. Ma la via è diversa. Non è la coscienza individuale che si appropria di un dato entro il quale scopre se stessa⁸. È invece il testo, il linguaggio nella sua portata ontologica, che si impone al soggetto pensante.

“... Noi abbiamo la facoltà di aprirci al superiore appello del testo e di rispondere con la comprensione al significato entro il quale esso ci parla. L'ermeneutica, nel campo della filo-

⁵F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, VI ediz., Roma-Bari 2009, p. 197 s.

⁶E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 822.

⁷Vedi E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio Giuridico*, 99, 1928, p. 129 ss., e 100, 1928, p. 26 ss., ora in ID., *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano 1991, p. 59 ss., su cui rinvio a M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, p. 106 ss., spec. p. 116 s. e ad un altro mio scritto, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in I. BIROCCHI-L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, p. 63 ss., spec. p. 92 ss.

⁸L'idea di appropriazione è all'inizio del trattato bettiano. La presa di possesso in cui consiste l'intendere può essere un'esperienza emotiva o l'attività intellettuale di chi ricerca, scopre, elabora, categorizza un *quid* dato. L'intendere mira ad impadronirsi dell'oggettività: dati dell'esperienza, categorie logiche o valori che la costituiscono (*Teoria generale*, cit., p. 2 ss.). Io posso ripercorrerne la formazione perché li ho in me. Sull'oggettività dei valori dello spirito, di cui la coscienza individuale è partecipe, Betti richiama il pensiero di Nicolai Hartmann. D'altra parte, riconduce la apriorità dei valori, cui attribuisce un carattere intuitivo, alla “logica del cuore” pascaliana (*Teoria generale*, cit., p. 8 ss.). Un insieme eterogeneo di motivi filosofici ed un compito teorico: reinterpretare la tradizione a partire dal punto di vista attuale del soggetto conoscente, che a sua volta è nella tradizione e perciò è in grado di intenderla.

sofia e delle scienze dello spirito, non è affatto una specie di *Herrschaftswissen*, cioè di appropriazione nel senso di acquisizione di un possesso, ma si subordina invece al superiore appello che ci è rivolto dal testo. In questo, il vero modello esemplare è quello fornito dall'ermeneutica giuridica e teologica. L'interpretazione della volontà della legge e l'interpretazione dell'annuncio divino non sono palesemente forme di dominio, ma forme di servizio. Le interpretazioni che implicano una forma di applicazione stanno al servizio di ciò che in esse deve farsi valere ...”⁹.

Terrò conto delle proposte teoriche di questi autori quando esse incroceranno temi specifici della mia indagine, ma senza trattare compiutamente le loro visioni generali. Mi soffermerò piuttosto sulla concretezza dei procedimenti coi quali si dà significato ad enunciati normativi, nel mondo del diritto. Ciò mi condurrà, in particolare, a riesaminare il pensiero di Betti, che giunge alla sua teoria generale, muovendo proprio dai canoni dell'ermeneutica giuridica¹⁰.

* * *

Ho parlato degli ambiti dissimili entro cui si svolge l'attività designata col verbo “interpretare”. Tracerò ora una distinzione in base ai risultati che essa produce, nei vari campi di comunicazione.

Interpretare – secondo tutti gli impieghi e i possibili adattamenti del termine – è generare un messaggio, che realizza una tra le seguenti funzioni: una funzione descrittiva (o cognitiva: si trasmettono informazioni che arricchiscono le conoscenze di cui il destinatario dispone); una funzione espressiva (tale da veicolare sentimenti, come nell'esecuzione di opere teatrali e musicali o nella esplicazione letteraria ed artistica); una funzione prescrittiva (in cui la comunicazione è volta a stabilire un dover essere e a dirigere i comportamenti)¹¹. In tutti questi casi con il termine “significato” si indica il messaggio finale, il modo di intendere il referente. Ciò è chiaro quando è in gioco una descrizione, o quando si interpreta un precetto volto a disciplinare i rapporti nella società. Ma anche il concertista, a suo modo, coglie un significato nello spartito che ha di fronte; lo intende e lo fa intendere. La medesima duplice operazione è compiuta dal regista di un dramma.

⁹ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, I ediz., Tübingen 1960, III ediz. 1972, trad. it., a cura di G. Vattimo, *Verità e metodo*, p. 362. V. anche p. 377 ss., sulla differenza tra approccio del giurista ed approccio dello storico.

¹⁰ Il termine “canone”, che impiegherò molto spesso, presuppone una concettualizzazione delle operazioni interpretative e delle relative argomentazioni.

¹¹ Spiegherò più avanti il senso ed alcuni usi teorici del sintagma “dover essere”. Per ora si tenga presente che esso comprende imperativi, consigli, giudizi di valore. Siamo in uno spazio semantico irriducibilmente diverso da quello cognitorio/descrittivo. Cfr. R.M. HARE, *The Language of Morals* (1952), Oxford, 1972, p. 28 ss.

In questi diversi impieghi del concetto di “interpretare” e nelle pratiche intellettuali eterogenee che esso abbraccia, vi è un problema teorico comune. Come si definisce – entro ciascun ambito – il rapporto tra il referente e il prodotto dell’attività interpretativa?

Per rispondere a questa domanda, occorre anzitutto fissare una premessa, riferibile all’insieme dei vari campi di attività che stiamo evocando. Vi è un tratto costante che ritroviamo in ciascuno di essi: l’interprete dà significato a qualcosa che è preesistente; il suo discorso può esplicitamente aggiungere, integrare, ma non può porsi come creazione *ex novo*.

Nell’interpretazione che descrive, si impone al concettualizzatore di spiegare, di mantenersi in qualche modo fedele all’oggetto di cui intende dare una rappresentazione. Similmente, nelle altre funzioni, interviene l’esigenza di stabilire e tenere fermo un legame comprensibile tra referente e prodotto. Il traduttore che “rende” il testo con altro linguaggio è vincolato ad esso, anche quando la trasposizione è più libera. Il direttore di scena non assume programmaticamente il fine di tradire il copione, sebbene svolga una propria idea del racconto teatrale. Il regista del film lavora sulla base di un soggetto (il termine indica un centro, l’idea di un ordine, secondo cui si creano le scene). Il concertista opera per trasformare il suono pensato in “attualità sonora”. Infine, chi interpreta una prescrizione non può non collegare logicamente il prodotto della propria attività intellettuale al punto di partenza, secondo un nesso di derivazione. Il suo compito è giungere per questa via ad un precetto che possa incidere sulla vita.

La mia trattazione riguarderà il passaggio dai referenti ai prodotti dell’attività interpretativa, visto esclusivamente sul terreno delle prescrizioni giuridiche. In particolare, esaminerò scelte e metodi ermeneutici riferiti, nella tradizione e nella scienza del diritto odierna, allo schema normativo e concettuale del contratto, che si ricollega alle volontà di soggetti privati e che consiste in enunciati prescrittivi¹². Uno schema variamente delineato nei diritti europei, con una storia plurisecolare, che include il presente.

2. Individualità ed astrazioni.

Le tre funzioni del messaggio interpretativo, che ho sopra elencato, ruotano tutte intorno al rapporto tra individualità ed astrazioni, costruito secondo diverse modalità.

¹²Vedi A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, Teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, Torino 2015, p. 83: “... Al discorso prescrittivo o normativo (nel senso semantico) può essere ricondotto, con la sua logica, sia il discorso del legislatore, sia il discorso dei contratti”.

Nella descrizione il singolo fatto o evento è concettualizzato, compreso entro una nozione, una denominazione che lo isola. L'avvenimento è ciò che pensiamo compiuto, distinguibile. Lo individuiamo entro una serie o un processo; gli attribuiamo un'autonomia, ma nel medesimo tempo sappiamo che esso acquista significato in base al contesto, al quale l'informazione stessa lo collega. Ogni fatto quindi entra in rapporto con categorie concettuali che vanno oltre la sua singolarità. Ci accostiamo alla vita concreta che è intorno a noi, passando attraverso astrazioni.

Consideriamo la storiografia. Ogni fatto è sottoposto alla comparazione e all'associazione con altri. I racconti sul passato puntano a rendere intellegibili gli eventi, attraverso un procedimento analogico e al tempo stesso di scoperta delle differenze. La concettualizzazione presuppone un confronto tra situazioni diverse nel tempo. O meglio, si può dire che il pensiero storico sia costretto a rendere ragione dell'individuale, pur non potendolo afferrare nel suo diretto manifestarsi. E allora va alla ricerca di somiglianze che contribuiscano a chiarirlo. Esse permettono la costruzione di un raccordo, di un ponte.

“... Il meccanismo analogico scatta nel momento in cui penso un fatto passato che non è, proprio perciò, nella mia diretta esperienza: e già per questo è inevitabile che io lo pensi entro certe categorie. Giacché, evidentemente, un fatto passato non mi giunge – come invece un evento contemporaneo – *immerso* nelle categorie del presente, non viene pensato coi supporti della contemporaneità che si respira ogni giorno e che fa sì che i fatti contemporanei giungano alla mia percezione già collocati entro categorie a me familiari (onde mi sembra di pensarli in modo oggettivo). Rispetto all'evento passato quella analogica è una relazione che rende *pensabile per me oggi* un fatto che è ormai trascorso ...”¹³.

La pensabilità del fatto non può essere tuttavia indicata come semplice riducibilità al presente. Il procedimento è più complesso e l'analogia non è tra categorie contemporanee ed eventi passati; piuttosto è tra una concettualizzazione contemporanea del presente (che come ogni dato storico non può essere colto nella sua immediatezza, ma viene tradotto in immagini selettive) ed una concettualizzazione del passato altrettanto contemporanea, poiché siamo noi stessi a foggiarla. Entrambe sono condizionate, in maggiore o minor misura, dalle ideologie e dalle scelte di valore dei concettualizzatori.

La similitudine presente-passato può divenire canone ermeneutico, ma per servirsene utilmente lo storico dovrà restringerne la portata e perciò anzitutto concettualizzare il passato senza una irriflessa autoproiezione, ma scoprendone – attraverso l'esame puntuale delle fonti e del contesto in cui ogni evento può inquadrarsi – tutta la distanza dal presente. Le analogie si

¹³ L. CANFORA, *Analogia e storia. L'uso politico dei paradigmi storici*, Milano 1982, p. 14.

individuano e si delimitano, se il passato viene pensato *per differentiam* rispetto al presente¹⁴.

A sua volta, la differenza – di cui si va alla scoperta – può intendersi solo se la concettualizzazione del passato non è ristretta ad un singolo evento (o serie omogenea di eventi): solo se lo sguardo diviene più ampio ed utilizza una pluralità di fonti e punti di vista¹⁵. Si attinge all'individualità, soltanto collocando le ipotesi (e le conoscenze attendibili) su di essa entro una rete di astrazioni elaborate nello studio delle testimonianze di tempi trascorsi che restano e giungono fino a noi. La composizione di questi concetti può essere influenzata da scelte di valore.

Nell'interpretazione in funzione descrittiva, sulla quale si regge il sapere storico, le astrazioni spiegano e danno significato alle individualità. Lo stesso avviene nella traduzione linguistica, ove l'individuale è l'enunciato linguistico dello straniero, cui si attribuisce significato passando attraverso una concettualizzazione di ciò che è detto, costruita per essere resa nel nostro linguaggio¹⁶. Anche se la traduzione risente delle scelte volta a volta compiute dall'interprete, esse si muovono comunque entro le forme storiche e sovraindividuali del linguaggio.

In tutti questi casi, l'uditorio riceve comunicazioni costituite da concetti. Ciascuno degli individui destinatari potrà poi far uso di quei concetti. In qualche caso potrà considerarli come una fonte di ispirazione e di futuri comportamenti (vi è in ciò uno slittamento verso la funzione prescrittiva).

* * *

Il rapporto fra individualità e astrazioni è anche nell'interpretazione con

¹⁴ Cfr M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien* (1941-43, I ediz. 1949), tr. it. a cura di C. Panizza, *Apologia della storia o mestiere dello storico*, Alessandria 2016, p. 84 ss.; p. 98 ss. In particolare, p. 90 s.: "... Tra le cose del passato ... dovremmo forse considerare come inutili alla comprensione del presente almeno quelle – credenze estinte senza lasciare il più piccolo segno di vita, forme sociali abbandonate, tecniche morte – che sembra abbiano terminato di comandarlo? Vorrebbe dire dimenticare che non esiste conoscenza vera senza una certa gamma di comparazione ...". Il passato con il quale comunichiamo di meno, proprio perché portatore ai nostri occhi di differenze, è utile da conoscere.

¹⁵ Così, per comprendere storicamente le forme giuridiche in un'epoca determinata, si deve guardare oltre ciò che si intenda per diritto.

¹⁶ Vedi in proposito, sul nesso fra traduzione, differenza, e mescolanza con l'estraneo, S. BORUTTI, *Teoria e interpretazione. Per un'epistemologia delle scienze umane*, Milano 1991, p. 81; A. LUCHETTI, *La traduzione, esigenza e possibilità dell'opera*, in *Psicoterapia e scienze umane*, 44, 2, 2010, p. 189 ss., spec. p. 190 (la traduzione costituisce un'intrinseca possibilità dell'opera; ma essa non implica una trasparente equivalenza; la lingua di arrivo è modificata dall'operazione del tradurre: "asperità, stranezze, invenzioni o derivazioni terminologiche, audacie stilistiche finiscono col modellare la lingua di traduzione, arricchendola e aprendola ad altro"). Se la traduzione è stare nella differenza, i suoi risultati aggiungono necessariamente qualcosa al testo tradotto.

funzione espressiva. Ma ci appare in una forma capovolta. Il personaggio di un dramma è un'astrazione. È il testo, affidato allo scritto o alla memoria, di cui faccio esperienza nel momento in cui lo leggo o lo apprendo. Il rapporto con l'autore è comunque mediato dalla dimensione astratta del testo. L'interprete lo traduce in una parvenza di vita e lo individualizza. Pesa naturalmente l'idea che egli si è fatto del copione e l'intenzione con la quale lo esprime¹⁷.

Luigi Pirandello ha scritto pagine di intensa efficacia drammatica sull'esercizio di questo compito espressivo, attraverso il quale si afferma la soggettività di chi interpreta. Nelle rappresentazioni teatrali la trasformazione del copione in un frammento di vita fittizia è governata dall'autore della creazione scenica. Nel cinema da colui che cura la regia e il montaggio¹⁸. In entrambi i casi siamo di fronte ad operazioni esposte alle circostanze particolari, ai mutamenti, alle discontinuità. Il senso del pensiero pirandelliano è proprio nel contemplare l'insicurezza dell'interprete, di fronte al compito di creare un'azione fittizia: unitaria nel teatro e frammentata nel cinema (con una molteplicità di scene che dovranno essere tagliate e combinate assieme)¹⁹.

¹⁷ Questo aspetto è in primo piano, con una spiccata attenzione al profilo soggettivo dell'interpretare, nelle parole del regista di un'opera teatrale, come le immagina, all'inizio della rappresentazione, L. PIRANDELLO, *Questa sera si recita a soggetto* (commedia rappresentata per la prima volta nel 1930), in *Maschere nude*, Roma 1994 (rist. 2003), p. 107 ss.: "... L'opera dello scrittore eccola qua. Che ne fo io? La prendo a materia della mia creazione scenica e me ne servo, come mi servo della bravura degli attori scelti a rappresentar le parti secondo l'interpretazione che io n'avrò fatta; e degli scenografi a cui ordino di dipingere e architettare le scene; e degli apparatori che le mettono su; e degli elettricisti che le illuminano: tutti, secondo gli insegnamenti, i suggerimenti, le indicazioni che avrò dato io. In un altro teatro, con altri attori e altre scene, con altre disposizioni e altre luci, m'ammetterete che la creazione scenica sarà certamente un'altra. E non vi par dimostrato con questo che ciò che a teatro si giudica non è mai l'opera dello scrittore (unica nel suo testo), ma questa o quella creazione scenica che se n'è fatta, l'una diversa dall'altra; tante, mentre quella è una? Per giudicare il testo bisognerebbe conoscerlo; e a teatro non si può, attraverso un'interpretazione che, fatta da certi attori, sarà una e, fatta da certi altri, sarà per forza un'altra ... Se un'opera d'arte sopravvive, è solo perché noi possiamo ancora rimuoverla dalla fissità della sua forma; sciogliere questa sua forma dentro di noi in un movimento vitale; e la vita glie la diamo allora noi; di tempo in tempo diversa, e varia dall'uno all'altro di noi; tante vite e non una; come si può desumere dalle continue discussioni che se ne fanno e che nascono dal non voler credere appunto questo: che siamo noi a dar questa vita, sicché quella che do io non è affatto possibile che sia uguale a quella di un altro ...".

¹⁸ A questo genere di comunicazione si riferisce L. PIRANDELLO, *Quaderni di Serafino Gubbio operatore*, I ediz. 1925 (ma il romanzo era già uscito a puntate in *Nuova Antologia*, 1915, con il titolo *Si gira*), ora Milano 1980 (con numerose ristampe). Vedi in particolare (p. 32 s.) il paradosso degli attori che recitano singole scene staccate e non secondo un ordine. Essi non sanno bene che parte stiano rappresentando. L'interpretazione non è loro, ma li sovrasta e fissa un ordine nei brandelli di vita via via simulati.

¹⁹ Una critica della visione pirandelliana è in E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., pp. 654-657 e p. 748. "Dal valore soggettivo della forma si conclude a torto che esso non potrà mai aspirare a che la sua interpretazione coincida con una realtà oggettiva ...". Ma vi è qualcosa di più: un carattere per così dire tragico di questo soggettivismo: "Nell'interpretazione dell'attore, come in quella del traduttore, Pirandello

L'intenzione incide ugualmente riguardo ad uno spartito musicale. A questo proposito si impiega il verbo eseguire come sinonimo di interpretare. L'interprete si muove al seguito dei segni: traduce l'astrazione della musica, il suono pensato e trascritto, in una manifestazione individuale e fuggevole²⁰.

Nella critica letteraria (che ha insieme una funzione descrittiva ed espressiva) si concettualizza lo scritto di un autore, per dargli un senso e per illustrarlo ad un uditorio. Nella rappresentazione formulata dai recensori, dagli studiosi, il testo di letteratura, pur visto nella sua genesi, è spesso considerato indipendente dalle particolari intenzioni di coloro che l'hanno prodotto e vive di vita propria. O meglio, la sua vita dipende da chi lo legge: "... cosicché, seppur si può prescindere dalle intenzioni dell'autore, non sembra che si possa fare a meno delle intenzioni dei destinatari o degli interpreti ..." ²¹. Lo stesso vale per la critica d'arte.

non vede se non 'diminuzione e guasto' ...". Lo stesso aspetto è colto da E. BENCIVENGA, *Il pensiero come stile. Protagonisti della filosofia italiana*, Milano 2008, (che a Pirandello dedica un capitolo), p. 135 ss., spec. p. 151: "Le distorsioni operate da illustratori, traduttori, attori, lettori e spettatori sul lavoro di un artista sono dunque essenziali al processo che lega l'arte alla vita; ma ciò non le rende meno tali – distorsioni, appunto – e quel che distorce qualcosa dal suo senso, dai suoi intenti e dalla sua struttura fa male, e comunque segnala un conflitto ...". Si comprende la radicale lontananza di Betti dalle conclusioni pirandelliane. Per lui non è accettabile che all'interprete (anche nel campo di quella che chiama "interpretazione riproduttiva", propria delle rappresentazioni artistiche o delle traduzioni) sia preclusa la dimensione dell'oggettività.

²⁰ Si può leggere al riguardo un libro recente, scritto da due autori che confrontano l'interpretazione musicale e quella giuridica. Le somiglianze e le peculiarità sono esposte molto semplicemente. M. BRUNELLO-G. ZAGREBELSKI, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna 2016. Segnalo in particolare le due accezioni di "dedizione": vale a dire il vincolo che lega l'interprete al proprio referente. Per il musicista (M. BRUNELLO, p. 27 s.) "accingersi ad interpretare, costruire un'interpretazione, pensare di essere parte dell'atto interpretativo, richiede una completa dedizione ... prendersi cura e dedicarsi disinteressatamente a un'opera, come se l'opera fosse una vita ... condizione fondamentale per immergersi nel linguaggio dei suoni che, apparendo e scomparendo nell'arco di un istante, necessitano di una cura e di un'immedesimazione totale che necessariamente include e coinvolge la personalità dell'interprete esecutore ...". Per il giurista (G. ZAGREBELSKI, p. 58 ss.) "l'intima dedizione al proprio compito" è, come aveva spiegato Max Weber l'elemento più alto di dignità del lavoro intellettuale. Nella dedizione lo studioso di diritto mette l'attenzione al dato normativo e i valori, le attese che lo guidano all'interpretazione. Una necessità sovrapersonale lo guida: "... Nel campo del diritto si deve tenere conto d'una esigenza che non mi pare esista, o esista nella stessa misura, nella musica: la certezza. Si potrebbe forse dire così: nella musica, sulla certezza, cioè sulla continuità, prevale il legittimo desiderio della sorpresa. Nel diritto è il contrario, perché esso deve rispondere a esigenze di uguaglianza e di stabilità. Per questo hanno tanta importanza i 'precedenti'. Anche nella musica esistono i precedenti, cioè le interpretazioni autorevoli. Ma in linea di principio da lì si parte per esplorare possibilità sempre nuove ...". Nel campo giuridico è più forte la tendenza a confermare i precedenti. Eppure anche qui – sottolinea l'autore – certamente meno che nella musica, è possibile che si facciano avanti interpretazioni nuove. Non sono soltanto scoperte individuali, e non possono essere una sorpresa, eppure cambiano la soluzione di un problema, il modo di intendere uno o più enunciati normativi.

²¹ Vedi F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 71. Torna così il concetto di uditorio (v. sopra, nt. 2). In questo modo gli autori sottolineano l'intersoggettività dei significati che si attribuiscono ad un'opera letteraria. Qualcosa di simile essi vedono nel diritto. Le scelte di senso avvengono all'interno di una "comunità interpretativa" (p. 65 ss.).

3. *Il dover essere.*

Le prescrizioni comunicano un dover essere. Non enunciano una realtà da conoscere o rappresentare. Non presuppongono un *quid* compiuto. Nulla, come scriveva David Hume “che si possa scoprire con l’intelletto” e che perciò sia descrivibile mediante il verbo essere²². Prescrivere è invece dire che qualcosa *deve* compiersi. Non per una necessità materiale, ma in base alla determinazione di un obiettivo che investe la vita dei destinatari.

Segnalo, al riguardo, che userò d’ora in poi come sinonimi i termini “prescrizione”, “norma”, “imperativo”, “comando”, “precetto”, “regola”, “disposizione”. Ognuno di essi può assumere sfumature diverse sul piano semantico e le accezioni cambiano nel tempo; ma tutti sono riferiti ad enunciati che dettano un dover essere.

Il nesso tra il comando e i fatti da questo attivati è stato concepito da Kant, nella *Critica della ragion pura*, come un tipo peculiare di causalità che dipende dalla ragione. Con il termine “ragione” egli indica una facoltà di produrre principi o concetti del tutto staccati dal piano empirico. Nell’ambito di questa creazione si colloca il rapporto ideale tra libertà e dovere. Il concetto di *Sollen* (dover essere) detta un modo di esercizio della libertà ed è irriducibile alla sfera dei fenomeni. Esso

“esprime una specie di necessità e di rapporto con principi, che non si riscontra in tutta la natura. L’intelletto può di essa conoscere solo ciò che è, è stato o sarà. È impossibile che qualcosa debba essere altrimenti da quel che è in fatto in tutte le relazioni temporali ... Noi non possiamo chiedere che cosa deve accadere alla natura; come non possiamo cercare quali proprietà deve avere un circolo; ma che cosa in quella accade o quali proprietà questo possiede ...”.

È insuperabile la distanza tra il mondo fenomenico e gli imperativi che incidono sulle azioni. Inoltre, questi non hanno nulla a che fare con il calcolo matematico, nel quale ogni esito discende dalla premessa secondo una sequenza obbligata (ogni circolo presenta le medesime proprietà; oppure, in un triangolo di cui siano dati due lati ed un angolo, il terzo lato è uno solo e completa con assoluta certezza la figura).

La necessità che gli imperativi o le regole affermano è invece una possibilità alla quale si dà forza. Dall’affermazione “deve essere” nasce un impulso che interviene nella sfera del volere e che assegna a questo “misura e scopo,

²² D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (1739), trad. it. di E. Lecaldano, *Trattato sulla natura umana*, Bari 1978, p. 496. Così egli separa nettamente le proposizioni che hanno al centro un “deve” o un “non deve” da quelle che osservano relazioni tra gli oggetti. Cfr. A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 81 s.; p. 85 ss.

inibizione e autorità”. Dunque la ragione, secondo l’immagine kantiana, trascende i dati empirici e al tempo stesso crea idee che si impongono ad essi:

“... la ragione non si arrende al principio che è dato empiricamente, e non segue l’ordine delle cose, come esse si presentano nel fenomeno; ma si fa, con piena spontaneità, un suo proprio ordine secondo idee, alle quali adatta le condizioni empiriche, e alla stregua delle quali dichiara necessarie perfino azioni che pure non sono accadute e probabilmente non accadranno; ma di tutte, nondimeno, suppone che la ragione, rispetto ad esse, possa esercitare una causalità, giacché senza di ciò dalle sue idee non attenderebbe alcun effetto nell’esperienza ...”²³.

La rappresentazione non riguarda ancora le leggi positive. Successivamente, il filosofo le tratterà nella loro struttura storicamente definita e individuerà il fondamento della loro autorità in una legge posta oltre il diritto, non giuridica quindi, il cui carattere cogente – come leggiamo nella *Metafisica dei costumi* – è riconosciuto *a priori* per mezzo della ragione²⁴. È un *a priori* che interviene nel discorso sul diritto. Riprendendo un’impostazione giusnaturalistica, egli qualificherà la legge su cui si fonda la normazione esterna e positiva dettata dalle autorità politiche come una legge “naturale”. L’impiego dell’aggettivo è pressoché metaforico. Infatti, la legge fondamentale di cui parla Kant si pone al di là o al di sopra del diritto positivo, ma adopera il suo stesso linguaggio (che non è descrizione di una natura). Impartisce un comando, da cui sorge il potere normativo del legislatore.

Ho richiamato i testi kantiani, poiché vedo in essi un nucleo essenziale di tutte le teorie contemporanee che dividono l’essere dal dover essere e ricollegano alle due nozioni due tipi alternativi di discorso. La dicotomia così delineata implica una visione capace di trascendere il mondo dell’esperienza. Principi e norme non sono compresi nei fatti né desumibili da essi. Fra le prescrizioni e la realtà vi è un attrito necessario. Poiché regolare la realtà significa ordinare che alcuni fatti si verifichino ed altri vengano esclusi.

Torniamo ora all’osservazione delle comunicazioni prescrittive. Come incidono le regole sulla condotta dei destinatari?

I fruitori di una comunicazione prescrittiva si trovano di volta in volta nella condizione di eseguirla e obbedirvi, di non eseguirla e disobbedirvi, oppure in una situazione di dubbio sul che fare²⁵. Così può descriversi il

²³ I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, I ediz., Riga 1781; II ediz. modificata, 1787, trad. it., *Critica della ragion pura*, VI ediz., Roma-Bari 1977, (II, *Dialettica trascendentale*, Lib. II, Cap. II, Sez. IX), p. 438 s.

²⁴ I., KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg 1797, trad. it., *La metafisica dei costumi*, Bari 1970, (*Introduzione*, IV), p. 27. Cfr. R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997, p. 120 s.

²⁵ Mentre rispetto al discorso sull’essere, i fruitori si trovano nella condizione di credere le relative co-

momento in cui i comportamenti vengono a contatto con il dover essere e ne sono influenzati.

Si prescrive indicando un fine: una situazione, un fatto di cui si stabilisce la necessità, o la preferibilità rispetto a fini alternativi. Come ha messo in luce Hans Kelsen, "... l'atto il cui senso è che qualcosa viene ordinato, prescritto, è un atto di volontà. Ciò che viene ordinato, prescritto è anzitutto un determinato comportamento umano ...".

Egli cita un passo di Rudolf Eisler, che riduce il dover essere a determinazione finalistica ed indica quindi nello scopo la ragione e la giustificazione del voluto:

"... originariamente il dover essere rimanda sempre ad una volontà; ciò che è dovuto appare sempre come una statuizione della volontà e si giustifica in definitiva solo in riferimento ad un possibile obiettivo della volontà: solo con ciò la richiesta diventa veramente motivata, ragionevole e giustificata ..."²⁶.

Il volere si connette al dovere per due vie. Colui che prescrive vuole; e parallelamente colui che esegue o disobbedisce attua un'azione volitiva simile alla prima. Anche nella consuetudine, oltre l'oggettività dei comportamenti che si ripetono, vi è un assenso ad essi: qualcosa per cui i fatti assumono una funzione normativa²⁷. L'immagine del costume come *ius involuntarium* –

municazioni vere o false, verificabili o falsificabili in futuro, oppure probabilmente vere o false, sulla base di argomenti attendibili nell'uno o nell'altro senso, o infine esposte ad un dubbio teorico. Come si misurano le comunicazioni probabilmente vere? Credo, con argomenti che ne sostengano la plausibilità, la ragionevolezza. Non dimostrazioni, ma schemi persuasivi, il cui senso è accuratamente spiegato nella teoria di Perelman e Olbrechts-Tyteca. È chiaro d'altro canto che le comunicazioni in funzione espressiva, di cui ho parlato sopra, non rientrano nel discorso sull'essere né in quello sul dover essere. Le emozioni, i sentimenti suscitati dall'espressione artistica non sono verificabili o falsificabili, né se ne può sostenere con argomentazioni la verità probabile, né ad esse si può obbedire o disobbedire. Vedi G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, p. 199 ss., e prima, con identica formulazione, *Studi sulla teoria generale dei precetti. I. Introduzione al linguaggio precettivo*, estratto dagli *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Milano 1968, p. 54 ss.

²⁶ R. EISLER, *Der Zweck, seine Bedeutung für Natur und Geist*, Berlin 1914, p. 77. Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (testo composto intorno al 1965, I ediz., Wien 1979), trad. it., *Teoria generale delle norme*, Torino 1985, p. 4 s. Poco più di trent'anni prima, nel tracciare i lineamenti della sua dottrina, Kelsen aveva risolto il dover essere giuridico in un modello di proposizione che collega ad un fatto una conseguenza: la imputa al fatto (ad esempio stabilendo la pena per un illecito) e perciò la rende "dovuta". Ora, nell'elaborazione più tarda, a metà degli anni '60 mette a nudo la volontà che regge l'imputazione.

²⁷ Cfr. R. ORESTANO, *Dietro la consuetudine*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 13, 1963, p. 521 ss., ora in ID., *Scritti*, Napoli 1998, p. 1583 ss., spec. p. 530: "... in queste situazioni non è il comportamento individuale o il singolo fatto posto in essere e neppure la loro ripetizione che hanno di per sé solo carattere normativo. La loro rilevanza sul piano del diritto, cioè la loro idoneità a produrre effetti 'giuridici', non dipende infatti da una sorta di *vis* che questi comportamenti avrebbero in sé, ma dal loro realizzarsi con l'assenso della comunità, che stabilmente li assiste e da cui essi traggono efficacia nell'ambito del-

diffusa nelle dottrine novecentesche²⁸ – non coglie lo spessore di questo assenso, che riflette gli interessi delle classi dominanti ed impone l'idea di una doverosità dei comportamenti. Diremo quindi che nel diritto consuetudinario, come nelle leggi, vi è un orientamento, una scelta di ciò che deve considerarsi regola²⁹. Del resto, l'iterazione delle condotte non si attua senza un volere. Chi rispetta gli usi comuni *vuole* accettarli; concorre così alla loro costituzione. Chi trasgredisce vuole distaccarsi da essi.

Gli enunciati linguistici che contengono prescrizioni coincidono con imperativi formulati da un soggetto governante, oppure esplicitano la doverosità delle condotte che appaiono fissate nella consuetudine. Questa esplicitazione è già attività interpretativa³⁰.

Una variante degli imperativi sono i giudizi di valore, in base ai quali si stabilisce (in modo cogente) la preferibilità (o la dignità) di determinate azioni. “Ama il prossimo tuo come te stesso” è un imperativo formulato in termini assoluti. “Beati i poveri di spirito, poiché di essi è il regno dei cieli” è un giudizio di valore, rafforzato dalla promessa di un premio. In entrambi i casi, l'intento è guidare i comportamenti. La guida sarà effettiva solo quando i singoli, concreti atti umani obbediranno alle citate prescrizioni o all'interpretazione di esse.

Infatti, nel momento in cui si definiscono le risposte dei destinatari di fronte agli enunciati prescrittivi che li riguardano, si apre lo spazio della mediazione in cui consiste l'ermeneutica.

l'ordinamento giuridico. E quando diciamo ‘assenso della comunità’ non intendiamo riferirci necessariamente ad un eventuale *consensus omnium*, che il più delle volte può essere un'astrazione, ... bensì all'assenso di quelle forze sociali prevalenti che ... elevano quei ‘modi di vivere’ a modulo dei comportamenti di un'intera collettività, imponendoli all'osservanza di tutti”.

²⁸ Una sintesi di questo pensiero, per cui la consuetudine è un fatto spontaneo ed oggettivo, che il giurista accerta e non interpreta, è in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, II ediz., 2012, p. 9 ss. Nell'idea di consuetudine come *ius involuntarium* (su cui vedi S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ediz., Milano 1946, p. 82) vi è in realtà una delle forme storiche nelle quali si manifesta, entro il pensiero occidentale, la dicotomia costume-legge. Precisamente, nelle visioni statualistiche, il costume si oppone alla legge, ha una diversa struttura, è un dato di cui si cancella l'elemento ideologico, non si interpreta ma si constata. La consuetudine è senza politica. Sulla storicità del concetto di consuetudine e sulla possibile opposizione tra costume e politica, vedi P.G. MONATERI, *Legge, linguaggio, costume* (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. Fac. di Giurisprudenza), Napoli 2013, spec. p. 38 ss.

²⁹ Anche secondo H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 91 s., il diritto creato dalla consuetudine non può intendersi come regola dell'essere, ma è un dover essere. Egli lo colloca all'interno della propria teoria dell'ordinamento giuridico.

³⁰ Nel diritto consuetudinario l'enunciato interpreta i dati fattuali: contiene una proposizione relativa a questi (spiegherò nella nota seguente cosa intendo per “proposizione”). Non è comunque descrizione. Rammento un passo del *Politico* di Platone, nel quale l'arte di chi comanda è distinta nettamente dall'arte di chi osserva. Tuttavia l'interpretazione, che egli cita espressamente, non appartiene all'osservare. Essa, come l'opera degli araldi, è legata all'arte del regnare; ne è partecipe. Cfr. *Politico* 206c-206e. È messa in risalto la funzione prescrittiva dell'ἐπιτηδεύειν.

L'interprete muove dagli enunciati, composti da segni e fissati in testi, oppure desunti dalla consuetudine, per elaborare comunicazioni ("messaggi" per i destinatari), che chiameremo "proposizioni", seguendo un'accezione diffusa entro l'analisi dei procedimenti interpretativi³¹.

Nelle proposizioni riguardanti il dover essere³², il dato di partenza e la

³¹ Il sintagma "enunciato prescrittivo" (o l'equivalente "enunciato normativo") è l'unione stabile di due parole (un nome ed un aggettivo), con la quale intendo designare un'espressione linguistica grammaticalmente compiuta, formulata al fine di comunicare un dover essere, una direttiva per azioni determinate. Gli enunciati prescrittivi sono volti ad ordinare, influenzare, dirigere comportamenti. Attribuisco un senso diverso al termine "proposizione", che userò frequentemente. La parola indica la realizzazione di un atto di comunicazione. È qualcosa di più rispetto all'enunciato. Può risultare da più enunciati, oltre che da uno solo; ma il tratto essenziale è che la proposizione è una interpretazione possibile, o meglio è l'interpretazione che viene dall'interprete ricollegata all'enunciato, volta alla funzione di comunicare. Il significato assegnato serve alla regolazione dei comportamenti ed alla incidenza del dover essere nella prassi. Sulla distinzione enunciato-proposizione, vedi N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, p. 48 ss. Aveva già affrontato la questione nel corso *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, p. 75 ss.: "... Quando diciamo che una norma giuridica è una proposizione, vogliamo dire che essa è un insieme di parole aventi un significato". Un medesimo significato può essere, secondo l'autore, attribuito ad enunciati diversi e lo stesso enunciato può dar luogo a significati diversi. "... Ciò che interessa al giurista, quando interpreta una legge, è il suo significato. Come una proposizione in genere può avere un significato, ma essere falsa, così una proposizione normativa può avere un significato ed essere – non diciamo falsa – ma ... invalida o ingiusta ...". Questo campo di possibilità mi sembra rilevante per l'analisi dei modi effettivi dell'interpretazione giuridica. Infatti, l'interpretazione che costruisce proposizioni e dà significato agli enunciati può essere nella concretezza dei casi orientata dalla volontà dell'interprete di sfuggire all'invalidità o all'ingiustizia. Vedremo più volte scelte di questo tipo nella storia dei procedimenti ermeneutici relativi ai contratti. Su enunciati e proposizioni, è da leggere inoltre G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 167 ss., spec. p. 177. Il testo riproduce quel che era già scritto nel saggio *Studi sulla teoria generale dei precetti. I. Introduzione al linguaggio precettivo*, cit., p. 27 ss., spec. p. 35: "... la fruizione di una comunicazione è perciò mediata da un processo che porta dall'enunciato alla proposizione; anche tale processo si dice, di solito, interpretazione: 'interpretazione di un enunciato', perciò, designa sia (a) il processo di individuazione di una proposizione espressa da un enunciato, sia (b) tale proposizione individuata attraverso tale processo ...". A questo punto, potremmo domandarci se sia possibile pensare gli enunciati normativi fuori dall'attribuzione di significato. In realtà ciascuno dei due termini è strettamente legato all'altro. Per il giurista e per il giudice trattare un enunciato significa legarlo ad una proposizione. Viceversa, non vi è proposizione che non si definisca in rapporto ad uno o più enunciati. D'altro canto, una proposizione può essere assunta come enunciato di una nuova proposizione. Sui testi di Bobbio e Tarello, si vedano ora le considerazioni di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali IX, Milano 2016, p. 391 ss., spec. p. 400 ss. A suo avviso, quando si descrive la comunicazione giuridica si deve parlare soltanto di enunciati. Io credo invece che la coppia concettuale indicata possa essere utile. Infatti, se è vero che la proposizione è destinata a sua volta ad essere assunta quale enunciato di una nuova interpretazione – come mette in luce l'autore – è anche del tutto chiaro che ciascuna operazione compiuta dall'interprete ha un referente ed un punto d'arrivo e che quest'ultimo conta per l'ascrizione di significato, sia essa del giudice o del giurista. La distinzione mi sembra funzionale ad intendere i tratti costitutivi del procedimento interpretativo. Vale al suo interno. Muovendo da essa, si possono correttamente analizzare le modalità con le quali si giunge al significato. Si può mettere in luce quali argomenti vengano usati per ritenere e persuadere che il significato sia adeguato all'enunciato o agli enunciati trattati.

³² Tra queste si annoverano le proposizioni con le quali cerchiamo di determinare in modo più blando

comunicazione finale sono pensati secondo un nesso di derivazione, che costituisce per l'interprete un vincolo. Tuttavia il rapporto con il referente può essere articolato secondo schemi di ragionamento diversi tra loro, tali da condurre a risultati contrastanti. È qui il fondamento del pluralismo interpretativo, più volte riscontrabile nelle pronunzie dei giudici e nelle dottrine giuridiche.

Chi sono gli autori delle operazioni ermeneutiche in funzione prescrittiva? Ciascuno di noi, in relazione alle proprie condotte, osserva norme ed attribuisce loro un significato. Ciò dà luogo ad un'interpretazione diffusa, che compiono tutti i destinatari di precetti. A questa si affiancano attività interpretative separate e speciali. Da un lato l'ermeneutica giuridica degli studiosi, dall'altro quella dei giudici. Mentre il lavoro teorico costruisce immagini relative alle norme e alla loro applicazione, l'attività giudiziaria concretizza le norme: produce decisioni su singoli casi e dà luogo ad effetti autoritativi, poiché si appoggia direttamente ad un potere di coazione³³. Proprio in ragione di questa forza pratica, la figura dell'interprete-giudice è di solito al centro delle dottrine sull'ermeneutica giuridica e sarà un punto di riferimento costante nella mia trattazione.

i comportamenti dei destinatari. Si tratta dei "consigli", su cui vedi N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 109 ss. La nozione è utile per descrivere situazioni di non cogenza delle prescrizioni, di non sanzionabilità della loro inosservanza.

³³ Anche la così detta "interpretazione autentica" ad opera del legislatore (che con una legge attribuisce significato a precedenti enunciati legislativi) ha bisogno, per concretizzarsi nei casi controversi, della giurisdizione e della sua forza autoritativa. È un'interpretazione ben distinta da quelle di cui fin qui abbiamo parlato: non si definisce soltanto in base alla funzione – dare significato ad una legge – ma anche e soprattutto in base alla sua struttura, allo strumento formale impiegato, che è una nuova legge. Il legislatore crea una norma, che si dice interpretativa e che si sostituisce del tutto a quella precedente (almeno fino ad un nuovo intervento legislativo nella stessa materia). Il *quid* preformato (la regolamentazione anteriore), da cui muove la legge interpretativa, scompare. Questa cancellazione del dato di partenza è impensabile per ogni altra attribuzione di significati a precetti di qualsiasi genere. Perciò l'interpretazione autentica del legislatore va tenuta fuori dai discorsi generali sull'ermeneutica, che non contemplan una sostituzione definitiva delle prescrizioni interpretate, ma solo l'attribuzione ad esse di significati fondati su argomentazioni e teoricamente controvertibili. D'altro canto, la legge interpretativa è a sua volta oggetto di interpretazione. Va ricordato che nel nostro ordinamento i problemi relativi alla retroattività o irretroattività della legge nuova (se essa cioè abbia efficacia dal momento in cui è entrata in vigore la legge interpretata o *ex nunc*) si risolvono in sede giudiziaria: intendendo quindi la legge interpretativa in base al suo enunciato ed al suo fine, entro i limiti e secondo i principi fissati dalla Costituzione; si tenga presente al riguardo l'irretroattività delle leggi penali. Vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I, t. 2, Milano 1980, p. 241 ss.; 271 ss. Sul ruolo dei giudici, cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 133 ss. Sulla estensione (e la varietà di autori) delle attività ermeneutiche, E. STOLFI, 'Quartum datur'. Note in tema di interpretazione "diffusa", in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, II, Padova 2016, p. 1335 ss.

Capitolo II

Intendere le prescrizioni giuridiche

SOMMARIO: 1. Il percorso dell'interprete. – 2. Le argomentazioni. – 3. I contratti. – 4. Dalla scienza ai codici.

1. *Il percorso dell'interprete.*

L'interpretazione nel campo del diritto ha una funzione prescrittiva. Si tratta di vedere quale sia il referente da cui muove, quale il percorso seguito e come l'attribuzione di significato si risolva nell'enunciazione di un dover essere giuridico.

La base del ragionamento è il dato che l'interprete pensa e fa proprio. Lo pensa come dato normativo. Intraprende il cammino dell'interpretazione attribuendo prescrittività agli oggetti pensati.

Egli considera uno o più enunciati già formulati (quali possono figurare in una o più statuizioni autoritative o in un contratto a cui l'ordine giuridico ricollegli effetti vincolanti); da essi fa discendere proposizioni, cioè fissa significati. Oppure desume gli enunciati e le relative proposizioni dai fatti (consuetudini, usi, tacite manifestazioni di volontà). Alle proposizioni riconosce il fine di dirigere i comportamenti.

Le operazioni che compie sono sottoposte ad un vincolo deontologico¹: egli deve costruire una connessione attendibile tra l'oggetto dell'attività ermeneutica e il risultato finale, tra l'enunciato e la proposizione.

Vediamo ora come il vincolo si manifesti nell'interpretazione di prescrizioni legislative. Più avanti descriverò la configurazione che esso assume nel-

¹ Traggo questa locuzione da E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 635 ss., spec. p. 638 s., che la adotta in relazione all'interpretazione riproduttiva (comprendente attività come la traduzione o la rappresentazione teatrale o musicale), in cui fa intervenire la categoria della fedeltà. Il vincolo è presente, a mio parere, anche nell'ermeneutica giuridica.

l'ermeneutica contrattuale, ove il senso è assegnato alle disposizioni private

Per i giudici che interpretano le leggi, la Costituzione italiana configura un dovere, che rende quel vincolo inderogabile, pur articolandolo attraverso il riconoscimento di una ragionevole discrezionalità².

²Richiamo in proposito il secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". È un enunciato che fa da guida agli atti interpretativi (ancorché utilizzi la metafora della soggezione, che farebbe pensare ad un rapporto tra poteri piuttosto che al rapporto tra giudizio e legge). Non vi è dubbio che l'esercizio della giurisdizione è tenuto al vincolo giuridico qui indicato. Nell'ascrizione di significato all'articolo, non può non considerarsi il valore dell'avverbio "soltanto", che si intende collegando la disposizione al primo comma dell'articolo 104: "La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere". Attraverso questa connessione credo appaia legittimo quanto scriveva venticinque anni fa Giuseppe Borrè (magistrato e rigoroso analista dell'esperienza giudiziaria) sull'articolo 101: "... È una norma che non significa ritorno ai vecchi miti dell'onnipotenza della legge e del giudice 'bocca della legge', perché l'accento, in essa, cade sull'avverbio 'soltanto', e dunque, prima ancora che la fedeltà alla legge, essa comanda la disobbedienza a ciò che legge non è ...". Disobbedienza rispetto ad altre figure che pretendano di condizionare o suggerire il giudizio. Del resto, se si tiene conto del potere-dovere, spettante a ciascun giudice, di sollevare questioni di legittimità costituzionale, potere diffuso e sfuggente alla gerarchia dei gradi di giudizio, il significato della soggezione alla legge si amplia e si articola fino a comprendere una critica della legge. Cfr. L. PEPINO (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di G. Borrè*, Milano 2001, pp. 135 s., 235, 251. Va ricordata inoltre la giurisprudenza della Corte costituzionale che impone al giudice la ricerca di un'interpretazione delle disposizioni di legge conforme a Costituzione, stabilendo che solo nel caso in cui questa ricerca sia senza esito, la questione venga rimessa alla Corte medesima. La necessità dell'interpretazione adeguatrice è ben espressa nella sentenza n. 356 del 1996, ove la Corte tra l'altro afferma: "... in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, p. 196). La "soggezione" ha quindi uno spessore di significato che solo in parte risulta dalla considerazione del solo enunciato costituzionale ove essa ha rilievo centrale. Il giudice è soggetto alla legge nelle forme che si sono appena segnalate e che possono includere anche una critica della legge. D'altro canto, nell'interpretazione adeguatrice, è soggetto alla legge interpretata secondo Costituzione. Cfr. invece M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., p. 402 ss. Egli trae spunto dall'articolo 101 per affermare che la soggezione menzionata debba esclusivamente riferirsi all'enunciato di legge, non alla proposizione risultante dall'ascrizione ad esso di un significato. Se fosse soggetto alla proposizione, vi sarebbe una sorta di auto-obbligazione del giudice. Il ragionamento presuppone che il giudice crei *ex nihilo* la proposizione. Ma non mi sembra che sia così. Il giudice connette il prodotto dell'interpretazione all'enunciato mediante argomentazioni, "suscettibili – per riprendere una formulazione dello stesso Luciani che richiama Tarello (p. 408 e nt. 141) – di generare la credenza della propria verità o falsità". Che cosa vuol dire "generare la credenza"? Siamo di fronte a qualcosa di più complesso di una dichiarazione di verità. L'autore si riferisce specificamente agli enunciati che costituiscono la motivazione di una sentenza e che egli considera descrittivi (insomma asserzioni distinte dai precetti). Ciò che mi sembra discutibile ed in contrasto con l'esame delle concrete prassi della dottrina e della giurisprudenza è postulare una dimostrazione razionale di quegli enunciati. Io credo che il problema si risolva andando oltre la rigida dicotomia vero-falso, per la quale ogni messaggio interpretativo dovrebbe essere assistito da un gruppo necessario ed esclusivo di asserzioni: le sole in grado di sorreggerlo. Osservo che lo stesso Tarello (*Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 192, già in *Studi sulla teoria gen. dei precetti*, p. 48 s.) individua la particolarità di queste asserzioni funzionali a precetti nel fatto che esse possano comportare un allargamento del principio di verifica, anzi una sostituzione ad esso di un nuovo "principio di giustificazione". Mi sembra l'inquadramento più adeguato. La giustificazione è composta di asserzioni ragionevoli e persuasive. È ovvia la distanza tra il persuasivo e il matematicamente dimostrabile.

Comunque, l'idea di significato, per quanto possa nella sua determinazione intervenire una scelta, per quanto il procedimento non sia univoco, è incompatibile con l'immagine di una creazione *ex novo*. La derivazione appare, nei diversi casi, più o meno diretta. La scelta tra significati, comunque ad essi si sia giunti, viene sostenuta da argomentazioni che connettono: esse illuminano le modalità del pensiero e sono tese a dimostrare una discendenza.

Il giudice che decide sulla portata e sugli effetti di un enunciato prescrittivo, entro una situazione da cui sia sorta una controversia, è tenuto a far scaturire la propria decisione dall'enunciato, indicando le vie intraprese. Più precisamente, è tenuto ad argomentare, a spiegare il percorso logico seguito, in termini di verosimile continuità rispetto al dato normativo da cui muove³.

Questo aspetto dell'interpretazione viene talvolta descritto come l'intendere un volere esterno trasmesso all'interprete, attraverso forme che lo oggettivano⁴.

In ogni caso, qualunque sia il punto di partenza, l'esito dell'attività ermeneutica non è obbligato. L'attribuzione di significato non è un giudizio analitico *a priori*, cioè una formulazione in cui tutte le conclusioni sono deducibili dalle premesse.

Savigny nel 1814 aveva raffigurato così il lavoro dei giuristi chiamati ad elaborare una comune disciplina del diritto privato nella Germania politicamente divisa⁵. Indicava come modello la giurisprudenza antica, capace di

³ Possono ricondursi a ciò che ho chiamato "vincolo deontologico", costitutivo dell'interpretazione, le considerazioni sull'attività ermeneutica del giudice (e sull'autolimitazione della discrezionalità, che è strettamente connessa alla credibilità dei giudizi) di G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, p. 53: "... L'esercizio della discrezionalità del giudice nei 'casi difficili', in cui non emerge una soluzione evidente della controversia, deve essere legato alla consapevolezza che i dubbi dell'opinione pubblica sull'imparzialità del giudice aumentano con l'aumentare della problematicità della decisione giudiziaria. Ignorare questo problema da parte del giudice significa intaccare il patrimonio di credibilità posto alla base della funzione giudiziaria in tutti gli ordinamenti ed in quelli democratici in modo particolare ...". Vi è una parentela tra la nozione di credibilità e le argomentazioni suscettibili di ingenerare la credenza di una verità, di cui ho parlato nella nota precedente.

⁴ Si veda in proposito A. PAGLIARO, *L'interpretazione*, in *Nuova Antologia*, 107, 1972, p. 151 ss., spec. p. 153: "Di solito, l'interpretazione viene definita come impegno di intendere quello che altri ha voluto esprimere; ed è innegabile che il fine è precisamente questo. Tuttavia, poiché l'esprimere si compie attraverso la mediazione delle forme linguistiche, l'interprete non può fare a meno di considerare l'intenzionalità e il contenuto nel rapporto con la validità delle forme che concorrono alla obiettivazione ...". Il lavoro si svolge sulle forme linguistiche, ma non può trascurare l'intenzione del parlante, dal momento che le forme entrano in gioco per esprimerla. La nozione di "validità" ad esse riferita implica una corrispondenza, un non distacco dall'intenzione. Le forme sono obiettive, secondo Pagliaro, in quanto storicamente date. "... La forma rappresenta la storicità conoscitiva del parlare. Ciò risulta palese nel messaggio tipico della legge giuridica, nel quale la volontà del legislatore opera su una forma ben precisa, come è una nozione di diritto o un istituto ...". L'impostazione è chiara; il parlante usa le forme storiche del linguaggio. La logica dell'intenzione va trovata all'interno di queste forme o comunque muovendo da esse. In questo richiamo all'obiettività delle forme vedo una somiglianza con il pensiero di Betti.

⁵ "In ogni triangolo – aveva scritto – vi sono certi dati dal cui rapporto derivano contemporaneamente

“calcolare” (*rechnen*) coi concetti⁶. Si ispirava probabilmente a Leibniz, condividendo le sue lodi riguardo all'*acumen rationis* dei giuristi romani (noi diremmo: alla loro capacità logica). Non erano parole occasionali, ma sintomi di un sentire che andava diffondendosi. *Mira est vis consequentiarum*, aveva scritto Leibniz, paragonando gli antichi *interpretes iuris* ai matematici⁷. Un nucleo di giusrazionalismo, tra Seicento e Ottocento, è presente sia nel pensiero tedesco sia, con modalità diverse, in quello francese.

L'interpretazione della legge (o del diritto) non è che una deduzione: uno svolgimento necessario ed univoco di premesse normative⁸. Ogni lacuna negli enunciati del diritto, sia esso codificato o costruito dalla scienza, può essere colmata logicamente, con proposizioni che si muovano all'interno di quegli enunciati, senza aggiungere nulla. È la linea che Savigny sceglie nella sua opera sistematica, per garantire la completezza: afferma infatti che il diritto positivo “si completa con elementi tratti da se stesso, in quanto noi ammettiamo in esso una organica forza costruttiva”⁹.

e necessariamente tutti gli altri: il triangolo è dato da essi, ad esempio da due lati e dall'angolo compreso”. Il giurista tedesco era convinto che potesse avvenire lo stesso nel campo del diritto. Sosteneva che il diritto si deduce dai principi e che solo così la disciplina dei casi è completa e sicura. Da questa idea del giuridico come *máthesis* derivano due conseguenze: l'interpretazione è vista come una deduzione, un calcolo; e i concetti che rappresentano i principi e la loro connessione, insomma l'ordine del diritto, diventano esattamente “dogmi”. Si immaginano indiscutibili: capaci di imitare la certezza del “triangolo isoscele”, nel quale tutto è predeterminato, come suggeriva Kant. Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, II ediz., 1828, III ediz., 1840, § 4, ora in J. Von STERN (hrsg. und eingel.), *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin 1914, rist. Darmstadt 1959; trad. it. di G. Marini: A.F.J. THIBAUT-F.C. VON SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982, p. 99 ss. Sul triangolo come emblema di esattezza e di rigore del pensiero matematico, vedi I. KANT, *Critica della ragion pura*, cit., p. 16 ss. (prefaz alla II ediz., 1787) e p. 121 ss.

⁶ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., § 4, trad. it., p. 110 s.

⁷ G.L.B. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae ex artis didacticae principiis* (1667), in *Variorum Opuscula ad cultiorem jurisprudentiam*, tom. II, Pisis 1769, p. 155 ss.; e vedi anche *Opera omnia*, ediz. L. Deutens, Genève 1768, vol. IV, ep. 1, pp. 254 e 257. Cfr. VASOLI, *Enciclopedia, pansofia e riforma 'metodica' del diritto nella 'Nova Methodus' di Leibniz*, in *Quaderni Fiorentini*, 2, 1973, p. 37 ss.

⁸ Vedi anche H.C. WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halae Magdeburgicae 1750, § 62: ... *Constans nimirum omnium obligationum ac jurium inter se nexum est, ut alia ex aliis deduci continuo rationationis filo possint, et veritatum inter se compagem constituent, quod systema appellatur* ... Cfr. G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino 1965, p. 12 ss. Si veda qui la citazione di G. RADBRUCH (*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1903, p. 9), sulla deduzione sistematica come “un sistema di proposizioni”. L'immagine della deduzione sistematica comprende anche l'interpretazione.

⁹ C.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 290 s., trad. it. di V Scialoja, *Il sistema del diritto romano attuale*, I, Torino 1886, p. 296 s. (ma nel testo mi allontanano da questa traduzione, per rendere più letteralmente il significato delle parole “*unser positives Recht aus sich selbst ergänzt, indem wir in demselben eine organisch bildende Kraft annehmen*”). Dal modello ispirato alla ma-

Le costruzioni sistematiche implicano la deduzione. Penso all'interpretazione logica di Thibaut¹⁰ al disegno tracciato da Arnold Heise nel 1807¹¹; al lavoro di unificazione delle normazioni entro un quadro unitario, compiuto da Georg Friedrich Puchta. Solo attraverso la forza della scienza – egli afferma – il diritto romano ha una vita nuova nell'età moderna. Le persuasioni scientifiche comprendono l'insieme del diritto e lo organizzano in un ordine (detto "sistema") necessario a dedurre le singole norme da applicare¹².

Bernhard Windscheid, a sua volta, muovendosi nel solco della pandettistica, fa della costruzione e dell'analisi dei concetti giuridici il metodo necessario all'applicazione del diritto. Concetti relativi alle norme, da cui si deducono le decisioni, ancora con la metafora del calcolo¹³.

tematica (nello scritto del 1814) si passa qui alla visione di una forza costruttiva implicita nel diritto positivo, che sarà ripresa da Jhering.

¹⁰ A.F.J. THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, II ediz., Altona 1806, pp. 27 ss., 43 ss., 47 ss. (si veda la nozione di spirito della legge e la tesi secondo cui nei casi dubbi l'intenzione del legislatore va tratta dai *Grundsätze*, dai principi fondamentali: quindi va dedotta).

¹¹ A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, I ediz., Heidelberg 1807, III ediz., 1819, pp. III ss., 6 ss., 12 ss.

¹² G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838: si veda tutto il primo libro (§§ 10-21), "Von den Rechtsvorschriften": sulle prescrizioni giuridiche.

¹³ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. Main 1862, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino 1886 (rist. 1925), § 24, p. 74 s.: "... l'idea propria della norma giuridica si rappresenta ancora in concetti cioè in aggregazioni (*Zusammenfassungen*) di elementi ideali; si tratta di risolvere i concetti nelle loro parti costitutive e rilevare gli elementi ideali presenti in esse. Si può andare più o meno avanti in questa operazione, giacché gli elementi rinvenuti si possono rivelare a loro volta composti di altri elementi più semplici e così via. La nuova scienza giuridica ha la decisa tendenza a procedere quanto più può nell'analisi dei concetti. E questo è il suo merito. Infatti, dalla piena comprensione del contenuto dei concetti presenti nelle norme giuridiche non dipende solo la piena intelligenza del diritto, ma anche la certezza della sua applicazione ...". Di fronte alla pluralità delle disposizioni vigenti, è solo muovendo dai concetti che si individua il diritto da applicare. "Sotto quest'ultimo aspetto si noti quanto segue. La fattispecie (*Thatbestand*) di un caso da decidere corrisponde assai raramente alla fattispecie di una singola norma giuridica; di regola le diverse parti della fattispecie si collocano sotto norme giuridiche diverse. Gli effetti giuridici che queste norme stabiliscono si determinano e si incrociano; la decisione è il risultato di un calcolo (*Rechnung*) i cui fattori sono i concetti giuridici; il calcolo fornisce naturalmente un risultato tanto più sicuro quanto più certo è il valore dei fattori. È evidente ad un tempo che il vero sistema dei diritti, l'intima omogeneità delle sue norme può solo emergere da una piena comprensione dei concetti giuridici". Ragionamenti del genere rimangono esemplari ed influenzeranno i giuristi del Novecento; ma proprio in questo secolo andranno incontro ad un'invincibile eclissi. Sono ricondotti alla nozione di dogmatica da R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. Main 1978, trad. it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, a cura di M. La Torre (presentaz. di L. Mengoni), Milano 1998, p. 198 ss. Il nesso tra nozione di fattispecie e calcolo è stato recentemente riproposto in alcuni scritti di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016; vedi in particolare pp. 19 ss., 107 ss. L'autore rimpiange la certezza del rapporto fattispecie-norma, proprio di un universo giuridico che non contemplava giudizi in base a valori (come oggi invece avviene), ma si fondava sulla marmorea logica dei sillogismi (e sul rapporto norme-sistema, di cui il *BGB* è un approdo). Nel contesto a noi contemporaneo, valgono altri schemi: "... I criteri di decisio-

Coerente con questa linea, Jhering scrive, nei primi anni 50 dell'Ottocento:

“... Spiegare la materia, risolvere le contraddizioni apparenti, dissipare le oscurità e i difetti di precisione, mettere in luce tutto il contenuto e la volontà del legislatore, dedurre in particolare dalle disposizioni esistenti il principio che ne è la base, trarre da questo principio tutte le conseguenze: questa è la missione dell'interpretazione. Essa non è affatto un'operazione esclusivamente giuridica: ogni scienza le cui fonti sono documenti deve interpretare. Applicata al diritto, l'interpretazione non crea nulla di nuovo; essa non può che aggiornare gli elementi giuridici sostanziali già esistenti ...”¹⁴.

Qui si va oltre il paragone con la matematica; ma vi è un'analogia lineare nel nesso tra la legge e l'attività del giurista o del giudice. L'interpretazione risulta esclusivamente cognitiva. Con questo affidarsi ad una sostanza giuridica in cui tutto è già dato, si costruisce una base sicura per le costruzioni concettuali relative al diritto. Le sistematiche della pandettistica, entro le quali si muove Jhering nel testo citato (siamo nella fase “costruttivistica” del suo pensiero) presuppongono questo tipo d'interpretazione che è per lui “giurisprudenza inferiore” ed è la piattaforma su cui si costruiscono le astrazioni più elevate, cioè – per usare una parola ancora oggi fortunata – la “dogmatica”.

ne giudiziale si sono spostati dalla legge ordinaria alle norme costituzionali; e queste – che sono norme senza fattispecie – vengono considerate fonti non già di semplici ‘principi giuridici astratti’ (come voleva Max Weber), ma di ‘valori’ ...”. Allargherei il discorso alla legislazione, che anch'essa oggi lascia ampi spazi alle valutazioni dei giudici. Si veda in proposito il dibattito su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 22, 2016, p. 483 ss. In particolare, C. PINELLI, p. 484 sulle “leggi manifesto” e la supplenza necessitata dei giudici; M. BOMBARDELLI, p. 508 ss., sull'inflazione normativa e la complicazione dell'ordinamento, che rafforzano il ruolo dell'interprete: “... si deve reimpostare il rapporto fra legislatore e giudice abbandonando l'idea che il sistema normativo possa presentarsi ... come una struttura che si impone dall'esterno ai consociati, come un ‘universo statico di regole pronte per l'uso’, come un dato oggettivo a cui l'interprete può attingere per dedurre da esso la regola del caso, bensì piuttosto come un ‘complesso di materiali, tratti da fonti diverse, che interagiscono tra loro combinandosi in modo mai definitivo’. Il sistema delle fonti si rivela quindi attraversato da un flusso dinamico su cui l'interprete deve intervenire in modo adattivo per ‘isolare’ il quadro degli enunciati normativi rilevanti a partire dai quali individuare la norma giuridica ...”; A. PIOGGIA, p. 540 ss. e G. AZZARITI, p. 563 ss., sulla debolezza della politica e sulle omissioni dei legislatori. La fluidità dei materiali normativi rende problematico il concetto stesso di fattispecie, che già Windscheid indicava come derivante da una pluralità di norme. Se le norme contengono spazi vuoti e antinomie, se ricadono nell'interpretazione adeguatrice, è evidente che le scelte dei giudici divengono più incisive. Sottolineo infine che Weber, citato da Irti, quando parlava di principi giuridici a cui ancorare l'interpretazione, aveva in mente le costruzioni sistematiche della scienza giuridica tedesca. Il “diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina” era esattamente quello di Windscheid: non era dato dalla chiarezza delle leggi, ma da una forte dottrina, egemone rispetto ai giudici.

¹⁴ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1854, Bd. II, I, III, cap. I, sez. 2, b. 3, § 46. (La prima edizione dell'opera è pubblicata tra il 1852 e il 1865).

L'immagine che la spiegazione delle leggi sia a senso unico, e che si esprima così la vocazione della scienza alla certezza, è forte e diffusa. Anche la scuola dell'esegesi in Francia fa propria l'idea di una logica interna all'interpretazione e garante di verità¹⁵.

È esemplare il quadro sintetico che Luis Liard¹⁶ traccia nel 1894 a proposito dell'indirizzo dominante nel pensiero giuridico francese. Egli guarda ad esso da studioso di filosofia, interessato al metodo, alle forme concettuali del sapere relativo alle leggi.

“... Il diritto è la legge scritta. Perciò il compito [delle Facoltà di diritto] è insegnare ad interpretare la legge. Ne deriva che il loro metodo è deduttivo. Gli articoli del codice sono altrettanti teoremi di cui si tratta di dimostrare il legame e tirare le conseguenze. Il giurista puro è un geometra: l'educazione puramente giuridica è puramente dialettica. L'importante compito del magistrato o dell'avvocato è sbrogliare il groviglio dei casi e ricollegarne gli elementi ad alcune o ad altre regole poste dalle leggi ...”¹⁷.

Già aveva qualche anno prima richiamato l'attenzione sul deduttivismo del diritto privato, dominante nella didattica giuridica:

“Limitato al diritto privato, l'insegnamento delle Facoltà giuridiche corre il rischio di essere troppo esclusivamente interpretativo e deduttivo. In questa materia i principi sono fissati e codificati; si tratta anzitutto di mostrarne lo spirito, la concatenazione e le conseguenze; così il metodo del giurista non è senza analogia con quello dei geometri ...”¹⁸.

Muovendo quindi da punti di vista diversi (la scienza sistematica tedesca, il primato del legislatore nell'esperienza francese) si afferma una concezione

¹⁵ Su tutto ciò vedi N. BOBBIO, *Diritto e logica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 39, 1962, p. 11 ss., ora in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, p. 103 ss., spec. p. 107 ss. In particolare sulla scuola dell'esegesi, l'autore richiama una citazione di S. SIMITIS, *Zum Problem einer juristischen Logik*, Frankfurt a. Main 1960, p. 53, dal *Cours de Code Napoléon*, di C. Demolombe, 1869, I, p. 11: “... solo allo sviluppo logico delle conseguenze di ogni principio è possibile chiedere ... le verità di cui si vuole ottenere il trionfo”.

¹⁶ 1846-1917. Intellettuale umanista e direttore dell'insegnamento superiore al Ministero dell'istruzione pubblica dal 1884 al 1902. In questi anni si occupa di ordinamenti didattici e di studi giuridici.

¹⁷ L. LIARD, *L'Enseignement supérieur en France de 1789 à 1893*, Paris 1888-1894, t. II, p. 397. Gli scritti di Liard sono citati da F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris 1899, p. 46 ss. Geny segnala, nella stessa ottica illustrata da Liard, la definizione del giudizio come sillogismo, formulata nel 1828 da un magistrato e uomo politico illustre, Jean-Baptiste Voysin de Gartemp (1759-1840): “Un jugement n'est autre chose qu'un véritable syllogisme, dont la loi, les actes ou les faits sont les prémisses (majeure ou mineure), et la sentence en est la conséquence ...”. Il sillogismo presuppone una certezza della legge e del fatto, ma soprattutto una chiara prefigurazione del fatto (o meglio dei suoi tratti essenziali riferibili ad una serie indefinita di casi) entro il testo della legge.

¹⁸ L. LIARD, *La Réforme de la licence en droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, 1889.

delle vicende giuridiche che tende a restringere quanto più possibile i confini dell'apprezzamento dell'interprete e delle scelte che egli compie. L'effetto politico più rilevante consiste nel subordinare il giudice al testo della legge (o alle costruzioni della scienza che sistemano le norme vigenti, riempiendone gli eventuali vuoti logici).

Quanto più si pone l'accento sulla deduzione, tanto meno può esservi un'interpretazione che porti con sé elementi di novità, indotti dal mutare del contesto storico e tali da correggere i significati precedentemente esposti. La metafora dell'interprete bocca della legge suggerisce il primato dell'interpretazione letterale e con essa un trattamento logico che non può aggiungere nulla all'enunciato e che è fondamentalmente astorico¹⁹.

La smentita a questi modelli si dispiega nel corso del Novecento. La pluralità, l'inflazione normativa, spesso la composizione incerta di interessi segnano profondamente la legislazione. Al tempo stesso, la scienza che costruisce i principi ed ordina i concetti, non riesce più a confermare il modello logico del sistema, come insieme completo e coerente di proposizioni prescrittive. Entra nell'interpretazione la consapevolezza che i risultati possono essere vari e mutevoli²⁰. Sempre più spesso si profilano interventi volti a colmare non soltanto le lacune normative nelle leggi, ma anche le lacune assiologiche che in esse si ravvisino, alla luce di esigenze e principi originariamente non contemplati dalle disposizioni in questione²¹.

Nell'esperienza italiana incide molto, dopo la cesura rappresentata dalla Costituzione repubblicana, l'interpretazione adeguatrice delle leggi ai principi costituzionali ed inoltre il ricorso diretto a quei principi come fonte di qualificazione (e disciplinamento) delle situazioni controverse²².

Perciò la verifica dei procedimenti seguiti dal giurista o dal giudice, l'idea che la motivazione di una sentenza possa dirsi vera o falsa e che

¹⁹ È il frutto di una "rezezione astratta e ideologica del principio della separazione dei poteri": cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., p. 46.

²⁰ Vedi P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 67 ss. (critico rispetto alle immagini semplici dell'ordinamento, che eludono il nodo dell'interpretazione: quello che egli vede interno alle norme, costitutivo della effettività).

²¹ Vedi R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano 2011, p. 134: "Si dice 'lacuna assiologica' la mancanza di una norma che – secondo le soggettive preferenze etico-politiche (assiologiche appunto) dell'interprete – *dovrebbe esserci*". L'ascrizione di un significato nuovo agli enunciati prescrittivi che appaiano assiologicamente difettosi, nasce da valutazioni storicamente reperibili entro il contesto in cui l'interprete opera.

²² In questo senso L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, 39, 1993, p. 19 ss., in particolare p. 30 s. e nt. 41. Si vedano i richiami alla giurisprudenza della Corte ai "principi di diritto desumibili dall'intero sistema costituzionale". Osservo che l'interpretazione adeguatrice (su cui v. sopra, p. 18, nt. 2) è tipicamente volta a colmare lacune assiologiche.

l'interprete, di fronte all'ambiguo, abbia da seguire una sola strada logicamente fondata, insomma tutte le eredità del deduttivismo subiscono un radicale stravolgimento. Con una inevitabile conseguenza. Se l'esclusività o la consequenzialità delle procedure ermeneutiche è offuscata, se la verità delle asserzioni argomentative è problematica o plurale, o cambia in relazione ad esigenze sociali nuove, o a linee di politica del diritto che mutano, allora siamo fuori dall'immagine ideale del calcolo e dai sillogismi.

Del resto, è oggi ormai chiara e diffusa l'idea che alla prova dei mutamenti storici non regga neppure la più volte affermata fissità delle così dette scienze esatte. "I continui cambi di credenza o addirittura di paradigma in fisica – è stato osservato di recente –, così come la perdita di certezza che ha subito la stessa matematica, attestano la centralità dell'elemento del consenso". A maggior ragione nei discorsi sul diritto, le argomentazioni, le asserzioni di significato non possono "dipendere da altro che dall'umano convincimento"²³.

Ha scritto Luigi Ferrajoli:

"... Il giudice, in breve, non 'constata' né 'trova', né 'scopre', né 'registra' il significato di un dato enunciato normativo, ma neppure lo 'crea' o lo 'produce' o lo 'inventa'. Semplicemente lo argomenta come più plausibile o fondato di altri, sia pure astrattamente possibili: perché più aderente al significato corrente del testo normativo, o perché più in accordo con le norme costituzionali, o perché più coerente con i significati di altri enunciati normativi, o perché più aderente a quelli attribuiti in casi precedenti, o per altri motivi ancora. Ma esattamente le stesse cose possono dirsi per l'interpretazione dottrinarica operata dai giuristi..."²⁴.

Dunque, il ragionamento interpretativo, senza la sicurezza della deduzione, si risolve in una scelta tra significati possibili. L'argomentare è dentro l'interpretazione; ne costituisce la struttura portante. Segna il percorso intellettuale che organizza i significati da attribuire. È scoperta o conferma di risultati credibili. Le asserzioni circa le modalità di ciascuna operazione, quindi delle stesse opzioni che volta a volta si compiono, devono sempre accettabilmente fondarsi sulle forme da cui ci si è mossi ed apparire congrue ad esse. Il risultato ermeneutico non viene da un salto nel vuoto, ma da un ragionamento su cui l'interprete sa di dover ricercare l'assenso degli interlocutori. Occorre insomma giustificare – questa la parola-chiave – l'itinerario seguito, non mediante dichiarazioni di verità, ma con la indicazione di colle-

²³ Cito qui le formulazioni di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 408 s. Io penso perciò che la relatività possa essere controllata secondo criteri di ragionevolezza attraverso l'analisi delle argomentazioni e che queste debbano essere misurate in base alla loro persuasività. Considero quindi essenziale il concetto di giustificazione.

²⁴ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari 2016, p. 157 s.

gamenti attendibili²⁵. Sapendo che al termine del discorso può esservi qualcosa che non era compreso nel referente iniziale.

Quali sono gli strumenti di giustificazione e quale la loro articolazione logica? È necessario rispondere a questa domanda, se si vuole studiare in concreto l'interpretazione, le sue modalità nei diversi campi d'impiego. Il fatto che la sicurezza della deduzione sia tramontata non implica la degradazione dei procedimenti ermeneutici a valutazioni personali ed incontrollabili. Né l'assegnazione di significati nuovi deve considerarsi una sorta di eversione dottrinale della legge.

Le scelte di valore, che approdano a proposizioni nuove e riformatrici, sono in molti casi direttamente costitutive dell'interpretazione. Basta pensare al senso che si attribuisce nella teoria e nei giudizi alle clausole generali: termini o sintagmi che presuppongono valutazioni²⁶. Che cosa significa, ad esempio, la buona fede, nozione radicata nella tradizione europea (di cui vedremo la rilevanza in materia di contratti)? Nel Codice civile italiano del 1942, essa figura come una tipica clausola generale. Ma qual è in concreto il dover essere che ne scaturisce entro i diversi contesti storici e secondo le ideologie che cambiano o entrano in reciproco conflitto? Soltanto la valutazione motivata dell'interprete riempie di contenuti questo ed altri schemi concettuali, che hanno un impatto variabile sulla configurazione delle situazioni soggettive (reali, creditorie o debitorie) e sulle controversie.

L'analisi delle argomentazioni permette di controllare il percorso seguito, che esse rappresentano. I richiami ai precedenti, a principi che possano desumersi dalla coscienza sociale, cioè da tendenze effettivamente rilevabili nei rapporti tra le classi e nelle credenze diffuse, i riferimenti ai principi costituzionali, i meccanismi logico-linguistici attraverso cui si elaborano i significati, sorreggono i giudizi di valore inerenti all'attività ermeneutica e stanno all'interno del diritto se sono persuasivi. La persuasività può convivere con il pluralismo. Essa è la posta in gioco nel lavoro degli interpreti²⁷, che connettono il significato ai referenti da cui muovono²⁸.

²⁵ Cfr. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 192. La nozione più vasta di giustificazione supera la rigidità dell'alternativa vero-falso: allora "... il significato-proposizione di un enunciato (empirico) è rintracciabile se è giustificabile mediante osservazioni rilevanti ed è circoscritto e delimitato dal metodo della sua giustificazione". Questa formula mi pare perfettamente riferibile alle argomentazioni che connettono referente e prodotto dell'interpretazione. Il fatto che esse siano accolte nei discorsi giuridici, che siano ritenute giustificate, è un dato storico. Non vedo vincoli epistemologici prefissati nell'attribuzione di significato ad un enunciato prescrittivo. Cfr. anche, in sintesi, G. KALINOVSKI, *Logica del diritto. Lineamenti generali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano 1975, pp. 5 ss., 8 s.; e L. GIANFORMAGGIO, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986, p. 53 ss.

²⁶ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 57.

²⁷ In sede teorica come in sede giudiziaria, si valuta la tenuta argomentativa.

²⁸ Sulla funzione del connettere, il modello tracciato da Quintilianus, *Institutio oratoria* 5, 10, 11: ...

La teoria dell'argomentazione studia le forme della persuasività, mette in condizione di misurare i procedimenti secondo criteri di ragionevolezza; intendendo la ragionevolezza come attitudine a suscitare consenso²⁹.

Cercherò, nelle pagine che seguono, di utilizzare questa teoria, con i suoi schemi euristici, poiché essa offre una rappresentazione realistica: “rifiuta – come ha scritto Norberto Bobbio – le antitesi troppo nette; mostra che tra la verità assoluta e la non verità c'è posto per le verità da sottoporsi a continua revisione, mercé la tecnica dell'addurre ragioni pro e contro”³⁰. In realtà, i discorsi dei giuristi e dei giudici appaiono continuamente permeati da questa ricerca di ragioni condivisibili e così vanno descritti³¹.

argumentum est ratio probationem praestans qua colligitur aliud per aliud, et quae quod est dubium per id quod dubium non est confirmat ...

²⁹ Cfr. C. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris 1976, trad. it., *Logica giuridica nuova retorica*, a cura di G. Crifò (presentazione di A. Giuliani), Milano 1979, p. 11, sulla visione del diritto come fonte di soluzioni socialmente accettabili: concetto aperto e storicamente condizionato, che implica una discrezionalità dell'interprete, capace di giustificarsi; cfr. p. 205 ss., sulla ricerca di soluzioni ermeneutiche eque, accettabili e conciliabili con il diritto in vigore. Vedi anche T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953, trad. it. a cura di G. Crifò, *Topica e giurisprudenza*, Milano 1962 (un libro che ha avuto rilievo negli studi giuridici), spec. p. 6: “La topica è una tecnica del pensare per problemi, tecnica che si è sviluppata dalla retorica. Essa dispiega una struttura spirituale che fin nei particolari la differenzia nettamente da una struttura deduttivo-sistematica. La topica è rintracciabile nello *ius civile*, nel *mos italicus* così come nella civilistica contemporanea e presumibilmente anche altrove ...”. Sul diritto romano, p. 49 ss., sottolinea in particolare la “coerenza problematica” nei giuristi, alternativa al pensare sistematico (cfr. L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, corso 1967-68, in *Scritti*, Milano 1975, 165 ss., ora ristampato con prefazione di M. Campolunghi e S.A. Fusco, Torino 2007). A proposito del *mos italicus*, Viehweg (p. 67 ss.) si riferisce alla corrente dei Commentatori, che fra il XIII e il XIV secolo elaborano una scienza giuridica lavorando sui materiali del *Corpus iuris civilis* giustiniano, ancora fortemente condizionati dalla casistica, senza seguire l'ordine della compilazione ed utilizzando schemi tratti dal pensiero retorico: sullo sfondo, la lettura di Aristotele e di Tommaso d'Aquino. Riguardo alla civilistica contemporanea, p. 111 ss. In ogni discussione giuridica si ritrova la categoria dell'interesse e ad essa si applicano i *topoi*. A monte del lavoro scientifico o interpretativo, “si tratta semplicemente della questione di ciò che sia, qui ed ora, giusto. Comunque si possa anche voltar la cosa, essa non è eliminabile dalla giurisprudenza. Se non ci fosse affatto codesta eterna domanda circa la giusta composizione degli interessi in gioco e circa ciò che è umanamente giusto, mancherebbe la necessità di una giurisprudenza in senso proprio. Codesta domanda è perciò il problema fondamentale irrefutabile e sempre nuovamente risorgente della nostra disciplina. Come domanda, essa domina e regge l'intera disciplina”. Il passo di Viehweg che ho ora citato offre una via per ricondurre all'idea di ciò che è giusto, nei diversi contesti (idea mutevole, discussa e attraversata da conflitti), la storicità delle argomentazioni. Il termine “giustificare”, che ho segnalato come parola chiave, descrive proprio gli argomenti coi quali si risponde alla domanda su che cosa sia giusto.

³⁰ N. BOBBIO, *Prefazione a C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, Trattato dell'argomentazione*, cit., p. XI ss., spec. p. XIX.

³¹ Vedi A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 54 s., sulla idea che “il senso si stabilisce, non si scopre, scegliendo come corretto, tra quelli semanticamente possibili, quello meglio giustificato”. Cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 98 ss., i quali sostengono, sulle orme di Paul Ricoeur, un stringente nesso genetico tra interpretare ed argomentare. Sull'obiettivo del consenso, vedi A. JACONA, *L'argomentazione*, Torino 2005, pp. 43 ss., 109 ss.

Sono d'altra parte convinto che studiare i procedimenti ermeneutici dal punto di vista delle argomentazioni, del confronto tra di esse ed in rapporto agli esiti conseguiti, sia la via migliore per storicizzare i valori e le scelte che di volta in volta guidano gli interpreti.

2. Le argomentazioni.

Le argomentazioni connettive che l'interprete adopera presentano due caratteristiche contestuali.

La prima consiste nell'attribuire significato secondo un criterio riconosciuto, che può avere precedenti e comunque – anche quando innova – ha una base di consenso nell'ambiente giuridico ove il procedimento si compie. La decifrazione logico-linguistica del testo, la non estensione del senso (*ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit*) e l'estensione derivante da vaghezza del testo, la presunzione di un'intenzione o di una finalità, il riempimento di lacune, oppure nei contratti, la ricerca – in base alla rilevazione di dati empirici – di quanto voluto dalle parti, costituiscono alcuni efficienti e sperimentati motivi di giustificazione³².

Gli elenchi in questo campo sono frequenti e comprendono una serie ampia di procedimenti. Ricordo che nel *Traité de l'argumentation* di Perelman e Olbrechts-Tyteca, la mappa degli schemi di persuasione occupa lo spazio maggiore³³. Essi sono divisi in due classi, l'una fondata sulla tecnica dell'associazione, l'altra su quella della dissociazione. La dicotomia dà luogo a costruzioni volte ad unire o a distinguere. Dalla parte dell'associazione si collocano ad esempio il richiamo ai precedenti, l'uso dell'analogia, la scelta di senso in base al contesto. Da quella della dissociazione, il gioco concettuale apparenza-realtà o quello letteralità-intenzione. Di volta in volta si fa leva sull'uno o sull'altro elemento.

Inoltre, sul terreno specifico della teoria giuridica si può rammentare il censimento proposto da Giovanni Tarello degli argomenti interpretativi per "l'attribuzione di significato a documenti che esprimono norme regolatrici della vita sociale"³⁴. L'esame è più analitico. Comprende:

"I. L'argomento *a contrario*; II. L'argomento *a simili ad simile*; III. L'argomento *a fortiori*; IV. L'argomento della completezza della disciplina giuridica; V. L'argomento della coe-

³² Vedi R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 267 ss.

³³ *Trattato dell'argomentazione*, cit., p. 197 ss.

³⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 341 ss.

renza della disciplina giuridica; VI. L'argomento psicologico; VII. L'argomento storico; VIII. L'argomento apagogico; IX. L'argomento teleologico; X. L'argomento economico; XI. L'argomento autoritativo; XII. L'argomento sistematico; XIII. L'argomento naturalistico; XIV. L'argomento equitativo; XV. L'argomento a partire dai principi generali”.

Secondo l'autore, gli argomenti possono esercitare un'influenza, accreditare il risultato interpretativo, generare consenso, in quanto aderiscano ad abitudini interpretative accolte o ne fondino altre, tali da rendere non criticabile il significato a cui si perviene. Osservo, in proposito, che la continuità talvolta affermata può coprire distinzioni prima non considerate e nuove valutazioni, quando si “ricaratterizza” un concetto diversamente dal passato.

Di tutti gli argomenti citati è possibile tracciare la storia³⁵. Bastano alcuni esempi. L'argomento psicologico (o ricorso alla volontà del legislatore concreto) è espresso compiutamente dai teorici dell'assolutismo dei secoli XVII e XVIII. L'argomento storico (o presunzione di continuità dell'ordinamento) corrisponde all'esigenza di considerare costante, attraverso il mutare delle istituzioni, la disciplina del diritto civile. Idea propria dell'età contemporanea, affermata attraverso la figura del codice o quella del sistema. L'argomento apagogico (o *reductio ad absurdum*) è caratteristico di un atteggiamento dottrinale volto a razionalizzare le discipline giuridiche (ve ne sono applicazioni antiche ed odierne), presupponendo che l'arbitrio non possa essere incluso nelle norme e nel loro attuarsi³⁶.

Bisogna tener presente che il censimento di Tarello comprende anche schemi fissati da disposizioni di legge. Cito anzitutto, ad esempio, il nesso tra argomento *a contrario* (che esclude la formulazione per implicazione o analogia di una norma diversa da quella espressa) e interpretazione letterale, posta in primo piano nell'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile; o l'argomento a partire dai “principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”, che lo stesso articolo recepisce.

Le esperienze di regolamentazione più o meno cogente fanno parte della

³⁵ È un profilo sul quale insiste Tarello. Si vedono qui i segni dei suoi interessi giusrealistici e dell'attenzione alla storicità dei concetti giuridici, che viene probabilmente dall'insegnamento di Riccardo Ostano, di cui Tarello era stato allievo nella facoltà giuridica genovese.

³⁶ Osservo, in questo quadro, che le stesse “categorie civilistiche dell'interpretazione”, di cui parla Betti, si risolvono in argomentazioni, alcune delle quali nate proprio entro la storia dell'ermeneutica contrattuale. Nonostante la portata ontologica che l'autore vuole attribuire a questi schemi, in realtà essi funzionano come modelli di giustificazione, raccontati in forma suggestiva e con richiami filosofici (d'impronta antirazionalistica) volti a sostenere l'oggettività dei procedimenti. Vedi al riguardo E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 85, 1948, p. 34 ss., ora ripubblicato, nella nuova serie della stessa rivista, 5, 2014, con una nota introduttiva di N. Irti, pp. 3 ss. e 11 ss. Tornerò su questo testo, da cui si avvia la teoria generale bettiana e che riproduce la prolusione al corso di Diritto civile a Roma, pronunciata il 15 maggio 1948.

storia delle tecniche interpretative; ricalcano l'uno o l'altro canone della scienza. Lo vedremo nell'ermeneutica dei contratti, ove emergono procedimenti peculiari, legati alla concretezza delle vicende giuridiche su cui interviene l'interpretazione. Essi riguardano ad esempio il senso da dare alla volontà, la non vanificazione del contratto, i modi della sua integrazione. Da questi procedimenti sono sorte nei diritti europei regole legislative piuttosto dettagliate. Naturalmente, la legge non garantisce la verità, ma indirizza l'attribuzione di significato. Si può dire che propriamente la giustifica, in quanto la fa corrispondere ad un criterio che l'ordinamento ha fatto suo e considerato giusto.

Sull'assunzione di criteri che hanno radice in prescrizioni o principi dell'ordinamento, possono esservi (e vi sono, com'è anche attualmente constatabile) punti di vista ed interpretazioni divergenti. Talvolta fortemente divergenti. Nell'ultima parte del libro vedremo esempi che mostrano questo genere di pluralismo. Tra l'altro, citerò argomentazioni e decisioni in base a principi costituzionali, che sono – nell'esperienza italiana contemporanea – conflittuali rispetto al dominio del mercato. Anche riguardo ad esse vale il confronto, il controllo sulla ragionevolezza e la persuasività dei procedimenti. Ciò che si considera giusto può affermarsi solo nella dialettica della comunicazione e del confronto tra ipotesi persuasive, da svolgere in termini quanto più possibile rigorosi (entro il lavoro teorico, entro la giurisprudenza) ³⁷.

* * *

La seconda caratteristica delle argomentazioni connettive è nel fatto che il loro impiego dipenda da una scelta: che ad intervenire concretamente in ciascuna operazione siano le giustificazioni ritenute maggiormente plausibili. La plausibilità è un dato empirico, che si valuta di volta in volta. Dipende dal rapporto che si stabilisce tra argomentazione e valutazione del caso concreto e a mio parere prescinde dalla predeterminazione di una gerarchia dei canoni interpretativi che introduca un percorso obbligato per l'interprete ³⁸.

Del resto, su quale base si può pensare una scala univoca di plausibilità dei significati? Forse sulla base della maggiore o minore distanza dalla lettera dell'enunciato? Questo è il criterio che molti seguono. Ma l'isolamento della lettera come autosufficiente non può considerarsi plausibile, poiché è esposto in ogni momento ad una possibile smentita, proveniente dall'esame di

³⁷ Parliamo di rigore e correttezza logica del ben argomentare: accanto all'osservanza del vincolo deontologico che è costitutivo dell'interpretazione, occorre coerenza delle formulazioni, esposizione stringente, impegno a rimuovere gli elementi di fallacia.

³⁸ In senso favorevole a questa predeterminazione mi pare orientato M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit. p. 439.