

TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO
RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

QUADERNI

3

A12

370

TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO

RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

QUADERNI

3

ANTONELLO CIERVO

Saggio sull'interpretazione adeguatrice



Copyright © MMXI
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

isbn 978-88-548-4350-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2011

*“Indifferente è per me il punto da cui devo prendere le mosse; là,
infatti, nuovamente dovrò fare ritorno”.
Parmenide di Elea*

INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	11
-------------------------------	----

CAPITOLO 1

Il problema ermeneutico dal punto di vista giuridico

1.1. La teoria ermeneutica di Emilio Betti: l'interpretazione come «Auslegung»	25
1.2. La teoria ermeneutica di Hans-Georg Gadamer: l'interpretazione come «Sinngabung»	56
1.3. La polemica tra Betti e Gadamer: l'incapacità di andare «al di là della propria ombra»	74
1.4. Sviluppi dell'ermeneutica gadameriana ed interpretazione giuridica: il pensiero di Josef Esser	84
1.5. La «spirale ermeneutica» come punto d'incontro tra ermeneutica giuridica e movimento della «nuova retorica»	102
1.6. Riflessioni conclusive	114

CAPITOLO 2

Dall'articolo 12 delle Preleggi all'interpretazione adeguatrice. Un'analisi del dibattito dottrinario italiano

2.1. Premessa metodologica	117
2.2. I precedenti storici dell'articolo 12 delle Preleggi ed il ruolo «costituzionale» dei titoli preliminari nell'esperienza codicistica italiana	119
2.3. La fedeltà alle Preleggi nella dottrina italiana del secondo dopoguerra	129
2.4. Il problema dell'interpretazione in Tullio Ascarelli: un nuovo approccio allo studio dell'articolo 12 delle Preleggi	136
2.5. Uno sguardo alla dottrina penalistica: la riflessione di Pietro Nuvolone e di Franco Bricola	147
2.6. La differenza tra «disposizione» e «norma»: la rivoluzione copernicana di Vezio Crisafulli	159
2.7. L'«uso alternativo del diritto» tra antiformalismo e derive ideologiche	166
2.8. Ideologie e tecniche per la riforma del Diritto civile: la riflessione metodologica di Stefano Rodotà	175
2.9. L'articolo 12 delle Preleggi all'interno della legalità costituzionale: la tesi del «Diritto civile costituzionale»	182
2.10. L'interpretazione adeguatrice della legge ordinaria. Prospettive e problemi della ricerca	188

CAPITOLO 3

Concretezza del giudizio di costituzionalità in via incidentale e rilevanza del "diritto vivente"

3.1. Il ruolo ermeneutico della Corte costituzionale: profili generali	197
3.2. La concretezza del giudizio di costituzionalità in via incidentale dal punto di vista ermeneutico	205
3.3. I contrasti ermeneutici tra Giudice delle leggi e Giudice della nomofilachia: la c. d. "Guerra delle Corti"	217
3.4. La dottrina del "diritto vivente" come superamento della "Guerra delle Corti"	229
3.5. Sintesi delle conclusioni a cui si è giunti nel corso di questo capitolo	264

CAPITOLO 4

La teoria dell'interpretazione adeguatrice tra Corte costituzionale e giudici a quibus

4.1. La dottrina dell'interpretazione adeguatrice. Profili generali	269
4.2. L'interpretazione adeguatrice come «Sinnggebung»	278
4.3. Interpretazione adeguatrice, non manifesta infondatezza e rilevanza della questione di legittimità costituzionale	287
4.4. Compatibilità degli elementi di diffusione e di accentramento nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, alla luce del criterio dell'interpretazione adeguatrice	294
4.5. La legge 40 del 2004: un caso esemplare di diffusione del giudizio di costituzionalità	302
4.6. Interpretazione adeguatrice ed accentramento del giudizio di costituzionalità: la giurisprudenza costituzionale in tema di immigrazione	313
4.7. A metà tra gli estremi: la Corte costituzionale e la riforma dell'istituto della recidiva	326
4.8. L'interpretazione adeguatrice come «criterio ermeneutico paradigmatico»	335

CAPITOLO 5

L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno ed ordinamenti sovranazionali

5.1. Inquadramento generale della problematica	341
5.2. Interpretazione adeguatrice e Diritto comunitario: profili dottrinali e giurisprudenziali	345
5.3. L'ordinanza n. 103/2008 della Consulta: continuità o frattura nella giurisprudenza costituzionale?	370
5.4. Sintesi delle conclusioni a cui si è giunti	379
5.5. Interpretazione adeguatrice e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili dottrinali e giurisprudenziali	382
5.6. Il seguito delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 nella giurisprudenza ordinaria	411
5.7. Sintesi delle conclusioni a cui si è giunti	424

Indice

<i>Conclusioni</i>	427
<i>Bibliografia</i>	439

INTRODUZIONE

Ci sono momenti nella vita nei quali
diventa assolutamente necessario
sapere se è possibile pensare
in modo diverso da come si pensa,
percepire in modo diverso da come si vede,
... perché senza questa distanza
non sarebbe più possibile vedere e riflettere oltre.
Senza questa curiosità, la ricerca non è altro che
una legittimazione di ciò che già si sa.
... Soltanto così si può osare scoprire
fino a che punto sarebbe stato possibile
pensare e percepire in modo diverso
M. Foucault

1. Nonostante il prevalere, nel corso del XX secolo, delle metodologie scientifico — naturalistiche nel campo delle Scienze sociali, cioè dell'applicazione alle Scienze dello Spirito dei metodi validi essenzialmente per lo studio dei fenomeni fisici e biologici, risulta di grande importanza il ruolo che, ancora oggi, svolge l'ermeneutica nella ricostruzione dei c.d. "linguaggi tramandati" ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si veda E. PARESCHE, *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano, 1975, p. 199, dove l'autore così scrive: «L'accezione del termine [ermeneutica], che qui ci interessa, pur recando in sé il peso di [una] polivalenza semantica, oggi sta ad indicare una metodologia diretta a prendere possesso di "contenuti di significato tramandati", il che la differenzia profondamente dalla metodologia dei linguaggi formalizzati quali sono le proposizioni matematiche, le logiche simboliche e, in genere, le teorie scientifiche».

Cfr. anche H.G. GADAMER, *Verità nelle scienze umane*, in ID., *Verità e metodo* 2, Milano, 1996, p. 52–53: «Ascoltare la tradizione e situarsi nella tradizione è la via della verità che dobbiamo imboccare nelle scienze dello spirito. Anche ogni critica della tradizione, a cui perveniamo come storici, serve alla fine allo scopo di agganciarci alla tradizione in cui stiamo. [...] Quel che conosciamo storicamente è ciò che in fondo noi stessi siamo. La conoscenza delle scienze umane ha sempre a che fare con la conoscenza di sé. [...] Così nelle scienze umane bisogna non soltanto udire di nuovo noi stessi, così come ci conosciamo, dalla tradizione storica, ma anche qualcosa d'altro: bisogna ricevere un urto da essa, che ci aiuta ad andare oltre di noi».

Se infatti le scienze esatte basano la loro conoscenza su tipologie linguistiche sempre più tecniche e convenzionali, il diritto invece non può assoggettarsi al metodo delle Scienze matematiche poiché, mentre queste ultime cercano di definire delle regole possibilmente inderogabili per descrivere fenomeni naturalistici, la nostra Scienza si interessa di regolare, per quanto è possibile, i rapporti umani che sono sempre mutevoli e che variano continuamente, con il passare del tempo ⁽²⁾.

Pur non volendo ridurre il diritto ad un mero insieme di norme scritte e positivamente vigenti ordinate a sistema, sta di fatto che le leggi permangono nel tempo e, con il trascorrere di esso, muta anche il loro significato.

Il giurista, pertanto, necessita di una metodologia scientifica che abbia come obiettivo quello di avere maggiore cognizione dei “contenuti di significato tramandati” e del loro divenire ⁽³⁾, anche al fine di distaccarsi da un approccio di tipo logico — formale che, assai spesso, non tiene conto dell'esperienza giuridica ⁽⁴⁾ e che

⁽²⁾ Così ancora E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, p. 154. Si veda anche A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1994, p. 1–2.

Secondo M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 171–172 «[...] il riferimento alla matematica ha avuto il merito di sostenere il programma moderno di emancipazione del diritto dalla tradizione e dalla rivelazione [...], assicurando alla scienza giuridica una fondazione solida (l'universalità della ragione e il metodo rigoroso della matematica). Tuttavia, proprio l'estensione al diritto del metodo matematico recide il legame che univa tradizionalmente la giurisprudenza alla *philosophia practica*, distinta dalla *philosophia theoretica* e dalle *artes*, e pone le premesse per un sapere non più in grado di orientare l'agire giuridico».

Sul punto si rinvia anche a V. OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neo-costituzionalismo*, Napoli, 2003, p. 32 ss.

⁽³⁾ E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, *op. ult. cit., ibidem*. Si veda anche H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 2000, in particolare la parte terza (*Dall'ermeneutica all'ontologia: il filo conduttore del linguaggio*), capitolo primo (*Il linguaggio come mezzo dell'esperienza ermeneutica*), p. 783 ss.

Si veda infine L. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1977, p. 4, dove l'autore così scrive: «Forse meglio di ogni altro indirizzo oggi dominante nella filosofia e nella teoria generale del diritto, l'ermeneutica consente di porre al centro della riflessione il ruolo del giudice, sottolineando la necessaria creatività del caso concreto e respingendo ogni ipotesi di deducibilità logica della decisione dal sistema legislativo».

⁽⁴⁾ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 32 ss., ma si veda anche, dello stesso autore, *ID.*, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932, p. 19 ss.; cfr. inoltre E. OPOCHER, voce *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Milano, 1966, in particolare p. 744, dove l'autorevole filosofo così scrive: «La nozione di esperienza giuridica appare, dunque, dal punto di vista della sua genesi

tende a sopprimere, se non ad ignorare del tutto, la storicità del diritto.

Lo studio delle Scienze umane — e quindi anche del diritto — è fondato sull'idea del "probabile", ha una finalità pratica e necessita di strumenti idonei a determinare il loro livello di persuasione ⁽⁵⁾ perché, come insegnava Protagora ⁽⁶⁾, i discorsi intorno ai fatti degli uomini sono sempre opinabili.

In effetti, la dogmatica può far comodo al giurista nella misura in cui essa neutralizza tutte le tensioni problematiche interne al diritto, creando così una realtà concettuale ipostatizzata rispetto alla concreta esperienza giuridica. Viceversa, nel momento in cui la dogmatica viene inquadrata in una prospettiva dinamica che, per l'appunto, è propria dell'esperienza giuridica, anche quell'unità sistemica che si sforza di teorizzare un ordinamento razionale e compiuto, soltanto in apparenza statico ed a-prioristico, inizia a scricchiolare e l'edificio dogmatico mostra così le prime crepe ⁽⁷⁾.

come una nozione puramente problematica verso la quale convergono tanto sul piano speculativo quanto sul piano giuridico, una serie di prospettive legate tra loro solo dalla comune esigenza di cogliere il fenomeno giuridico nel suo *concreto movimento*».

Si veda anche T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, a cura di G. Crifò, Milano, 1962, in particolare il capitolo VII, intitolato "Topica ed Assiomatica", dove l'autore afferma che la Scienza del diritto tende ad eliminare la topica a favore del sistema, che invece è sempre il risultato dell'uso di un metodo assiomatico. Sul punto si veda, infine, A. GIULIANI, *Presentazione* a C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1979, p. VI: «Il ragionamento *more iuridico* — in quanto mira ad una soluzione giusta, ragionevole, persuasiva — sottintende le operazioni sociali della mente umana che sono legate alla comunicazione intersoggettiva, e ad una divisione della conoscenza a vari livelli: nella deliberazione legislativa come nella decisione giudiziaria. L'oggetto dell'indagine (il diritto) è destinato a riflettersi sulle tecniche della logica: un sistema giuridico non si presenta in modo formale e impersonale come un sistema assiomatico, in quanto implica non soltanto la motivazione ma altresì la responsabilità della decisione».

⁽⁵⁾ Si veda ancora E. PARESCHE, *Interpretazione*, *op. cit.*, p. 155. Sul punto si rinvia a C. PERELMAN, *Logica giuridica, nuova retorica*, *op. cit.*, p. 260: «Di fatto la logica giudiziaria [...] è interamente incentrata non sull'idea di verità ma su quella di adesione. Con la propria arringa l'avvocato cerca di ottenere l'adesione del giudice e può ottenerla solo mostrando che tale adesione è giustificata perché sarà approvata sia dai tribunali sia dalla opinione pubblica. Per raggiungere il suo scopo, l'avvocato non procederà da verità iniziali (assiomi) verso verità dimostrate (teoremi), bensì partirà da accordi preventivi per giungere a ottenere il consenso».

⁽⁶⁾ Si rinvia su questo punto, per approfondimenti, a F. CERRONE, *Genealogia della cittadinanza. I Greci. Dalla civiltà palaziale ai sofisti*, Roma, 2004, p. 248 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. E. PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 704. Per un inquadramento generale del problema, si veda anche L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, *passim*, ma in particolare p. 25–65.

Questa contraddizione risulta ancora più evidente negli approcci di tipo normativistico: la legge positiva, infatti, si nutre proprio di quel linguaggio tramandato di cui abbiamo appena detto, un linguaggio che può essere inteso soltanto nella misura in cui viene rivissuto come acquisizione culturale dall'interprete, il quale lo utilizza a fini conoscitivi e pratici, fini questi che devono essere entrambi rapportati alle esigenze concrete del vivere presente.

Nessun testo normativo parla da solo, c'è sempre bisogno di qualcuno che lo interroghi, c'è sempre bisogno di un interprete.

A questo punto si può dire, senza timore di essere smentiti, che l'interpretazione del testo legislativo è sempre necessaria ed essa implica una sempre nuova formulazione della/e norma/e da esso desumibile/i⁽⁸⁾. In effetti, l'attività dell'interprete crea una frattura tra l'idea di una Scienza del diritto tutta improntata sull'esegesi e sulla dogmatica giuridica e la prospettiva dinamica, oltre che storica, delle evoluzioni di una specifica esperienza giuridica⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Così scriveva, in un saggio-lettera al suo maestro Francesco Carnelutti, T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (con risposta di F. Carnelutti)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 15: «Perciò l'interpretazione — sempre necessaria — non si pone come specchio rispetto al dato, ma come sempre nuova formulazione di norma in continuità col dato, e così permette l'applicazione [...] di una norma. [...] La norma così è sempre e solo quella interpretativamente formulata e in funzione di una sua applicazione e in realtà non esiste se non nella sua applicazione, compiuta la quale la formulazione data passa ad essere testo, punto di partenza per nuove formulazioni, e per nuove posizioni di norme».

Ma su questo punto vedi già T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione (con nota di F. Carnelutti)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 351 ss. Secondo P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico. (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 453: «Ascarelli si è, da sempre, rifiutato di immiserire il diritto in un testo, in una regola scritta da venerare come un prodotto sacro; ha, da sempre, voluto guardare al di là della regola scritta, al suo ambiente, alla rete di relazioni entro cui si collocava; ha, da sempre, ricusato [...] la facile scelta di mettersi all'ombra quieta del diritto italiano vigente».

Per un inquadramento generale della teoria ermeneutica ascarelliana, si veda M. REALE, *La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1993, p. 231 ss.; F. CASA, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli, 1999, *passim*; M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, 1989, *passim*. Si rinvia sin da ora *infra*, al capitolo II, paragrafo 4, per un approfondimento del pensiero di questo autore per quanto riguarda il problema dell'interpretazione giuridica.

⁽⁹⁾ Sul punto, faccio mie le profonde riflessioni di A. DE NITTO, *A margine di una lettera a Capogrossi*, in Aa.Vv., *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, II, Roma, 2010, p. 232: «Le conoscenze che chiamiamo tecniche, in altri termini, necessarie o indispensabili per individuare, qualificare, esprimere, elaborare, organizzare, sulla base dell'esperienza, dati, per l'appunto, di esperienza — che diversamente penseremmo condannati a restare indistinti nel magma

La dogmatica, infatti, non riesce da sola a cogliere il momento pratico e dinamico dell'interpretazione, mentre a sua volta la prospettiva storica non riesce a giustificare il perché la dogmatica riesca ad imbrigliare, nella sua continuità gnoseologica, l'intera Scienza del diritto⁽¹⁰⁾. Del resto non si può neppure ridurre questa contrapposizione a quella tra un momento conoscitivo ed un momento pratico, una contrapposizione in cui l'interpretazione svolgerebbe un semplice compito di cerniera.

Una simile ricostruzione del compito ermeneutico dell'interprete nella Scienza giuridica, del resto, non coglierebbe il fatto che «[...] il momento pratico si ritrova già nella stessa posizione della norma, opera dell'interprete»⁽¹¹⁾. In quest'ottica pertanto, ad avviso di chi scrive, la dogmatica risulterebbe comunque subordinata al momento interpretativo e si ritroverebbe costretta a storicizzare — e quindi a relativizzare —, il proprio strumentario concettuale.

Per questo motivo, ritengo di poter affermare che, se considerata in questa particolare prospettiva, la dogmatica giuridica può al massimo aspirare ad assumere la funzione di *vettore*, cioè «[...] di strumento per l'intelligenza dei testi, traduzione [...] di quelle più generali concezioni in funzione delle quali l'interprete pone le norme e sulle quali in realtà vertono le nostre dispute»⁽¹²⁾.

degli eventi — potranno anche risultare sofisticate o, via via, più sofisticate, come nel corso di un continuo e inesausto affinamento. Ma esse sembrano comunque destinate a costituire, in senso proprio, piuttosto “strumenti” che non “oggetti” di conoscenza, se la distinzione può avere, anche provvisoriamente, qualche senso. E, in quanto strumenti, destinate a rinviare alle cose dell'esperienza con le quali consentono, per così dire, di venire in contatto nonché alle persone che, in base alle proprie capacità, attraverso di essi, stabiliscono il contatto.

Con questo, alcuni potrebbero temere di perdere, o di aver perduto, o indebolito, il proprio ruolo, vedendo dissolvere la specificità anche della materia: come se i giuristi non potessero essere esperti altro che di regole.

Altri potrebbero, al contrario, sentirsi come liberati da un giogo, e reimmessi in uno spazio relativamente più “libero”: nel quale i giuristi, esperti di controversie, siano abili nel trovare criteri utili per risolverle, non solo discipline legali per regolarle. Attingendo a molte risorse, a uno sterminato patrimonio di razionalità e di eticità collettiva, cercherebbero soluzioni adeguate e compatibili, non solo legittime e corrette: continuerebbero a esercitare un'antica arte, una virtù, capaci nel ponderare più che nel decidere, nel persuadere più che nel comandare.

Potrebbe capitare — seguendo nell'enfasi — di arrivare in anticipo: i più, probabilmente, non comprenderebbero. O in ritardo: i più non accetterebbero. Ma potrebbe anche capitare di riuscire a trovare il momento “giusto”. In ogni caso, rischiando; qualche volta, anche lottando».

⁽¹⁰⁾ Cfr. T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione, op. cit.*, p. 17.

⁽¹¹⁾ T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione, op. cit.*, p. 19.

⁽¹²⁾ T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione, op. cit.*, p. 21. Secondo P. GROSSI

L'interpretazione allora deve essere concepita sia come un momento di raffreddamento delle aspirazioni della dogmatica, sia come un momento di critica del sistema gnoseologico, statico e totalizzante che dalla dogmatica stessa scaturisce. È evidente, quindi, che nella prospettiva da me accolta — e che proverò a sviluppare nel corso delle prossime pagine —, l'interpretazione giuridica tende a mettere in crisi i presupposti basilari del positivismo normativistico, così come formulati da Herbert L.A. Hart, in un famoso saggio pubblicato sulla *Harvard Law Review* ⁽¹³⁾.

Tali presupposti sono, secondo lo studioso inglese, i seguenti:

- a) l'analisi delle leggi per quello che stabiliscono e non per quello che dovrebbero stabilire;
- b) la separazione dei giudizi di fatto dai giudizi di valore;
- c) la separazione dello studio del testo legislativo dalla sua genesi storica e dal contesto sociologico in cui il testo vige;

Nobiltà del diritto, op. cit., p. 485: «L'interpretazione non è, come nel diritto borghese codificato, al di fuori della formazione del diritto, appendice esterna e cagione della sua instabilità; è, al contrario, elemento interno, l'unico che garantisce il diritto nella sua storicità, l'unico che costituisce la condizione di socializzazione del testo. [...] La legge non interpretata è muta perché incapace di farsi intendere da sola ed è un'astrazione inutile perché incapace, da sola, di tradursi in regola».

Sul punto, si vedano anche le affermazioni di G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, in particolare p. 33, dove l'autore così scrive: «L'interpretazione nella sua forma più alta è la riproduzione e il dispiegamento della legge nello spirito dell'interprete, che la rivive per comprenderla: dispiegamento che è comprensione, poiché viene assunto a contenuto di un giudizio sulla stessa legge. Nel momento del dispiegamento della legge nel nostro spirito, la interpretazione si presenta come la stessa attività legislativa. Essa pertanto non è una fredda logica, per cui, assunta la norma (e non l'atto normativo) come un *quid* reale, presentata la legge come $A=B$, si conclude che, poiché $B=C$, $A=C$ ».

Ancora, si veda, p. 40: «La scienza del diritto deve pertanto considerarsi più modestamente come costruttrice di concetti contenutistici nel vasto mondo dell'esperienza giuridica: concetti costruiti al fine di poter studiare (o, secondo alcuni, ordinare) concettualmente, cioè tipicamente, i singoli atti concreti o contenuti concreti di questa esperienza [...], altrettanto conscia però che ogni nuova apparizione storica può richiedere una revisione del sistema concettuale a cominciare magari dagli stessi concetti fondamentali».

⁽¹³⁾ Cfr. H.L.A. HART, *Positivism and the separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, p. 57–58, tr. it. in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. FROSINI, Milano, 1964, p. 107 ss., specialmente p. 119. Tra gli autori che hanno sottolineato la fondamentale importanza di questo articolo, cfr. per tutti M.A. CATTANEO, voce *Positivismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, p. 315 ss. Per una critica all'impostazione di Hart, si veda, recentemente, il bel saggio di A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in Aa.Vv, *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, in particolare p. 205–206.

- d) il diritto come un sistema chiuso fatto di imperativi a cui si deve, in ogni caso, obbedienza;
- e) il sistema normativo come sistema chiuso e completo, risultato di pure deduzioni logiche formali.

Al contrario, la prospettiva teorica da cui si intende partire per svolgere la nostra analisi, non solo tende a negare la validità di questi cinque presupposti — cardine della Scienza giuridica normativistica, ma lega la critica di questi principi all'utilizzo dello strumento ermeneutico sia in funzione anti-positiva, sia in funzione anti-dogmatica e questo perché, come ha recentemente ribadito un autorevole studioso: «[...] il formalismo giuspositivista deriva da una duplice riduzione: la prima isola dal complessivo fenomeno giuridico la norma; la seconda astrae da quest'ultima l'aspetto formale e su di esso "costruisce" l'edificio "scientifico"»⁽¹⁴⁾.

L'interpretazione giuridica, così come verrà intesa nel corso delle prossime pagine, deve essere considerata come uno strumento nelle mani del giurista al fine di storicizzare, oltre che limitare, le pretese teoriche e gnoseologiche del dogmatismo⁽¹⁵⁾.

Pertanto, ancor prima di analizzare come la stessa norma positiva cerchi di imbrigliare questo strumento che potrebbe portare all'"eversione" dei testi scritti, sembra assolutamente necessario

⁽¹⁴⁾ Così A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo*, op. cit., p. 206. Come osserva lucidamente V. OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione*, op. cit., p. 26: «Tra queste cinque tesi [quelle di Hart] non c'è legame necessario, né esiste alcun positivista disposto a sottoscriverle tutte. Oggi, peraltro, a quasi cinquant'anni dal saggio hartiano, la nozione di giuspositivismo si è ancor più complicata fino a contenere posizioni e atteggiamenti assai diversi e difficilmente componibili in una definizione, che solo gli "antipositivisti" riescono a formulare, per costruirsi un bersaglio più comodo. Alcune delle tesi ora esposte [infatti] risultano antiquate e completamente assenti dal dibattito contemporaneo».

Si rinvia, in generale, per un approccio critico alle concezioni interpretative normativistiche alle riflessioni di A. DONATI, *Giusnaturalismo e giuspositivismo nella interpretazione della norma giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2004, p. 299 ss. e di V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 11 ss.

⁽¹⁵⁾ Come è stato giustamente osservato da F. POLITI, *Interpretazione giudiziale e (in)certeza del diritto*, in Aa.Vv., *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, IV, Roma, 2010, p. 94, l'indagine sull'interpretazione giuridica implica almeno tre profili che si sviluppano intrecciandosi tra di loro: «a) il significato dell'interpretazione: questo profilo conduce a riflettere sulle diverse dottrine ermeneutiche, in un campo dove il costituzionalista si incontra con il filosofo del diritto; b) il secondo profilo attiene, più in generale, al ruolo (e dunque alla strutturazione) del potere giudiziario all'interno della forma di governo; [...] c) il terzo profilo attiene in particolare al ruolo e alle funzioni del giudice costituzionale».

svolgere un attento studio preliminare del pensiero di quegli autori che hanno teorizzato particolari metodi di ermeneutica giuridica in funzione anti-dogmatica.

Soltanto dopo aver riflettuto sulle elaborazioni dottrinali del problema ermeneutico, infatti, si potrà definire un quadro di lavoro, finalizzato a criticare e a de-costruire ogni riduzione del processo interpretativo a mero schema legale. Le pagine che seguono, pertanto, saranno dedicate alla definizione di questo quadro che verrà poi utilizzato, alla prova dei fatti, per analizzare i metodi ermeneutici desumibili dallo studio della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

2. Nell'affrontare un problema così complesso e così gravido di implicazioni filosofiche, come è appunto quello dell'interpretazione giuridica, ritengo che sia necessario sgomberare il campo dell'indagine, in via preliminare, da una serie di prospettive teoriche che potrebbero portare a dei fraintendimenti.

Per lungo tempo, infatti, la Scienza giuridica italiana ha dovuto confrontarsi con una serie di questioni che hanno fortemente messo in discussione la propria autonomia ed il proprio *status* teoretico. In particolare, la Scienza giuridica è stata considerata per molti decenni, soprattutto nel dibattito giusfilosofico del nostro paese, come una semplice Scienza "naturalistica", avente un valore essenzialmente "pratico", un termine questo che veniva considerato come sinonimo di utile, secondo un'impostazione⁽¹⁶⁾ che vedeva nell' "attività" giuridica — e non nella Scienza giuridica — un momento particolare ma recessivo rispetto alla volizione economica individuale⁽¹⁷⁾.

I concetti giuridici sono stati considerati, in questa prospettiva, semplici *pseudo-concetti*, schemi necessariamente astratti, privi di universalità, costruiti mediante un processo di generalizzazione

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è al famoso saggio di B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, in *Atti dell'Accademia Pontiniana*, vol. XXXVII, Napoli, 1907, p. 9 ss.

⁽¹⁷⁾ Così si esprime, sul punto, A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974, p. 105: «[...] l'attività economica non è altro che l'attività pratica, presa semplicemente come tale, prescindendo cioè dalla determinazione di essa come morale o immorale. È il fare dell'uomo il quale, come individuo, vuole, e non può non volere, l'individuale; ed è quindi la forma prima — e comprensiva di ogni altra forma ulteriore e più determinata — in cui si presenta l'attività pratica. Ogni azione può essere quindi considerata o come pura azione, pura volontà; e questo è il punto di vista economico; o come azione che sia rivolta o no al fine supremo dell'uomo; e questo è il punto di vista etico. Nella prima forma domina il criterio dell'individualità [la volizione individuale crociana]; nella seconda quella dell'universalità».

dell'agire pratico dell'individuo. L'elaborazione del carattere "naturalistico" dei concetti giuridici ha significato considerarli, per lungo tempo, in maniera astorica, accogliendone soltanto il loro mero significato strumentale o "operativo", così come del resto aveva fatto il positivismo filosofico ottocentesco di matrice scienziata (18).

In questa concezione filosofica del diritto non c'era allora più spazio per i valori, sintesi *a priori* da considerarsi completamente estranei rispetto alla possibile costruzione della Scienza giuridica, poiché tanto nella sfera teoretica quanto in quella pratica il conflitto tra il bene ed il male, ovvero dell'utile contro il "disutile", sarebbero meri contrasti interni alla filosofia e all'economia.

La concezione crociana dell'esperienza giuridica, qui intesa come analisi della concreta volizione individuale, era insomma la concezione egemone fatta propria dal giuspositivismo normativo e filosofico a partire, per lo meno, dalla seconda metà del XIX secolo, una visione del diritto basata « [...] sull'indiscusso primato dei codici e della "volontà del legislatore", con conseguente rigida separazione tra i fondamentali momenti dell'esperienza giuridica: legislatore, giudice, giurista – Croce compiva anche un assai debole tentativo per differenziare gli "pseudoconcetti" giuridici da quelli delle scienze naturali» (19)

Le leggi, in quest'ottica, potevano essere considerate soltanto come dei meri imperativi, espressioni della volontà del legislatore, volizioni di una serie o classe di azioni, la cui storicità poteva essere recuperata nella misura in cui si considerava il succedersi nel tempo delle leggi vigenti, non diversamente dalla strumentalità e dall'operatività riconosciuta alle molteplici metodologie utilizzabili nell'ambito di studio delle Scienze, elaborate nel corso dei secoli (20).

In questa particolare visione della Scienza giuridica, a lungo egemone nei nostri studi filosofici, lo scopo dell'interprete del diritto consisteva nella mera ricognizione di un dato obiettivamente accertabile a partire dalla prassi, ovvero nell'esplicazione logico-formale di una premessa posta ed accettata in quanto tale, semplicemente perché espressione positivamente riconosciuta di un determinato comportamento umano, indirizzato ovviamente al raggiungimento

(18) Cfr. A. DE GENNARO, *L'ermeneutica idealistica. Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*, Napoli, 1993, p. 14–15.

(19) Così A. DE GENNARO, *L'ermeneutica idealistica*, op. cit., p. 22.

(20) Così ancora A. DE GENNARO, *L'ermeneutica idealistica*, op. cit., p. 23–24. Sul punto, per approfondimenti, si rinvia ad A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, p. 71 ss., sui rapporti tra l'idealismo giuridico crociano e la dogmatica di matrice positivista.

di uno scopo economico ben definito e garantito dall'ordinamento positivo ⁽²¹⁾.

Gli autori che verranno analizzati nel prosieguo di questo scritto, invece, hanno cercato di reagire a questa visione angusta e, sotto certi aspetti, riduttiva della Scienza giuridica, rivendicando un'apertura ed una libertà di indagine del giurista, soprattutto nel momento interpretativo, che non può certo limitarsi al mero svolgimento di una funzione dichiarativa della legge, sempre e comunque subordinata alla volontà del legislatore storico.

Ogni interprete, infatti, nel porre in essere la propria attività ermeneutica introduce un giudizio di valore sia nella qualificazione tecnica di un determinato istituto previsto dall'ordinamento positivo, sia nella scelta di uno specifico criterio ermeneutico per risolvere un particolare problema normativo ⁽²²⁾.

Non a caso, un acuto pensatore come il Caiani, nel ricordare come l'attività interpretativa occupi nell'ambito delle operazioni intellettuali dirette alla conoscenza ed all'applicazione del diritto un ruolo fondamentale e strategico, ebbe modo di scrivere quanto segue: «Accettiamo consapevolmente questa qualifica [quella cioè del diritto come "Scienza pratica"], pur rendendoci conto degli equivoci e delle ambiguità che essa può comportare, [...] ma in effetti crediamo che, nonostante tutto, essa possa essere ancora quella che permette forse meglio, o meno peggio, di ogni altra di esprimere ciò che di peculiare e veramente inconfondibile vi è nell'attività del giurista; nel suo essere cioè così strettamente legata ai bisogni dell'azione e nello stesso tempo attratta verso la teoreticità della sistemazione razionale e concettuale» ⁽²³⁾.

La riduzione naturalistica dei concetti giuridici, insomma, non consente al giurista una valutazione delle norme positive, esclude cioè la possibilità di un'analisi deontologica e sociologica del diritto vigente: in questo modo, si viene a determinare una cesura netta tra i problemi concreti dell'esperienza giuridica e la loro soluzione/sistemazione generale ed astratta, posta in essere dal legislatore storico ⁽²⁴⁾.

Un'ulteriore prospettiva teorica, insieme a quella idealistica crociana, che deve essere accantonata, se si vuole in questa sede affrontare in maniera adeguata il problema dell'interpretazione giuri-

⁽²¹⁾ Cfr. L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 143 ss.

⁽²²⁾ Ancora L. CAIANI, *I giudizi di valore*, op. cit., p. 178-179.

⁽²³⁾ Così L. CAIANI, *I giudizi di valore*, op. cit., p. 31, nota 19.

⁽²⁴⁾ Cfr. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, p. 43-44.

dica, è quella di matrice marxista. L'incapacità da parte di una certa visione ortodossa del marxismo di riuscire a concepire la Scienza giuridica se non come un semplice momento della sovra-struttura della società capitalistica borghese, riduce il diritto ad un mero strumento nelle mani di chi detiene i mezzi di produzione, al fine di fissare in maniera rigida un determinato rapporto di forza, all'interno di un particolare sistema di produzione economica.

Anche qui — eterogenesi dei fini! — la Scienza giuridica viene considerata come un momento particolare della Scienza economica, di cui rappresenta per giunta un mero strumento ideologico, utilizzato dalla classe che detiene il potere politico al fine di restringere gli spazi di libertà delle classi sfruttate e per poter legittimare così un determinato modello di produzione, quello capitalistico per l'appunto. In quest'ottica, è evidente, non può esserci spazio per alcun tipo di interpretazione giuridica in quanto, nella prospettiva di una rivoluzione futura che tenda a sovvertire il consolidato assetto dei rapporti di produzione economica esistenti, il diritto è destinato ad estinguersi con il crollo dello Stato borghese (25).

Sebbene la storia del socialismo reale abbia dimostrato come concretamente sia impossibile pensare un qualsiasi tipo di società senza una benché minima forma di regolamentazione giuridica — anche una società più giusta di quella in cui ci è stato concesso in sorte di vivere — si avrà modo, nel corso della ricerca, di ritornare su alcuni filoni “eterodossi” del marxismo scientifico che, applicati alla Scienza giuridica, hanno invece mostrato tutta la loro capacità inno-

(25) Discorso diverso deve essere fatto per un particolare filone del pensiero marxista che ha efficacemente messo in luce come il diritto non possa essere considerato soltanto un semplice momento sovra-strutturale ed ideologico della società capitalistica ma che, anzi, deve essere considerato uno strumento nelle mani dei giuristi e delle classi oppresse, per rivendicare il cambiamento della società capitalistica medesima, in una prospettiva di maggiore equità e giustizia sociale. Chi scrive non nasconde la propria vicinanza culturale, per indole e per educazione, a questo particolare filone eterodosso del pensiero marxista, affermatosi nel dibattito continentale nella seconda metà del XX secolo, un filone questo che giunge, anche grazie a particolari movimenti gius-filosofici come la *critique du droit* in Francia ed il c.d. “uso alternativo del diritto” in Italia, a degli esiti interessanti e (parzialmente) condivisibili.

Mi limito pertanto, in questa sede, a citare quegli autori che, più di altri, hanno influenzato il mio approccio critico allo studio della Scienza giuridica: L. ALTHUSSER, *Lire le capital*, Paris, 1965; HANS JÜRGEN KRAHL, *Costituzione e lotta di classe*, Milano, 1973; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976; M. MIAILLE, *Constitutions et luttes de classe, de 1789 à nos jours*, Montpellier, 1978; U. CERRONI, *Kelsen e Marx*, Milano, 1960; U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1962; L. FERRARI BRAVO, *Cristalli di tempo politico. Dal fordismo alla globalizzazione*, Roma, 2001; M. HARDT e A. NEGRI, *Il lavoro di Dioniso. Per la critica dello Stato postmoderno*, Roma, 2001.

vativa e progressista proprio nell'ambito dell'ermeneutica giuridica, consentendo un'evoluzione dei criteri interpretativi di adeguamento della legislazione ordinaria ai superiori principi costituzionali ⁽²⁶⁾.

La dottrina giuridica più attenta ha così avuto modo di correggere le storture di un certo approccio marxista al problema del diritto e a quello dell'interpretazione giuridica, elaborando una visione della Scienza giuridica capace di farsi mediatrice delle innovative istanze sociali, che si sono sviluppate all'interno dei paesi capitalisticamente avanzati nel corso del XX secolo.

Si è parlato, al riguardo, di una concezione "infra-strutturale" e non più sovra-strutturale del diritto, una concezione questa capace di saper adeguare l'ordinamento giuridico e la legislazione sociale ad istanze equitative e maggiormente rispettose delle esigenze dei soggetti più deboli della società, esaltando in questo modo l'essenza stessa della Scienza giuridica, finalizzata proprio al perseguimento di una maggiore equità e giustizia sociale nelle comunità umane.

Del resto, se si vuole, la critica marxista al diritto borghese altro non è che una lucida analisi delle storture di una certa visione d'intendere il diritto, in un'accezione cioè rigorosamente positivistica e strettamente legata ad una particolare concezione del ruolo dello Stato. La prospettiva filosofica che anima questo lavoro, invece, è rintracciabile in una sorta di "terza via" che sia in grado di recuperare quella tradizione di lungo periodo che ha sempre visto nell'interpretazione giuridica un momento tanto di libertà, quanto di integrazione e di adeguamento del diritto rispetto al progressivo evolversi delle società umane.

Al riguardo, parafrasando un autorevole studioso, si potrebbe dire che la prospettiva che anima questo lavoro è quella del "diritto giurisprudenziale", del modo cioè con cui il diritto vive concretamente, al di là dei Codici e dei testi scritti, nella sua concreta esperienza giuridica ⁽²⁷⁾.

Questo "diritto giurisprudenziale" non si limita «[...] ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto; visto dal lato opposto: il diritto è

⁽²⁶⁾ Per quanto riguarda il movimento del c.d. "uso alternativo del diritto", si rinvia *infra*, al capitolo II, paragrafo 7, dove si è provato a far emergere l'importanza di questo movimento giurisprudenziale nella Scienza giuridica italiana a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, soprattutto per l'impulso che ha saputo dare all'attuazione diffusa dei principi costituzionali da parte della giurisprudenza ordinaria.

⁽²⁷⁾ Il riferimento è a L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

sempre (anche) giurisprudenziale. Sia là dove la legge tace, o parla sommessamente, sia là dove pretende esser sola a parlare» (28).

Davvero possiamo dire, allora, che questa tesi può essere il punto di partenza dell'indagine: dire, infatti, che la giurisprudenza è "fonte" del diritto significa «[...] configurare la sua creatività come principio di chiusura, di stabilizzazione, di certificazione; significa insistere sull'autorità e definitività di ciò che viene creato, sulla forza vincolante di una tradizione che qualifica come normative certe soluzioni ad esclusione di altre» (29).

Inoltre, dire che la giurisprudenza è sempre libera ed inventiva, perché liberi ed inventivi sono gli strumenti ermeneutici che il giudice e, in generale, l'interprete può utilizzare per risolvere determinate questioni giuridiche, «[...] significa configurare la sua creatività come principio di apertura, di trasformazione, di arricchimento nella plurideterminazione; significa insistere sulla provvisorietà e lacunosità di ogni norma, non solo di quella legale, ma anche di quella giurisprudenziale «creata» in precedenza» (30).

Il momento giurisprudenziale del diritto coincide necessariamente, nella mia visione dell'esperienza giuridica, con il momento ermeneutico: è un momento questo che apre il diritto alla complessità del reale ed alle molteplici possibilità di risoluzione delle singole controversie giuridiche. Il protagonista di questa attività creativa resta solo e soltanto il giurista, con i suoi limiti, con i suoi "pre-giudizi", con i suoi strumenti dogmatici e con il suo impegno etico nei confronti della comunità in cui opera ed a cui appartiene.

* * *

Questo lavoro è il frutto di cinque anni di ricerca passati a studiare i problemi legati all'interpretazione della legge tra la Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia e quella della Camera dei Deputati di Roma. Ho sempre pensato che fosse possibile, in qualche modo, far entrare la vita quotidiana (fatta di pensieri, impressioni, riflessioni, ma anche di incertezze, inquietudini e paure) nel lavoro di ricerca che ogni studioso affronta giorno dopo giorno.

Devo tuttavia riconoscere che esiste uno scarto tra questa quotidianità ed il lavoro di ricerca, uno scarto che non si riesce mai a colmare fino in fondo, una sorta di striatura che rende irrimediabile.

(28) L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 372.

(29) L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 373.

(30) *Ibidem*.

bilmente disomogenei questi due piani e li rende assolutamente non sovrapponibili. A me piace pensare, però, che molte delle conclusioni a cui sono giunto in questo scritto siano nate quasi per caso, durante una passeggiata al centro di Roma, nel corso di una discussione con un amico o con un collega, in quello stato di dormiveglia vigile in cui sprofonda ogni viaggiatore che si addormenta mentre è su un treno o in pullman.

Un altro fallimento che devo registrare è quello di non essere riuscito, nel corso degli ultimi cinque anni, ad elaborare non dico in maniera articolata, ma neppure sotto forma di abbozzo, un qualsivoglia metodo di studio del diritto che mi permettesse di affrontare, con costanza, ogni problema giuridico. Quindi, parafrasando il Foucault de "L'archeologia del sapere", in futuro per favore non chiedetemi di essere sempre uguale a me stesso.

Preso atto di questi miei personalissimi insuccessi (... perché si fallisce in infiniti modi, mentre in uno soltanto si riesce), mi sia consentito ringraziare tutte le persone che mi hanno aiutato, con i loro consigli e le loro critiche, nel corso di questo lavoro. Innanzitutto il Prof. Cervati che per primo mi ha orientato nello studio delle problematiche legate all'ermeneutica giuridica; poi la Prof. ssa Cassetti ed il Prof. De Nitto che mi hanno esortato a trasformare la mia tesi di dottorato in questa monografia; infine Francesco Cerrone e Silvia Niccolai, per l'amicizia e l'affetto che mi hanno mostrato nel corso di questi anni. Un ringraziamento particolare va poi a Gianluca Bascherini, Giorgio Repetto e Alberto Vespaziani che mi hanno sempre dato ottimi consigli per sopravvivere alla vita accademica. Un sentito ringraziamento va anche al Prof. Federico Pernazza che mi ha consentito, nel corso di questi anni, di scrivere qualche ricorso in Cassazione di meno, ma qualche pagina in più della mia tesi di dottorato.

Questo libro è dedicato a Tatiana: "You know I dreamed about you, / for twenty-nine years before I saw you. / You know I dreamed about you, / I missed you for, / for twenty-nine years".