

Questi '*Quaderni*' intendono riprendere e rinnovare il lavoro avviato da G. Del Vecchio con le sue *Esercitazioni di filosofia del diritto*, che, nella storia di questo Istituto, costituiscono un modello per la formazione degli studenti. Tornando a questa iniziativa di Del Vecchio, dopo un lungo intervallo, si è voluto destinarla agli studenti per offrire loro la possibilità di avvicinare i classici della filosofia e coglierne il rilievo per un'interpretazione critica dell'attuale condizione del diritto. La struttura dei '*Quaderni*' prevede quattro sezioni: 1) antologie; 2) monografie; 3) traduzioni; 4) discussioni su temi.

GAETANO CARCATERRA
FRANCESCO M. DE SANCTIS
BRUNO ROMANO

Volumi pubblicati:

- L. AVITABILE, *Il terzo-giudice tra gratuità e funzione*. Commenti e traduzioni di V. Jankélévitch - J.P. Sartre - J. Habermas, 1999, pp. VI-122.
- M. MANCINI, *Interpretazioni novecentesche di Thomas Hobbes*, 1999, pp. VI-142.
- S.C. SAGNOTTI, *Retorica e logica. Aristotele, Cicerone, Quintiliano, Vico*, con presentazione di Gaetano Carcaterra, 1999, pp. X-150.

ELIO FAZZALARI

CONOSCENZA E VALORI

SAGGI



II. NORMA E INTERPRETAZIONE

SOMMARIO: 1. «Norma giuridica». – 2. «Natura» e struttura della norma giuridica. – 3. «Interpretazione». Logica formale e logica argomentativa. – 4. Interpretazione sistematica ed adeguatrice. – 5. Segue. – 6. Segue. – 7. «*In claris fit interpretatio*». – 8. «Interpretazione» nell'ordinamento italiano. – 9. «Creazione» giurisprudenziale. – 10. Segue. – 11. «Politica del diritto». – 12. «Diritto vivente».

1. Anche se ogni *socius* è abilitato a sceverare, fra le regole di condotta che reggono la società data, quelle giuridiche (*id est*, vincolanti ed esclusive), ed a interpretarle, cioè a tradurle in termini valevoli sul piano intellettuale e pratico, tali operazioni sogliono essere compito precipuo del giurista. (Sulla sua eventuale funzione di «creatore» della norma avremo modo di fermarci più innanzi¹).

Quanto alla rilevazione della norma. Che una regola di condotta sia ritenuta *vincolante* ed *esclusiva*, epperò giuridica, è questione del concreto. Occorre che i membri di una società nutrano, intorno alla regola, la «*opinio iuris vel necessitatis*»², cioè appunto, che prevalga fra di

¹ *Infra*, § 9.

² È, come noto, il contrassegno della norma consuetudinaria: PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* (1828); BONFANTE, *Per una revisione della teoria della consuetudine* (in *Riv. dir. comm.* 1904); A. SCIALOJA, *Per la concezione realistica della norma giuridica* (in *Annali dell'Univ. di Perugia*, 1906); EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts* (1907); RÜMELIN, *Die Bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung* (1929); JUNG, *Die Bindende Kraft des Gewohnheitsrechts* (in *Archiv für Rechts-u. Wirtschaftsphilosophie*, 1931-32); KOSCHEMBAHR-DE LYSKOWSKI, *Le code civil et la coutume* (in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, 1939); BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (1942); Santi ROMANO, *Consuetudine* (in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947).

Ma tale contrassegno è al fondo di tutte le norme giuridiche: ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrthum* (in *Arch. civ. Prax.*, 1883); MICELI, *Le fonti del diritto*

loro la convinzione ch'essa sia vincolante ed esclusiva: la prova più sicura, se non l'unica, di tale convinzione, è che prevalga, fra i medesimi soggetti, l'osservanza della norma, e sia marginale la inosservanza.

Secondo la storia, la *opinio* in discorso può discendere da un altro convincimento: che si tratti di una regola senza il concorso della quale una comunità – quella alla quale i soggetti appartengono – non può esistere e neppure si riconosce. In questo caso all'*opinio iuris* si accompagna il consenso, anzi questo la precede: ma il consenso non è indispensabile, giacché vi sono state e vi sono norme ritenute vincolanti anche da chi non le approva.

Oppure la *opinio* può dipendere dalla circostanza che la regola sia assistita da sanzione, che cioè la sua inosservanza dia luogo a sanzioni³, e che siano predisposti apparati per irrogarle⁴: tuttavia, anche la sanzione non è connotato essenziale della «giuridicità»⁵, ben potendosi

dal punto di vista psichico-sociale (1905); HAESAERT, *Théorie générale du droit* (1948); M. GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto* (1950); *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico* (1952); FAZZALARI, *Teoria generale del processo* (appunti) (1966).

³ La «sanzione» come specifico della giuridicità è propugnata dal «normativismo» classico: JHERING, *Der Kampf um's Recht* (1877); THON, *Rechtsnorm*, cit. (1878); KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (1925). V. anche CARLSON, *Strenger Normativismus* (in *Archiv für Rechts-u. Sozialphilosophie*, 1956).

⁴ È il *proprium* della teoria istituzionale: SANTI ROMANO, *L'ordinamento*, cit. In arg. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici* (1939); *L'ultimo libro di Santi Romano* (1959); nonché FASSO in AA.VV., *Il positivismo giuridico*, cit. (1966). Sui rapporti fra teoria «normativa» e teoria «istituzionale» del diritto, *infra*, cap. III, § 14.

⁵ Esclusa la necessità della «sanzione», a più forte ragione è da respingere l'indirizzo tendente a riconoscere come giuridica soltanto la norma che pone una sanzione (così quella che ordina al giudice di intervenire) e negarla alla norma «sostanziale» (quella, ad esempio, che impone al debitore di pagare al creditore): lo stipite comune di tale tendenza – sulla quale ritorneremo più innanzi (§ 9) – è il saggio di WINDSCHEID sull'*actio*: *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (1856) (su cui MÜTHER, *Zur Lehre von der römische Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiskontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, 1857); ma v. anche PUCHTA, *Pandekten*, I, (1853); e, più di recente, KELSEN, *Haupt- und Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911); Al-

riscontrare norme sprovviste di sanzione, ma assistite dalla *opinio*.

Insomma, l'origine, la causa della *opinio iuris vel necessitatis* non rileva: basta riscontrarla in ordine ad una norma per ritenere la giuridicità.

La *opinio* in discorso è, dunque, l'indice della «effettività» della norma di una data società e in un dato momento storico⁶. In un «ordinamento» più articolato e complesso, e così in uno Stato moderno, è relativamente semplice stabilire quali siano le sue norme; infatti, la loro «produzione» (cioè, per continuare ad usare delle metafore, la costituzione ed il ricambio del «*corpus iuris*») è riservata a determinati soggetti e, quindi, la «giuridicità» delle norme statuali può riconoscersi per il fatto che, in concreto, esse sono poste da quei soggetti, cioè dalle «fonti» riconosciute ed abilitate alla «produzione». (Nel nostro ordinamento, la Carta costituzionale assegnata a determinati organi dello Stato il «potere legislativo»). In tal caso è dato di cogliere un provvedimento che pone la norma (così la legge in quanto atto legislativo) e la norma che di esso costituisce il contenuto, cioè la norma posta⁷; di considerare quest'ultima come «giuridica», cioè come vincolante ed esclusiva; di parlare di «volontà del legislatore» oggettivata nella sua statuizione⁸. In questo senso, cioè per la sua provenienza da una «fonte legale», si parla di «validità» della norma. Fra «validità» ed «effettività» può esservi e per lo più vi è corrispondenza; ma la prima resta una scorciatoia rispetto alla seconda⁹.

LAMANDREI, *La relatività del concetto di azione* (in *Studi sul processo civile*, V, 1947); SATTA, *Diritto processuale civile*² (1950) ed ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* (1955).

⁶ Il «principio di effettività» è di derivazione internazionalistica: v. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio dell'effettività* (1950); AGO, *Droit positif et droit international* (in *Annuaire française de droit international*, III, 1957).

⁷ ORESTANO, *Norma «statuente» e «norma statuita»* (in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983).

⁸ LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876-1882); G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung Staatsrechtlicher Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage* (1887); M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo* (1939).

Peraltro, il problema della «giuridicità» si ripropone perentoriamente quanto alle norme che abilitano quelle fonti di produzione, e non può risolversi se non in base al criterio, sopra ritenuto, dell'effettività.

In ordinamenti a struttura molto semplice (o molto meno complessa di quella statuale) accade che le norme giuridiche, e addirittura tutte, invece di promanare da «fonti» precostituite, siano rilevabili solo dal fatto che i componenti della società si adeguano a certi canoni di condotta, mostrando, appunto, di nutrire, in ordine ad essi, la «*opinio necessitatis*». Del resto, anche nello Stato una componente di produzione per così dire spontanea delle norme è, storicamente, rilevabile, fra l'altro nelle forme degli usi e consuetudini¹⁰, anche se queste norme sono ora assorbite nell'ambito di esclusività dello Stato, mediante rinvio ricettizio.

2. La «norma» giuridica è da ascrivere alla sfera del «valore»¹¹, inteso vuoi come alcunché di approvabile, di preferibile in una data cultura, vuoi, e correlativamente, come criterio di condotta su di esso ordinato: la norma, o più norme nelle connessioni che vedremo, incorporano un valore, che ne risulta potenziato (l'educazione dei figli è, per esempio, un valore; educare i figli è, per il genitore, comportamento doveroso).

Per la caratteristica stessa della norma giuridica, il valore da essa canonizzato prevale sugli altri: se complementari, può potenziarli, congregarli perfino; se incompatibili, li esclude (ne riparleremo¹²).

¹⁰ Non ci si riferisce alla consuetudine come «fonte-fatto» in ordinamenti giuridici che storicamente hanno conosciuto la sola (o prevalente) formazione consuetudinaria del diritto; né alla consuetudine di diritto internazionale, o alla distinzione fra consuetudine di diritto pubblico e consuetudine di diritto privato. La consuetudine è qui contemplata come uno dei modi tipici di produzione del diritto, accanto alla legge, secondo la nostra tradizione giuridica: ORESTANO, *Dietro la consuetudine* (1963); BOBBIO, *Consuetudine - teoria gener.* - (in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1961); G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario* (1950).

¹¹ *Retto*, cap. I, nota n. 19. V. anche DEL VECCHIO, *Presupposti, concetto e prin-*

Perciò la norma può indicarsi come valore «giuridico»: da collocare affianco, ma da non confondere con gli altri valori (quelli «etici», quelli «scientifici», quelli «estetici», e così via).

Quanto alla struttura, sul piano logico-formale la norma consiste nel canone di valutazione di una condotta¹³, il quale si articola: - nella descrizione del comportamento, o «atto» che dir si voglia (in essa sono indicati i vari «elementi», o «requisiti», dell'atto¹⁴); - nel collegamento all'atto di una delle qualifiche di «lecito» e di «doveroso» (così il pagamento da parte del debitore è «doveroso»; la coltivazione del fondo da parte del proprietario è «lecita»).

Oltre alla qualificazione di «liceità» ed a quella di «doverosità», non si contempla anche la qualifica d'«illecito»: non è, infatti, che, per la norma, uccidere un uomo sia «illecito», bensì è corretto ritenere che il «non uccidere» sia «doveroso». «Illecito» è la qualifica che può collegarsi *non* all'astratta condotta contemplata dalla norma, ma a quella concretamente tenuta da un soggetto, e difforme dal modello di condotta «doverosa»: così la condotta di quel determinato genitore che, in concreto, non educi il figlio¹⁵.

¹³ Qualsiasi regola di condotta si pone come canone che valuta, qualifica la medesima (la regola giuridica è, in più, canone esclusivo). Sulla norma come canone di valutazione: CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica*, cit.; PERASSI, *Introduzione*, cit.

Il profilo della norma quale canone di valutazione del comportamento, per un verso, è il più coerente con l'*opinio necessitatis*, in che la giuridicità consiste; per l'altro verso, supera le difficoltà ed antinomie cui andava incontro la teoria «imperativistica» in senso stretto, la quale, muovendo sul piano psicologico-empirico, riconduceva l'essenza della norma al comando (THON, *Rechtsnorm*, cit.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit.). Del resto, gl'imperativisti da un canto non possono (lo si è detto) rifarsi alla sanzione per arrivare alla giuridicità e, dall'altro canto, ove pure spieghino accortamente il rapporto comando-atto comandato riconducendo la norma a motivo della volontà del destinatario del comando, devono fare i conti col problema, la cui insolubilità sta proprio nell'errore della premessa, dei destinatari incapaci (THON, *Rechtsnorm*, cit.; U. ROCCO, *Sull'esistenza del problema dei destinatari delle norme giuridiche* (in *Studi in onore di E. Redenti*, 1951)), nonché con la consuetudine.

¹⁴ «Soggetto», «volontà», «contenuto», «oggetto», «causa», «forma» (cfr. FAZZI ARI *Istituzioni di diritto processuale*, cit.).

Da soggiungere che la norma contiene di solito anche la indicazione del «presupposto» in presenza del quale il comportamento dato è sottoposto a valutazione giuridica: tale presupposto – «fattispecie» nel linguaggio di chi distingue, in seno alla norma, la indicazione del presupposto dalla prescrizione, cioè, appunto, la «fattispecie», dalla «statuizione» – può consistere in un fatto (per es. l'incendio, contemplato dalla norma che valuta come doveroso il risarcimento da parte dell'assicuratore), oppure in un atto.

Inoltre, la norma può riguardare un comportamento singolo, oppure la serie di un comportamento tipico, cioè suscettibile di un numero indefinito di ripetizioni. Io posso (potevo!) porre a mio figlio la regola, vincolante ed esclusiva (tale ritenuta da me e da lui), di rientrare a casa, una certa sera, ad una certa ora; lo Stato dispone che tutti i padri debbano educare i loro figli: quella posta da me è una norma «individuale» (o «singolare») ¹⁶, quella dello Stato una norma «generale» per comportamento tipizzato (la educazione del figlio da parte del padre). Tale ultima norma – superfluo ripeterlo – s'individua e si concreta all'insorgere, nella realtà, del presupposto indicato dalla norma stessa (per es., Tizio diventa padre): donde l'ulteriore attributo dell'«astrattezza».

Ma la mia disposizione individuale, invece di venire considerata come «norma», può essere assunta come comportamento qualificato («doveroso») in rapporto alla norma (statuale) generale ed astratta che fa doverosa l'educazione dei figli: val dire che una disposizione individuale può giocare da «norma» oppure da «atto», a seconda che si scelga di assegnarle il primo o il secondo ruolo.

Insomma, quando la condotta consiste in una volizione, essa può essere assunta come «canone di valutazione» o come «atto valutato» (qualificato, cioè, come «lecito» o «doveroso»). La scelta va operata nel concreto: così il rapporto che assolutamente prevale in una società articolata e complessa come quella statuale è quello in cui, da un canto, si pone come regola quella dello Stato, generale ed astratta, e, dall'altro canto, sta come «atto regolato» la disposizione individuale. (Naturalmente, la legge non si sottrae al rapporto «norma - atto regolato», nel senso che gioca, a sua volta, il ruolo di «atto» rispetto alle norme che ne regolano la creazione).

3. La norma, per vivere, cioè per essere applicata, dev'essere interpretata, nel senso che i fatti dai quali derivi o, come più spesso accade, il testo di legge in cui sia contenuta devono essere tradotti in una proposizione che delucidi quale condotta è, in base alla norma data, lecita o doverosa.

Il compito dell'interprete sarebbe agevole se si trattasse della mera lettura di un testo normativo, chiarito e isolato. Ma così non è; insorge, pertanto, la questione ermeneutica, cioè del metodo della interpretazione.

Peraltro, la interpretazione ¹⁷ è attività che non riguarda soltanto la norma (quando vi sia un provvedimento che la pone, il contenuto del medesimo), sibbene qualsiasi statuizione: quella di chi fa testamento; quella dell'organo amministrativo che dà un ordine o un'autorizzazione; quella del giudice che sentenzia. Ma, poiché nel rapporto norma-atto (concreto, da ragguagliare alla norma) – cioè, come si è detto, nel «giudizio» – il testamento, il provvedimento amministrativo, la sentenza, vengono assunti come oggetti del medesimo (come atti da qualificare), la loro interpretazione va trattata in sede diversa, a proposito dell'applicazione della norma, che nel giudizio appunto consiste, e involge problemi peculiari ¹⁸.

Certo, proprio perché la norma costituisce il referente, la sua interpretazione fa spicco sulle altre, al punto da essere considerata come interpretazione per antonomasia. Ma, se tale primato logico non le può essere contestato, anche per essa è da rilevare che la sua autonomia è relativa, e, sia pure entro certi limiti, diversa da un ordinamento all'altro, da un periodo all'altro.

Soffermandoci sulle norme generali e astratte nei diritti latino-ger-

¹⁷ V. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und Verfügungen. Eine staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung* (1913); KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit.; M.S. GIANNINI, *Interpretazione*, cit.; LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942); ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*² (1961); PARESCHE, *Interpretazione - filos. del dir. e teoria gener.* - (in *Enc. del dir.*, XXII, s.d., ma 1972); TARELLO, *L'interpretazione della legge* (1980); AA.VV., in *Atti del XIV convegno naz. dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile* (1984).

manici. La vecchia disputa fra «concettualismo» e «teleologismo»¹⁹ si può ormai superare mediante il riconoscimento che, lungi dall'escludersi a vicenda, i due approcci si compongono nello spettro dell'interpretazione.

Invero – a prescindere dall'ovvio rilievo che, se le norme incorporano «valori», sono «valori», essi, come tutti gli oggetti del discorso umano, vanno, per essere conosciuti ed adoperati, tradotti in *verba*, cioè in segni e concetti – l'impiego, prevalente (non esclusivo) dell'uno o dell'altro metodo dipende da ciò. Vi sono valori normativi (relativamente) stabili e anelastici, e rispetto ad essi, proprio per tali loro caratteristiche, l'interprete può procedere, e prevalentemente procede, *geometrico more*, cioè mediante logica «formale»: si pensi, appunto, alla derivazione dalla norma, per via logica, di una serie di «co-

¹⁹ Il «concettualismo» fiorisce ad opera del primo JHERING, *Theorie der juristischen Technik* (1858); *Geist des römischen Rechts* (1852); di VON GERBER, *System des deutschen Privatrechts* (1870); di LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, cit.; di THON, *Rechtsnorm*, cit.; di WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft* (1884); di BERGHOFM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892); di G. JELLINEK, *System des subjektiven öffentlichen Rechts*, cit. In arg. v. AA.VV., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, a cura di Krawietz (1976).

Il «teleologismo» nasce dall'evoluzione del pensiero jheringhiano (*Der Zweck im Recht* (1879-1883), cit.; *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1874)). JHERING (*Der Besitzwille. Zeglich eine Kritik der heuschenden juristischen Methode*, 1889) contrassegnò, appunto, il nuovo metodo come «teleologico»; ma esso è passato alla storia come «giurisprudenza degli interessi» (WOLF, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (1951); PASINI, *Saggio sul Jhering* (1959); *Jhering e il suo tempo* (in *Jus*, 1961); e, implicitamente, WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, II, (1967); ORESTANO, *Introduzione*, cit.; WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterliche Streitentscheidung im Zivilrecht* (1955); e REINHARDT-KÖNIG, *Richter u. Rechtsfindung* (1957). V., però, PARESCHE, *Nota su Jhering*, (in *Riv. int. fil. dir.*, 1960); LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.; e già HECK, *Interessenjurisprudenz Gestvorlesung* (1933)).

La veduta di Jhering è condivisa dai contemporanei WIRCHMANN, *Die Wirklosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1884) (su cui PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in ermania* (1895)) e LISZT, in *Archiv Rechtsphilosophie*, III (1909-1910) (su cui HURWICZ, *R.v. Jhering und der deutsche Wissenschaft* (1911) e SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*² (1951)).

Il nome «Interessenjurisprudenz» sarà ripreso, in un successivo contesto culturale, dai «giusliberisti» (*infra*, nota 56, e cap. VI, § 3).

stanti», di «forme» (per es. «diritto soggettivo», «contratto», «procedimento»).

Ma vi sono altri, e più numerosi, valori che risultano meno stabili, o con un alone d'indeterminatezza, o mutevoli (spesso con ritmo serrato²⁰), e che hanno, perciò, bisogno di essere coerenzati, e ricomposti fra loro. Rispetto ad essi l'interprete deve far ricorso non solo alla logica formale (sia pure intesa in senso ampio²¹), ma anche e specialmente a quella «argomentativa», ch'è propria del discorso intorno a valori²².

Del resto, chi non rifiuta – e nessuno rifiuta – d'indagare sulla «ratio» della norma, e di utilizzarla, non fa che riguardare il valore incorporato alla norma, sebbene assuma di muoversi sul piano della logica formale; e non si avvede che «ratio» è traduzione, in termini concettuali, di «valore». Quanto poi all'equiparazione fra «valore» e «interesse» (nel senso al quale si riferisce la *Interessenjurisprudenz* del secondo Jhering²³), essa è perfino ovvia, l'interesse costituendo un modo specifico – dall'angolo dell'ofelimità – di assegnare significato e importanza, dunque valore, a qualche cosa.

Insomma, nella misura in cui servono a forgiare «forme» necessarie al lavoro del giurista, logica formale, «concettualismo», «dommatica» vi hanno piena cittadinanza (alla stregua dell'impianto teorico di qualsiasi altro settore di studio), e non sono minimamente scalfiti dal

²⁰ *Infra*, pag. 41.

²¹ Comprensivo non solo delle inferenze deduttive, ma anche di quelle analogiche, riduttive, induttive: KALINOWSKI, *Logica – lineamenti generali* – (in *Enciclopedia del diritto*, XXV, s.d., ma 1975).

²² Sull'«argomentazione» nella sfera giuridica: PERELMAN-OLBRECHTS TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958); VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (1956); GIULIANI, *Logica – teoria dell'argomentazione* – (in *Enc. del dir.*, XXV, cit.). Sulla complementarità fra logica formale e logica argomentativa nel dominio del diritto: TAMMELO, *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit* (1971); FAZZALARI, *Giudici, diritto, storia*, in questa raccolta, pag. 119 sgg.

Da notare che spesso, anche inconsapevolmente, il giurista mimetizza la logica argomentativa con (supposte) «forme» e «costruzioni». Del resto, accade anche alle scienze-scienze (forse è inevitabile) di usare come «forme» τόποι argomentativi.

²³ JHERING, *Zweck im Recht*, cit.

discredito che ha colpito la «*Begriffsjurisprudenz*»²⁴ e il «formalismo»²⁵ per aver così a lungo preteso di occupare tutto il campo. Il quale, invece, spetta, per quanto riguarda i «contenuti», anche, anzi prevalentemente, alla logica argomentativa (da impiegare – come vedremo²⁶ – con riferimento e nell'ambito dei valori canonizzati dalla norma).

D'altra parte, l'attività interpretativa non può, quand'anche appuntata ad una singola norma, limitarsi alla considerazione di quest'ultima; bensì, deve collegarla con le altre norme dell'ordinamento, o del settore coinvolto, più o meno esteso. Perciò, l'interpretazione è, di per sé, sistematica²⁷. Riemerge l'accento, già fatto nel precedente capitolo, alla necessaria vocazione del giurista al sistema (come ordine o reperito o da irrogare): vuoi per forgiare «forme», cioè schemi nei quali i contenuti normativi vengano assestati, vuoi per fissare, proprio secondo la loro interpretazione, l'effettiva portata di essi.

Il discorso dovrebbe, perciò, estendersi a quelle che possono, con una dose di convenzione, chiamarsi «teoria della forma» e «teoria dei contenuti»²⁸, cioè ai due sistemi, mutuamente implicati, ch'è dato distinguere in sede di analisi. Ma saggi, quanto si voglia sommarli, sui loro oggetti richiedono ampio discorso: lo svolgeremo più innanzi, nel

²⁴ Così il metodo concettuale fu spregiativamente chiamato, all'inizio del secolo, da HECK, *Die Begriffsjurisprudenz* (1912).

²⁵ Sulla necessità e sui limiti d'impiego della logica formale v. *infra*, cap. III. Ritengono il predominio quasi assoluto della logica nel lavoro dei giuristi: THON, *Rechtssnorm*, cit.; MERKEL, *Juristische Encyklopädie* (1885); STAMMLER, *Ueber die Methode der Geschichtlichen Rechtstheorie* (1888); BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit.; Kelsen, *Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911). In arg., CAIANI, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto* (in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953); BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, (in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1958); ORESTANO, *Formalismo giuridico*, (in *Encicl. it.*, Appendice, III, 1961); TARELLO, *Formalismo* (in *Nov. dig. it.*, VII, 1961); BIERLING, *Zur Kritik der juristische Grundbegriffe* (1977); BYDLINSKY, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982).

²⁶ *Infra*, §§ 4, 5.

²⁷ FAZZALARI, *Giudici, diritto, storia*, cit.

²⁸ Nel senso sopra chiarito: cap. I, § 3.

terzo e nel quarto capitolo; ad essi rimandiamo la cortese attenzione del lettore.

4. Qui ci limitiamo a qualche ulteriore precisazione in punto di metodo dell'interpretazione. La interpretazione «sistematica», impone di (ri)considerare, ogni volta, la singola norma e il sistema in cui s'inserisce: non solo sul piano semantico, ma anche e soprattutto su quello dei valori. Come accennato, interpretare una norma consiste anche nel (ri)coerenziale *pro tempore* dei valori, quello *de quo* e gli altri connessi (in testa quelli costituzionali e la stessa «costituzione materiale»: intesa *non* nel senso corrente, e spurio, d'insieme di valori «viventi» anche al di là della Carta fondamentale, ma nel senso originario, proposto da Mortati²⁹, di scelta fondante). Il che consente in ogni caso, ed anche quando la formula normativa sia ambigua o contraddittoria, di fissare il valore coerente col sistema, quindi con l'assetto costituzionale e con quella scelta.

Proprio perché «sistematica», l'interpretazione è, anche «adeguatrice» (od «oggettiva»³⁰ o «evolutiva» in senso stretto³¹), cioè segue e favorisce l'evolversi dell'ordinamento. Essa adegua la norma alla storia.

Anche i valori «positivi» (cioè accolti dalle norme) interagiscono con la realtà; si potenziano e si depotenziano; conglobano valori complementari; «vivono», insomma, nella storia. Ed è compito dell'interprete avvertire ed esplicitare i loro cambiamenti, trarne le conseguenze. Peraltro, solo la fedeltà al nucleo solido di ciascun valore (se la metafora è consentita) e lo sforzo costante di essere oggettivo legittimano l'interprete.

Egli deve mutuare modifiche di questo o quel valore positivo, da lui colte e ritenute nella realtà, cioè da un insieme di nuovi rapporti concreti, sufficiente per individuare un «tipo», per coglierne l'intrin-

²⁹ MORTATI, *La costituzione*, cit.

³⁰ In arg., MICHELI G.A., *Considerazioni sull'interpretazione evolutiva delle norme processuali* (in *Arch. giur.*, 1942); ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema d'interpretazione* (1952).

³¹ GIANNINI M.S., *Interpretazione*, cit.

seco valore³², ed arricchire, ove risulti l'omogeneità, l'area di quello positivo³³.

In sede d'interpretazione il giurista non può fare di più (né è poco e di poco momento quanto gli è consentito, anzi imposto). Egli non può giungere a soppiantare la norma, riferendosi a valori eterogenei o

³² Per stabilire la tipicità del rapporto interindividuale (il cui valore sia da assumere in quello positivo), l'interprete dovrà considerarne anche il substrato, la matrice: a seconda dei casi, quella morale, quella economica, quella politica, e così via. Con che egli *non* opera una scelta, ma esegue una verifica.

Solo nei modi e limiti indicati nel testo, – cioè come arricchimento e mai come sostituzione del valore positivo – può farsi giocare nell'interpretazione la «natura delle cose», da intendere, a sua volta, non come istanza assoluta, sibbene in senso storico e relativo, appunto come indice fornito, *pro tempore*, dalla pluralità di ricorrenti rapporti oncreti. Quanto, invece, alle peculiarità specifiche, cioè del rapporto singolo e concreto, che il giurista (e così il giudice) debba valutare giuridicamente, esse non possono influire in sede d'interpretazione della norma, ancorata sempre ad un valore tipico (v. anche *infra*, cap. V).

Per una diversa considerazione della «*Natur der Sache*», quale valore anche alternativo od opposto rispetto alla norma, v., nell'area giusliberista a cavallo dei due secoli (sulla quale, *infra*, cap. VI, § 3): L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung* (1907); T. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, I, *Methoden- u. Quellenlehre* (1912); GENY, *Méthode et source en droit privé positif*, cit.; e, nell'area del giusnaturalismo attuale, RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, (in *Festschrift zu Ehren von Prof. R. Laun*, 1948). In arg. anche LEONI, *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, e BAGOLINI, *Positivismo giuridico e analisi del linguaggio* (entrambi in AA.VV., *Positivismo giuridico*, 1967); nonché BARATTA, *Juristische Analoge und Natur der Sache* (1971).

³³ Se, ad esempio, si trovi di fronte ad una norma di vecchia data che, per garantire che il lavoro sia svolto in un luogo salubre, dispone che nella fabbrica vi siano certe aperture per luce ed aria, il giudice deve intenderla, oggi, come se imponesse accorgimenti più idonei a garantire quella salubrità; può anche rafforzare la prescrizione tenendo conto del bisogno, oggi di certo avvertito, che la salubrità non sia disgiunta da un minimo di conforto, perché nell'alone del valore «salubrità» è compreso anche quel valore complementare: non può, invece, soppiantare il valore positivo, assumendo la norma come se imponesse che il prestatore d'opera sia alloggiato in poltrona, per restarvi comodo, ma inerte.

Non altrimenti, il giudice deve intendere esteso a tutti i crediti di valuta la regola (ricerimento del danno da inadempimento), di cui all'art. 1224, cpv., cod. civ.,

addirittura in antitesi rispetto ad essa, e, via via, rispetto al sistema, all'assetto costituzionale, alla scelta fondante (si pensi, ad esempio, nel nostro ordinamento, al «valore», estraneo e incompatibile, dello stato totalitario e/o a quello del «partito unico»).

5. L'opera di adeguamento alla storia è di tutta evidenza, ed è pacificamente riconosciuta, quando il giurista è alle prese con i c.d. «concetti(!) valvola»³⁴, cioè con valori da coerenzare *pro tempore*: credo tutti convengano ch'egli non può stabilire l'area attuale del valore «comune senso del pudore» se non rilevandola, con tutte le difficoltà che tale rilevazione comporta, dal contesto della società in cui vive. Ecco, appunto: un'opera di tal fatta non riguarda soltanto il «comune senso del pudore» o la «buona fede», o che so io; riguarda tutti i valori positivi; ed è indispensabile, se la norma ha da essere «effettiva».

La interpretazione, in quanto sistematica ed adeguatrice, consente alle norme di vivere e durare, restando incorrotte nei loro nuclei. Essa supera, nel concreto, l'antinomia che insidia tutti i valori: per cui essi sono, sì, storici e relativi, ma devono, nella società data, servire, appunto, da criteri durevoli di orientamento dell'agire; emergono, cioè, nella storia (sono, forse, il suo fulcro), ma devono collocarsi, relativamente, fuori dalla storia. La storia, altrimenti, è subita e non agita, non consente all'uomo di determinarsi («... se la storia contemporanea può insegnarci qualche cosa, è, evidentemente, che essa non è qualche cosa a cui ci si possa sostenere, su cui ci si possa orientare. Volersi orientare sulla storia vivendo in essa sarebbe come se, in un naufragio, ci si volesse attaccare alle onde»³⁵): in breve, lo abbandona all'arbitrio, proprio e altrui.

³⁴ CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte Costituzionale* (in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, 1969). In arg. v. anche BRANCA, *L'illegittimità parziale delle sentenze della corte costituzionale* (in AA.VV., *La giustizia costituzionale*, a cura di Maranini, 1966); LIEBMAN, *Leggi e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, (in *Riv. dir. proc.*, 1966); e A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali manipolative*, (in *Diritto e giurisprudenza*, 1967).

6. Mentre la interpretazione avrà le caratteristiche in discorso, l'opera adeguatrice potrà ridursi al minimo o mancare del tutto in quei settori in cui la materia è, per così dire, più formalizzata: di guisa che, per un verso, essa non offre apprezzabili margini di espansione o riduzione del valore positivo; e, dall'altro verso, lo stesso valore esige una maggiore stabilità. E qui citerei, oltre alle leggi penali in senso stretto, le norme processuali. Fermo ovviamente che anch'esse vanno sistemate, cioè coordinate e controllate di continuo (negli Stati moderni, specie alla luce dei canoni costituzionali), in sede di interpretazione adeguatrice il giudice e, con lui, gli altri partecipanti al processo devono essere molto sorvegliati³⁶: proprio perché il processo è struttura fissata dalla legge, voluta come uniforme.

Anche nel diritto privato, del resto, i margini di adeguazione ad opera dell'interprete sono meno estesi di quanto si possa immaginare. Vi sono altre e più incisive strade: si pensi al c.d. diritto spontaneo³⁷, specchio dei mutamenti dei rapporti «tipici», il quale entra nell'ordinamento statuale anche attraverso lo svolgimento della «autonomia privata», da quell'ordinamento concessa³⁸, ove i soggetti lo vogliano ed ove non realizzino altrimenti i loro scopi. Si pensi anche all'apporto, in materia di lavoro, della «contrattazione collettiva»³⁹.

³⁶ Come non pare lo sia il giudice del lavoro di Roma, il quale, concessa la cautela *ex art. 700 cod. proc. civ.* mediante decreto, non fissa l'udienza di cui all'art. 690, sotto pretesto che, chi vuole, può chiedere l'integrazione del provvedimento! In proposito v. FAZZALARI, *Problemi e prospettive del processo civile*, relazione introduttiva al convegno promosso dal C.S.M. e svoltosi ad Orvieto nel marzo 1984 (in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984).

³⁷ In arg. G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto* (1952); *Interpretazione del giudice e interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto* (in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, 1957); AGO, *Diritto positivo e diritto internazionale* (1957).

³⁸ MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen* (1935); HIPPEL, *Das Problem der Rechtsgeschäftlichen Privatautonomie* (1936); Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950).

³⁹ M.S. GIANNINI, *Autonomia*, (in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951); F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, (in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959); PERA, *Diritto del lavoro*² (1984).

7. Non si è finora parlato di «lacune», nel significato vasto in cui si sogliono comprendere lacune in senso stretto, antinomie e tutte le figure ai cui bisogni dovrebbe provvedere la logica giuridica⁴⁰. E, invero, laddove, come qui, si ammetta che anche *in claris fit interpretatio* sistematica ed adeguatrice, non ci si deve occupare *ex professo* delle ipotesi in cui tale interpretazione s'impone. Basti ribadire che, dopo un primo approccio semantico, la soluzione va comunque cercata e convalidata mediante logica argomentativa sui valori.

Così è a dirsi, fra l'altro, in ordine ai «principi generali» di un ordinamento⁴¹: oltre a quelli che risultano già espressi, quali i canoni di una Costituzione, è compito dell'interprete enucleare ed esplicitare, mediante raffronto fra i valori singolari ed astrazione da essi, valori rispetto ad essi omogenei, ma di spettro più vasto e comprensivo, e però fondamentali (o, se si vuole, supremi).

Anche a questo proposito, piuttosto di parlare, come si suole, d'impiego dell'analogia, deve ravvisarsi la logica dei valori, la serie di argomentazioni attraverso le quali l'interprete esplicita valori positivi fino al limite. Al di là del quale, peraltro, egli non può andare, a meno che non sia appositamente autorizzato (su ciò ritorneremo⁴²).

8. Il modello d'interpretazione al passo con la storia si attaglia anche al nostro odierno ordinamento statuale.

Quel paradigma si staglia, nitido e completo, nell'attività della

⁴⁰ BRUGI, *L'analogia del diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, (in *Riv. dir. comm.*, 1961); BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit.; BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica* (1961).

⁴¹ PACCHIONI, *Principi generali del diritto*, (in *Arch. giur.*, 1924); JEMOLO, *I concetti giuridici* (1939); BOBBIO, *Principi generali del diritto*, (in *Nov. dig. it.*, XIII, 1966). Sui «principi generali» comuni a più ordinamenti: R.B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of law recognized by civilized Nations*, (in *American Journal of international law*, 1957); GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-common law»*, (in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, 1983).

⁴² *Infra*, § 9.

Corte costituzionale, quale giudice della legittimità costituzionale delle leggi⁴³.

L'attività «interpretativa» di tale giudice si applica tanto ai canoni della Costituzione, che gli servono da metro, quanto alla legge che ad essi vada ragguagliata. Quanto ai canoni costituzionali, la Corte non si limita alla considerazione della singola norma, ma ne ricerca, non solo sul piano semantico, ma anche e soprattutto su quello dei valori, la effettiva portata, in correlazione con tutti gli altri canoni: qui a più forte ragione, perché, da un canto, il canone costituzionale può presentare indeterminazione ed ha bisogno di essere puntualmente coerenziato; dall'altro canto, vi sono canoni che appaiono bisognosi di componimento o risoluzione.

Né potrebbe, la Corte, fare diversamente, rifiutando il compito di adeguamento o svolgendolo arbitrariamente, cioè mediante inserzione di valori eterogenei rispetto a quelli costituzionali: non a caso la Corte è tenuta a (sta là per) cancellare dall'ordinamento le norme che non quadrino coi canoni fondamentali.

Come per i canoni costituzionali, metro del suo giudizio, così per le norme, oggetto del medesimo. All'incontro con una norma sospetta, ed ogni volta che, dopo l'assoluzione, le venga ripresentata, la Corte la sottopone a interpretazione sistematica, dunque adeguatrice, per stabilirne l'attuale valenza, e confrontarla coi canoni fondamentali (a loro volta sempre aggiornati). Per cui la Corte non è abilitata a creare, e non crea, essa stessa la congruenza fra la norma e la Costituzione, imprestando alla prima una interpretazione purchessia, o, peggio, una interpretazione desunta da elementi spuri: se il valore, oggettivamente (ri)dimensionato, non è compatibile con la Costituzione, la Corte non può che annullare.

È appena il caso di aggiungere che, mentre l'annullamento è vincolante per tutti, la previa interpretazione della Corte costituzionale è ovviamente autorevole, ma non vincolante; con essa la Corte partecipa al moto della giurisprudenza pratica che adegua continuamente il diritto, assolvendo un compito che, come accennato, e come ribadiremo, spetta a tutti i giudici, a tutti gli interpreti⁴⁴.

⁴³ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁵, II, (1984); FAZZALARI, *Giudici, diritto, storia*, cit.

⁴⁴ Sulle sentenze c.d. anomale della Corte costituzionale: CRISAFULLI, *Lezioni di*

La osmosi fra la Corte Costituzionale e gli altri giudici italiani accredita il modello operativo di cui sopra presso tutti i giudici e tutti gli interpreti. Oltre alla vigenza positiva esso ha dalla sua la intrinseca razionalità (criterio da preferire, credo, se l'irrazionale va tenuto sotto controllo).

Tale conclusione non è resistita dalle norme sulla interpretazione della legge, e così dall'art. 12 delle preleggi. Senza addentrarci nella disputa circa la forza delle norme sull'interpretazione (personalmente non credo si possa negar loro virtù di legge e considerarle direttive non vincolanti), e senza valerci dell'usuale argomento secondo il quale anch'esse vanno assoggettate a interpretazione che le renda attuali, direi che basta leggere quelle norme anche in termini di valori – anziché soltanto di proposizioni linguistiche e di connessa logica formale – per constatare che il modello in discorso vi corrisponde. D'altra parte, la quasi totalità di quanti stanno alla lettera dell'articolo 12 disp. prelim. c.c., non esclude, ché anzi contempla, la interpretazione «evolutiva», cioè attualizzatrice.

Infine – *last but not least* – il modello in discorso consente all'interprete di svolgere il suo ruolo in costanza della legislazione torrenziana, frammentaria, compromissoria dei nostri giorni: ad essa egli deve irrogare coerenza, operando quella (almeno tendenziale) *reductio ad unitatem* sulla base dei valori fondamentali, che in ogni tempo, ma specialmente in quelli di crisi, è compito del giurista. Egli, per contro, si pone fuori dal nostro assetto costituzionale e dalla propria funzione, ove contempi, come risposta al «diritto frammentario», una «giurisprudenza del (o *nel*) frammento», e/o assecondi l'attuale «neocorporativismo» («neocontrattualismo», se più piace) teorizzandolo addirittura come forma di reggimento⁴⁵.

diritto costituzionale, II, cit.; PICARDI, *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo* (1984); *Le sentenze «integrative» della corte costituzionale*, (in *Riv. dir. proc.*, 1974).

⁴⁵ Per una critica dell'attuale congerie v. COTTA, *La litigiosità odierna. Considerazioni giuridico-culturali* (in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983). Ma in arg. v. anche Fr. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici* (in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1977); *Il diritto privato fra codice e costituzione* (1978); IRTI, *L'età della decodificazione* (1979).

9. Al di là di questi confini non certo angusti, si apre il distinto e variegato campo della «creazione» di norme ad opera del giurista. Tale attività non può essere propugnata o respinta *a priori*. Si tratta piuttosto di stabilire se essa è o non è ammessa, e, se lo è, entro quali limiti: invero il giurista – a differenza dello storico, del sociologo – non può limitarsi a constatare che di tale attività vi sono tracce, storiche ed attuali, anche vistose, ma deve verificare, all'interno dell'ordinamento in cui opera, se essa è legittima. Sempre, nella storia⁴⁶, il giurista per così dire creatore ha avuto o ha vantato una legittimazione da parte dell'ordinamento in cui operava; e, quando non ha potuto esibirla, si è ammantato delle mentite spoglie di mero interprete della legge data.

D'altra parte, alcune tendenze volte a confondere, *a priori*, interpretazione e creazione, o a privilegiare quest'ultima, non appaiono munite di fondamento. Così non ha, a mio avviso, rilievo, l'assunto di matrice idealistica (in sé ovvio, se spogliato delle implicazioni trascendentali), secondo cui l'interprete – così quello delle norme – deve «rivivere» per riprodurre⁴⁷. Invero, rivivere non è reinventare, manomettere, cambiare nel contenuto.

Infondato è un ulteriore assunto – della stessa matrice, almeno nell'area europea –, che svaluta la norma quale regola generale ed astratta (cioè per tipi), preesistente al giudizio, per assegnare al giudice il compito di porla nel caso concreto: non ci si avvede che quella regola si concreta all'insorgere di ogni fattispecie reale, e non con l'eventuale, successivo intervento del giudice (altrimenti noi non avremmo lo *status* di marito e quello di padre se non quando ce ne mettessimo a discutere davanti al giudice e ricevessimo il suo responso!). Qui è la distorta radice di tutti i «monismi» processualistici dell'area latino-germanica, per i quali il diritto insorge all'atto del (e nel) processo e per mano del giudice o, secondo le teorizzazioni più mature, il momento giurisdizionale andrebbe privilegiato⁴⁸. Nella nostra cultura non è possibile soppiantare la «norma» vera e propria – quella generale, in-

⁴⁶ SERRAO, *Interpretazione della legge – dir. romano* – (in *Enciclopedia del diritto*, XXII, s.d., ma 1972); LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.

⁴⁷ CALOGERO, *Etica, giuridica, politica* (1946); *Saggi di etica e di teoria del diritto* (1947).

tendo – con la sentenza (ed è altresì equivoco presentare quest'ultima, con un erroneo kelsenismo, come «norma individuale»⁴⁹: la volizione del giudice è «atto», alla stessa stregua del negozio). Del resto, negli ordinamenti statuali moderni – e così nel nostro – la funzione giurisdizionale è istituita come tutela di posizioni sostanziali pregresse.

In altra cultura, quella statunitense, la stessa fallace suggestione ha portato ad un «realismo giuridico» esasperato che, lungi dal limitarsi a sottolineare la «virtù plasmatrice» dei giudici, nega addirittura la rilevanza della norma generale, per contemplare soltanto la singola decisione⁵⁰. E, invece, anche gli ordinamenti che impiegano giudici *law makers* – senza offrire loro, peraltro, i vasti spazi che taluno potrebbe pensare – traggono dalle sentenze norme generali e tipizzanti; e quei giudici, anche quando non reperiscano il precedente (col connesso vincolo dello *stare decisis*), si muovono con i piedi di piombo, proprio in relazione al loro compito d'indiretti *conditores legis*, il quale l'impegna ad esprimere massime che, occasionate dalla decisione del caso concreto, abbiano, appunto, capacità di espandersi come regole generali⁵¹. Né potrebbe essere altrimenti, dal momento che anche quella di un «legislatore» moderno non è attività libera, sibbene «discrezionale», ancorata a scelte fondamentali.

Se questo è vero, la crisi del «positivismo giuridico»⁵², da più par-

⁴⁹ L'astorico (v. *infra*, cap. III, § 14) modello kelseniano della «formazione a gradi» dell'ordinamento porta alla necessità di considerare la sentenza, come già il negozio e il provvedimento amministrativo, quale «norma» individualizzante. In arg., v. AA.VV., *Il diritto come ordinamento*, (in *Atti del X Congr. della Soc. it. di filos. giur. e polit.*, cit.).

⁵⁰ Sul «realismo giuridico» statunitense e su quello scandinavo v. *infra*, cap. VI, § 3.

⁵¹ MICHELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto: «case law» e «stare decisis»* (1938). V. anche BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England* (1787); nonché HAINES, *The american doctrine of judicial supremacy* (1932); RADBRUCH, *La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent* (1936); GRAVESON, *The Bases of modern english Law* (1949); POUND R., *The Development of american Law and its Deviation from English Law* (1951); CROSS, *Precedent in english law* (1961).

ti denunciata, non significa certo crisi e possibilità di ripudio della normazione per tipi, quindi generale ed astratta, e non induce a ritenere come storicamente privilegiata o addirittura ontologicamente esclusiva la c.d. norma individuale. Certo, il «positivismo giuridico» ha conosciuto gli eccessi dello «statalismo» e del «formalismo» originari⁵³, e risente, ora, delle carenze dei poteri statuali, innanzitutto del legislativo; ma non è in crisi, non può esserlo nel significato, profondo e permanente, di accettazione del diritto positivo, preesistente alla condotta concreta (ed all'eventuale valutazione giudiziaria della medesima), e volto a durare. Non per altro si parla anche di «positivismo giuridico inglese»⁵⁴.

10. Negli ordinamenti moderni latino-germanici – e così in quello nostro attuale – la creazione in discorso non è autorizzata, se non molto marginalmente. Ciò si trae non solo e non tanto dalle norme sulla interpretazione della legge (presenti, come si è detto, nel nostro ordinamento), quanto dall'assetto costituzionale: in un sistema di «fonti legali», quella che fosse per essere costituita dallo stesso giurista dev'essere espressamente contemplata, altrimenti è inammissibile.

Invano si è cercato e si cerca di contrabbandare la creazione come «interpretazione creativa»⁵⁵, sulle orme più avanzate del «giusliberismo» (che, dagli inizi del secolo, ha nettamente travalicato la *Interessenjurisprudenz* classica, pur non ignorandone l'ispirazione, e spesso utilizzandone il nome⁵⁶). La formula «interpretazione creativa», co-

⁵³ Lo Stato come unica fonte. «Il mito hegeliano della divinità dello Stato», dice SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème de rapport entre le droit international et le droit interne* (1984).

Sul «formalismo» v. *retro*, nota 25; nonché *infra*, cap. VI, § 3.

⁵⁴ TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (1961).

⁵⁵ CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, relazione al XIV conv. naz. dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, (in *Atti*, cit.).

⁵⁶ V. specialmente EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1902). KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius). *Der Kampf um Rechtswissenschaft*, cit.

me *non* si addice all'attività, propria dell'interprete, di argomentare intorno al valore in che la norma positiva consiste, e farlo vivere in tutta la sua estensione (qui si verte – lo si è visto – in interpretazione nel senso pieno del termine), così, e per converso, non mette al riparo l'attività con cui il giurista, finendo col porsi come *conditor legis*, incide sul valore positivo, e talvolta giunge ad eliderlo, mediante addendi extrasistemati di svariati ordine e specie. (A volerne tentare, con riferimento alla nostra area culturale, un inventario incompleto, si va da istanze giusnaturalistiche all'equità; dagli insegnamenti della storia pregressa a consuetudini non recepite; da esigenze sociali che il giudice condivida a giudizi di valore da lui stesso formulati, fino e dentro l'area di una specifica ideologia⁵⁷).

La tentazione di «creare» fingendo d'«interpretare» si fa più forte nei periodi di «crisi del diritto», cioè dei contenuti dei valori positivi di una certa società; ma deve ugualmente – o a più forte ragione – essere esorcizzata, incanalando per le vie istituzionali il bisogno di nuovo diritto: pena il graduale, ma definitivo sovvertimento della convivenza.

Né può dirsi che l'interprete sia, d'altra parte, costretto ad un'attività creativa quando si tratti di colmare «lacune»⁵⁸. Fermo che, nella realtà, i grandi ordinamenti, se non sono completi, tendono alla completezza, e che l'impiego del metodo assiologico sopra spiegato consente per lo più all'interprete di cogliere il valore positivo idoneo; ciò fermo, la ipotesi di vera e propria lacuna extrasistemica non impegna, né consente di per sé all'interprete di «farsi legislatore». Anche in tale ipo-

vano quelli di «giurisprudenza teleologica», «giurisprudenza sociologica», «romanticismo giuridico» e, appunto, ma con accenti propri della scuola di Tubinga (RÜMELIN, *Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht* (1891); HECK, *Grundriss des Sachenrechts* (1930)), di *Interessenjurisprudenz* (nuova: quella classica risale a Jhering). V. anche AA.VV., *Interessenjurisprudenz* (1974).

Sul «giusliberismo» v. anche *infra*, cap. VI, § 3.

⁵⁷ L'incidenza di questi addendi non positivi può essere più o meno marcata; ma, al limite, essa porta addirittura ad una modifica abrogatrice della norma data e al conflitto con altre, o con i canoni base dell'ordinamento: pochi giuristi, per la verità, giungono a tanto, ma una tendenza in tal senso pure si avverte (in arg. FAZZA-TADI *Giudici diritto storia cit.*)

tesi, o egli a tanto è abilitato dalla legge (così nell'ordinamento elvetico, il quale contiene una «norma di chiusura» – art. 1 del *Code civil suisse* del 1910 – che statuisce: «à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur»); oppure non lo è, ed allora non può procedere ad alcuna integrazione.

Così, nel nostro ordinamento statutale il giudice deve limitarsi al rigetto della domanda per mancanza del presupposto sostanziale della pronuncia giurisdizionale. Il che non significa, come molti credono, dichiarare illecita la condotta *non* disciplinata nell'ordinamento: la sentenza di rigetto essendo pronuncia di rito e *non* di merito⁵⁹.

Al contrario, negli ordinamenti di *common law*, il giurista, specificatamente il giudice, è abilitato, per l'ipotesi in cui non possa (e, quindi, non debba) rifarsi al precedente, a cogliere «valori» nella società in cui vive ed a trarne la regola per il caso concreto: la quale poi si estende, ancora in virtù dello *stare decisis*⁶⁰, anche ai casi futuri. È da ribadire, però, che ristretti sono i margini in cui i giudici *law makers* si muovono, e ch'essi sogliono operare con grande responsabilità e cautela: sono veramente (*iuris prudentes*, nel senso forte e classico).

Non a caso, del resto, anche la norma di chiusura del diritto svizzero, di cui si è detto, conclude: «Il (giudice: n.d.r.) s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

Come esempi di attività creativa, quanto si voglia marginale, ma legittima negli ordinamenti di *civil law*, si ricordino la norma svizzera ora richiamata, e si considerino, nel nostro ordinamento, sia il dovere, conferito alla Corte Costituzionale e da essa adempiuto, di regolare con norme proprie lo svolgimento dei processi di sua competenza⁶¹, sia il dovere di un altro giudice, quello civile, di giudicare, se richiestone dai litiganti, non alla stregua della legge, bensì di quell'insieme di «valori» complementari o alternativi rispetto alla legge – ma, a differenza della legge, non vincolanti – ch'egli ritenga *pro tempore* costituire l'«equità»⁶².

⁵⁹ FAZZALARI, *Istituzioni*, cit.

⁶⁰ MICHELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale*, cit.

⁶¹ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit.

⁶² Chiedendo che il giudice si rifaccia all'equità, i litiganti confidano in lui più

In tutti i casi in cui l'attività creativa del giurista è ammessa, si assiste, sì, ad un fenomeno d'integrazione del *corpus iuris* mediante norme nuove e diverse: ma, proprio perché si tratta di una integrazione autorizzata, anzi richiesta, da un canto si verte in autointegrazione dell'ordinamento⁶³, dall'altro canto è da escludere che il *novum* possa porsi in conflitto o addirittura elidere i canoni base dello stesso ordinamento. Nessun assetto costituzionale, del resto, consente ai propri organi di «creare diritto» in contrasto con la sua scelta fondante; meno che mai lo consente ai propri giudici e all'interprete in genere.

È, poi, appena il caso di rilevare che, anche dove e quando compie attività di creazione della norma, il giurista non può ignorare i valori positivi vigenti, né può fare a meno delle «forme» del diritto, *pro tempore* a sua disposizione.

11. Quanto si è cercato di chiarire sulla portata e i limiti della interpretazione della norma e su quelli della sua creazione ad opera del giurista, lungi dal ripudiare la di lui partecipazione alla cosiddetta politica del diritto⁶⁴, consente di coerenza e di sottolinearla.

che nelle leggi; e al suo giudizio si assoggettano, senza possibilità di dolersene. Il giudice può rifarsi ai valori emergenti dal contesto sociale, può perfino rifarsi alla legge, identificando con una norma positiva un certo contenuto equitativo; ma può anche non farlo e affidarsi al suo «sentimento di giustizia»: un sentimento quanto si voglia condizionato dalla realtà – e così dall'essere il giudice uomo del suo tempo e dall'essere il rapporto controverso germinato in una certa società – e, tuttavia, insondabile. Il giudice, è ovvio, passa attraverso il processo, può considerarsi tenuto alla motivazione, e può argomentare in modo persuasivo; ma la sua scelta può spaziare, salvo i limiti derivanti dall'ordine pubblico e dal buon costume, che il giudice, sia pure come cittadino, non potrebbe mai varcare.

Per le varie vedute in tema di equità v. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (1880); J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln* (1933); ESSEK, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung in modernen Privatrecht*, (in AA.VV., *Summum ius summa iniuria*, 1963); AA.VV., *L'equità* (1975). Sul giudizio d'equità, DE MARINI, *Il giudizio d'equità nel processo civile (premesse teoriche)* (1959).

⁶³ L'eterointegrazione è, in quanto tale, *non* ammessa. Da ribadire ch'è del tutto fuor di luogo parlare di (auto)integrazione quando si verta nell'ovvia, e sempre necessaria, *interpretazione sistematica*.

⁶⁴ BEUTEL, *Die experimentelle Rechtswissenschaft* (1971); ARNAUD, *Essay*

In sede d'interpretazione, il giurista non può realizzare tendenze e preferenze *de iure condendo*; ma in tutte le altre sedi egli ha il diritto – direi il dovere – di dare il suo contributo al dibattito sul ricambio del *corpus iuris*. Egli, anzi, dovrebbe essere – oggi, purtroppo, nel nostro Paese non lo è – interlocutore privilegiato, in ragione della sua scienza ed esperienza; e andrebbe collocato, per quanto concerne il più ristretto ambito della «politica» in discorso, un gradino più su di quegli apprendisti stregoni che per lo più risultano essere, sul terreno del diritto, i politici-politici.

12. Ma, per tornare al tema della interpretazione in senso proprio, e per concludere, va infine constatato ch'essa, ancorché compiuta dal singolo giurista, è sottoposta alla ricezione, alla convalida oppure al rifiuto degli altri interpreti, della giurisprudenza in genere.

Per intendere, appunto, la *communis opinio* (o, almeno, l'opinione prevalente) che, rispetto ad una norma e in un dato tempo, si forma fra teorici e pratici del diritto⁶⁵ si suole anche parlare di «diritto vivente»⁶⁶.

Esso non può essere trascurato da chi si accinga a conoscere una norma, nel senso ch'egli deve tener conto dell'opinione altrui, e confrontare con essi la propria: tuttavia conservando libertà di critica e capacità d'incidere sulla *communis opinio*, facendola modificare (si pensi alla ricerca di uno studioso o di un avvocato che convinca la Cassazione a cambiare avviso attorno alla portata di una norma).

Ad ogni modo, l'uniformità della interpretazione è valore essenziale di ogni ordinamento: valore che supera l'esigenza – quando mai erroneamente la si accampi – di una interpretazione commisurata alla spe-

d'analyse structurelle du code civil français (1973); FLICKINGER, *Neben er Macht. Begriff und Krise des bürgerliches Rechts* (1980); RODOTÀ, *Il terribile diritto* (1980); RENNER, *Die Rechtsinstituten des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (1981); ORRU, *Richterrecht* (1983).

⁶⁵ LOMBARDI, *Saggi sul diritto giurisprudenziale*, cit.

⁶⁶ V. l'affermazione della Corte costituzionale (sentenza n. 69/1982, est. An-

cificità del caso⁶⁷. Proprio perché al singolo interprete è confidato un compito che può essere svolto bene o male, ma non *geometrico more*, l'apporto iniziale al moto incessante dell'ordinamento, che procede con la storia, non può che essere omogeneo, ispirato all'uniformità.

Questo, poi, significa la «certezza» del diritto, ch'è garanzia di uguaglianza⁶⁸: svolgimento ragionevole e persuasivo delle tendenze giurisprudenziali. La interpretazione della legge non può darsi mai per certa, è vero: ma, almeno, essa dev'essere prevedibile. Preesistenza della legge e prevedibilità della sua «lettura», per via di un'opera coerente della giurisprudenza, realizzano l'esigenza di fondo dell'esperienza giuridica, cioè caratterizzata da norme: «*de prima dignitate, ut certae sint*». Qui stanno la radice del «positivismo giuridico», e, a me pare, il suo umanesimo.

⁶⁷ *Infra* can V § 2