

Osservatorio sulle fonti

INTERPRETARE, COSTRUIRE, ARGOMENTARE

di *Riccardo Guastini**

SOMMARIO: 1. Interpretazione. – 1.1. Prima ambiguità: processo v. prodotto. – 1.2. Seconda ambiguità: astratto v. concreto. – 1.2.1. Sussunzione. – 1.3. Terza ambiguità: cognizione v. decisione. – 1.4. Quarta ambiguità: interpretazione (in senso stretto) v. costruzione giuridica. – 2. La duplice indeterminatezza del diritto. – 2.1. L'equivocità dei testi normativi. – 2.2. La vaghezza delle norme. – 3. Tecniche di interpretazione e di costruzione giuridica. – 3.1. Tecniche di selezione delle norme espresse. – 3.1.1. Un problema pervasivo. – 3.2. Due tecniche di riduzione della vaghezza delle norme. – 3.3. Tecniche di costruzione giuridica. – 3.3.1. Costruzione di lacune. – 3.3.2. Costruzione di gerarchie assiologiche. – 3.3.3. Costruzione di eccezioni inesprese. – 3.3.4. Costruzione di norme inesprese. – 3.3.4.1. Tecniche di costruzione di norme inesprese. – 3.3.4.2. Concretizzazione di principi. – 4. Disposizioni positive sull'applicazione del diritto. – 4.1. Metodi interpretativi. – 4.2. Metodi costruttivi.

This paper is a concise presentation of an analytic and realistic theory of legal interpretation and interpretive reasoning.

Analytic, since its method is the logical analysis of language (viz. legal language of course). Realistic, since it maintains, first, that the meaning (both sense and reference) of legal (statutory, constitutional, etc.) provisions is indeterminate and, second, that interpretation, especially when accomplished by judges, is intrinsically discretionary – it does not amount to cognition, but to decision and, in many cases, to genuine law-creation.

In the first part, a number of conceptual distinctions are introduced: interpretation “in abstracto” and “in concreto”; cognitive, adjudicative, and creative interpretation; interpretation strictly understood and legal “construction”. Legal construction, in particular, consists most of all in formulating brand new, so-called “implicit”, norms.

In the second part, there is a sketchy analysis of the logical structure of the most widespread argumentative techniques, by which judges and academic scholars are used to justify their interpretive and constructive decisions.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Genova.

1. Interpretazione

Generalmente parlando, “interpretare” in ambito giuridico significa – come suggerisce l’art. 12.1 disp. prel. cod. civ. – «attribuire [...] senso» ad un testo normativo¹.

Nondimeno, nel linguaggio corrente dei giuristi il vocabolo “interpretazione” è affetto da una molteplice ambiguità: è ambiguo sotto (almeno) quattro aspetti².

1.1. Prima ambiguità: processo v. prodotto

Con il vocabolo “interpretazione” ci riferiamo talora ad un’attività (o a un processo), talaltra al risultato o prodotto di tale attività³.

Ad esempio, in enunciati del tipo “L’interpretazione è una prerogativa del potere giurisdizionale”, il vocabolo “interpretazione” si riferisce evidentemente ad un’attività (potrebbe essere sostituito con il sintagma “attività interpretativa”). Per contro, in enunciati del tipo “Della tale disposizione la Cassazione dà un’interpretazione restrittiva”, lo stesso vocabolo denota chiaramente non un’attività, ma il suo risultato.

L’interpretazione in quanto attività è un processo mentale. L’interpretazione in quanto prodotto di tale processo è piuttosto un discorso⁴.

1.2. Seconda ambiguità: astratto v. concreto

Con il vocabolo “interpretazione” ci riferiamo talora alla attribuzione di significato ad un testo normativo – “Il testo T ha il significato S” – talaltra alla qualificazione giuridica di un caso concreto – “Il tale atto costituisce omicidio” – qualificazione che dà poi fondamento alla soluzione (o alla proposta di soluzione) di una specifica controversia.

Sebbene questa seconda cosa presupponga logicamente (non psicologicamente) la prima, e sebbene le due cose siano probabilmente indistinguibili nel processo psicologico di interpretazione (specie se stiamo parlando di un giudice), si tratta di due attività

¹ In letteratura si incontra tuttavia anche un concetto più ristretto di interpretazione. Diversi autori distinguono l’interpretazione propriamente detta, intesa come soluzione di dubbi intorno al significato, dalla (mera) comprensione. Cioè, secondo questa definizione, si interpreta solo quando non si comprende, e invece non si interpreta quando si comprende (“in claris non fit interpretatio”). Cfr. per es., WRÓBLEWSKI 1983 e 1989; MARMOR 1992; Diciotti 1999, LIFANTE 2010. Questo modo di vedere, peraltro compromesso con una teoria ingenua dell’interpretazione (Guastini 2014), suona problematico per varie ragioni, tra cui la seguente: la comprensione immediata (irriflessa) di un testo sembra essere null’altro che *un tipo* di interpretazione – l’interpretazione *prima facie* – distinto in quanto tale da altri tipi (distinto in particolare dalla interpretazione “all things considered”). Cfr. DICIOTTI 1999, cap. IV.

² Cfr. GUASTINI 2011, parte I, cap. II.

³ TARELLO 1976.

⁴ A onor del vero, l’espressione “prodotto dell’interpretazione” può assumere due sensi: in un senso, il prodotto dell’interpretazione è il discorso mediante cui l’interprete, per così dire, manifesta la sua attività mentale (“La disposizione D significa S”); in un altro senso, il prodotto dell’interpretazione è il significato ascrivito al testo interpretato (“S”).

intellettuali logicamente distinte⁵. Una cosa è interrogarsi sul senso di una sequenza di parole; altra cosa domandarsi se un caso particolare e concreto ricada o no nell'ambito di applicazione di una determinata norma, previamente identificata. Dobbiamo pertanto distinguere tra:

(i) la interpretazione “in astratto” (o “orientata ai testi”), che consiste nell'identificare il contenuto di senso – ossia la norma o le norme – espresso e/o logicamente implicito in un testo normativo (una fonte del diritto) senza alcun riferimento ad un caso concreto; e

(ii) la interpretazione “in concreto” (o “orientata ai fatti”), che consiste nel sussumere un caso concreto nell'ambito di applicazione di una norma previamente identificata in astratto⁶.

L'interpretazione in astratto risolve problemi quali ad esempio i seguenti.

(a) L'art. 13.1 della costituzione francese dispone: «Il Presidente della Repubblica firma le ordinanze e i decreti approvati dal consiglio dei Ministri». Dobbiamo intendere che il Presidente ha il potere di firmare le ordinanze, o ne ha invece l'obbligo⁷?

(b) L'art. 2 della costituzione italiana proclama solennemente i «diritti inviolabili dell'uomo». Che significa “inviolabile”⁸? Si tratta solo di una mera formula declamatoria, caratteristica del linguaggio enfatico comunemente usato dai redattori di testi costituzionali, priva, in quanto tale, di qualsivoglia contenuto normativo? Si tratta di una semplice reiterazione del carattere rigido della costituzione (i diritti costituzionali non possono essere violati dalla legislazione ordinaria)? O significa invece che i diritti in questione non sono suscettibili di revisione costituzionale, sicché non possono essere toccati neppure da leggi di revisione costituzionale⁹?

L'interpretazione in concreto, dal canto suo, risolve problemi – di sussunzione – del tipo seguente. La norma che proibisce l'ingresso di «veicoli» nel parco (è un classico esempio di scuola) si applica, o no, ad un triciclo? Una norma costituzionale in materia di libertà di «religione» si applica, o no, a Scientology o alla cosiddetta filosofia New Age?

L'interpretazione in astratto è assimilabile alla traduzione¹⁰. L'interpretazione in concreto altro non è che la decisione circa la estensione di un concetto (del concetto mediante il quale l'autorità normativa ha configurato una fattispecie astratta¹¹).

E ancora: l'interpretazione in astratto consiste nell'attribuire senso ad enunciati normativi completi¹². Mentre l'interpretazione in concreto consiste nel determinare il signi-

⁵ CHIASSONI 2007, cap. II. Cfr. però MACCORMICK 1978, 95.

⁶ Cfr. FERRAJOLI 1966; WRÓBLEWSKI 1983; AARNIO 1987.

⁷ TROPER 1994.

⁸ GUASTINI 2007.

⁹ Corte cost., n. 1146/1988.

¹⁰ Eco 2003, cap. 10. Tuttavia l'analogia tra interpretazione e traduzione è messa in discussione da MAZZARESE 2000.

¹¹ Vi torneremo discorrendo di vaghezza.

¹² Conviene tuttavia avvertire che l'enunciato “completo”, che è oggetto di interpretazione in astratto, non necessariamente è una precisa disposizione delle fonti normative (il comma tale dell'articolo tale della tale legge): può anche essere, e spesso è, un frammento di disposizione, o il frutto della ricomposi-

ficato di predicati in senso logico, ossia di termini che denotano classi. Nell'un caso si identificano le norme in vigore; nell'altro si identificano i casi concreti regolati da ciascuna norma¹³.

Il diritto, come diremo meglio tra poco, è duplicemente indeterminato. Per un verso, è indeterminato *l'ordinamento*, nel senso che – a causa della equivocità dei testi normativi – non si sa quali norme appartengano ad esso. Per un altro verso, è indeterminata *ciascuna delle norme esistenti*, nel senso che – a causa della vaghezza dei predicati in tutti i linguaggi naturali – non si sa esattamente quali casi ricadano nel loro campo di applicazione.

Ebbene, l'interpretazione in astratto riduce l'indeterminatezza dell'ordinamento in quanto tale, identificando le norme esistenti; mentre l'interpretazione in concreto riduce l'indeterminatezza delle norme, identificando i casi concreti regolati da ciascuna norma.

1.2.1. Sussunzione

Conviene tuttavia aggiungere un chiarimento e una precisazione circa l'interpretazione in concreto, la quale, abbiamo detto, consiste nel sussumere un caso concreto nell'ambito di applicazione di una norma previamente identificata in astratto.

Il chiarimento è il seguente. "Sussumere" può significare: (a) includere una entità individuale in una classe, oppure (b) includere una classe in una classe più ampia. Ad esempio, dicendo "Tizio è un uomo", si include una entità individuale (Tizio) in una classe (la classe degli uomini); dicendo "Gli uomini sono mortali" si include una classe (la classe degli uomini) in una classe più ampia (la classe dei mortali). In altre parole, esistono due tipi di sussunzione, che possiamo chiamare rispettivamente: sussunzione in concreto e sussunzione in astratto¹⁴.

Alla luce di questa distinzione, occorre introdurre la seguente precisazione. Nel pro-

zione, compiuta dall'interprete, di vari frammenti di disposizioni, talora disperse in una pluralità di documenti normativi.

¹³ Si dicono "predicati" tutti i termini che si riferiscono non ad una entità individuale ("Pinco Pallino", "l'accusato", "la Corte costituzionale", etc.), ma ad una classe ("contratto", "impresa", "associazione", "tribunale", etc.). Una classe è un insieme di entità individuali che condividono un medesimo attributo o insieme di attributi (un attributo può essere una proprietà o una relazione). Il significato dei predicati può essere analizzato in due componenti: il senso (o intensione: "Che cosa vuol dire?") e il riferimento semantico (o estensione, o denotazione: "A che cosa si riferisce?"). Il senso è l'insieme di attributi (proprietà e/o relazioni) che un oggetto deve possedere perché il predicato possa essergli applicato. Il riferimento è la classe di oggetti cui il predicato può essere applicato. Così, ad esempio, il senso di "pianeta" è (grosso modo) corpo celeste opaco (proprietà) che ruota intorno ad una stella (relazione); il suo riferimento è a tutti gli oggetti che presentano questi attributi (Venere, Marte, Terra, etc., ma non Luna). Evidentemente il riferimento dipende dal senso; quanto meno è preciso il senso tanto più esteso è il riferimento, e viceversa. Quanto più si precisa il senso di un predicato – ossia quanti più attributi vi si includono – diminuisce il suo riferimento; quanto meno si precisa il senso – quanti meno attributi vi si includono – aumenta il riferimento. Se, ad es., definissimo "pianeta" come corpo celeste opaco (senza precisare: che ruota intorno ad una stella), il riferimento del predicato includerebbe anche Luna.

¹⁴ ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, p. 303 ss.

cesso interpretativo si realizzano sussunzioni di entrambi i tipi. Esempio di scuola¹⁵: supponiamo di avere una disposizione che proibisce i “contratti sacrileghi”, e supponiamo di dover giudicare il caso concreto di un contratto stipulato di domenica. Per sussumere (in concreto) il contratto in questione nella classe dei contratti sacrileghi, è necessario previamente sussumere (in astratto) la classe dei contratti stipulati di domenica nella classe dei contratti sacrileghi.

Possiamo dire così: mediante sussunzione in astratto si determina una relazione semantica tra due predicati (i.e. termini che denotano classi); ad esempio, “Sono sacrileghi i contratti stipulati di domenica”. Mediante sussunzione in concreto si determina una relazione semantica tra un predicato e una entità individuale; per esempio, “Il contratto fra Tizio e Caio è sacrilego”.

Ora, la sussunzione in astratto è, da un lato, parte essenziale della interpretazione in astratto e, dall’altro lato, presupposto necessario della interpretazione in concreto. Nell’atto di sussunzione in astratto i due tipi di interpretazione, per così dire, si confondono.

1.3. Terza ambiguità: cognizione v. decisione

Con il vocabolo “interpretazione” ci riferiamo talora ad un atto di conoscenza, talaltra ad un atto di decisione, altre volte ancora ad un atto di creazione normativa¹⁶. Dobbiamo pertanto introdurre altre distinzioni.

(i) L’interpretazione *cognitiva* consiste nell’identificare i diversi possibili (plausibili) significati di un testo normativo¹⁷ senza sceglierne alcuno¹⁸.

(ii) L’interpretazione *decisoria* consiste nello scegliere, tra questi, un significato determinato, scartando i rimanenti.

Evidentemente, l’interpretazione cognitiva è (come il nome vuole suggerire) un atto di conoscenza, mentre l’interpretazione decisoria è un atto di volontà, e dunque discrezionale. S’intende che può essere (meramente) cognitiva l’interpretazione dottrinale, ma non può non essere (anche) decisoria l’interpretazione giudiziale.

L’interpretazione cognitiva – “La disposizione D può essere intesa nei sensi S1, S2, o S3” – consiste nell’enumerare i diversi significati che si possono plausibilmente attri-

¹⁵ DWORKIN 1977.

¹⁶ Kelsen 1966, cap. VIII.

¹⁷ Tenendo conto delle regole semantiche e sintattiche della lingua, delle diverse tecniche interpretative in uso, delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.

¹⁸ Scrive Kelsen: «The task of a scientific commentary is first of all to find, by critical analysis, the possible meanings of the legal norm undergoing interpretation; and then to show their consequences, leaving it to the competent legal authorities to choose from among the various possible interpretations the one which they, for political reasons, consider to be preferable, and which they alone are entitled to select. A scientific interpretation has to avoid giving countenance to the fiction that there is always but a single “correct” interpretation of the norms to be applied to concrete cases» (KELSEN 1950, p. XVI). E ancora: «If “interpretation” is to be understood as discovering the meaning of the norms to be applied, its result can only be the discovery of the frame that the norm to be interpreted represents and, within this frame, the cognition of various possibilities for application» (KELSEN 1992, p. 80).

buire ad un testo normativo, a seconda che si impieghi l'uno o l'altro metodo interpretativo, a seconda che si adotti l'una o l'altra tesi dogmatica. Ovvero, da un altro punto di vista, consiste nell'enumerare i significati che a quel testo normativo saranno prevedibilmente attribuiti.

L'interpretazione decisoria presuppone logicamente (non psicologicamente) l'interpretazione cognitiva. L'interpretazione cognitiva, se così si può dire, getta luce sull'indeterminatezza del diritto; l'interpretazione decisoria la risolve (in un senso o nell'altro).

Si prenda questo semplice esempio. L'art. 40 cost. recita: «Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano». Supponiamo ora che, di fatto, nessuna legge disciplini l'esercizio di tale diritto (così era fino a non molti anni fa¹⁹). Ebbene, l'interpretazione cognitiva di questa disposizione costituzionale potrebbe assumere, grosso modo, la forma seguente. All'art. 40 cost. si possono attribuire tre diversi significati²⁰: (a) il diritto di sciopero non può essere esercitato affatto fino a che una qualche legge non ne regoli l'esercizio; (b) in assenza di qualsivoglia disciplina legislativa, il diritto di sciopero può essere esercitato senza limiti; (c) anche in assenza di leggi che disciplinino la materia il diritto di sciopero può essere esercitato, non tuttavia senza limiti, bensì entro i limiti derivanti dal suo bilanciamento con altri diritti e valori costituzionali. L'interpretazione decisoria della medesima disposizione, dal canto suo, consisterà nello scegliere l'uno o l'altro di questi tre significati in competizione.

D'altro canto, si possono distinguere ulteriormente due tipi di interpretazione decisoria:

(a) a volte – interpretazione decisoria standard – la decisione interpretativa consiste nello scegliere un significato nell'ambito (nella “cornice”, per dirla con Kelsen) dei significati identificati (o identificabili) in sede di interpretazione cognitiva;

(b) altre volte – interpretazione *creativa* – la decisione interpretativa consiste nell'attribuire ad un testo un significato “nuovo”, ossia non compreso tra quelli identificati (o identificabili) in sede di interpretazione cognitiva.

Supponiamo che una data disposizione D sia ambigua e possa pertanto essere intesa come esprime la norma N1 o invece la norma N2. Ebbene: l'interpretazione cognitiva si esprimerà con l'enunciato interpretativo “D può significare N1 o N2”; l'interpretazione decisoria standard si esprimerà o con l'enunciato “D significa N1” o con l'enunciato “D significa N2”; l'interpretazione creativa, a sua volta, si esprimerà con l'enunciato “D significa N3” (non sfuggirà al lettore che, per ipotesi, la norma N3 non figura tra i significati plausibili della disposizione D, così come sono stati identificati in sede di interpretazione cognitiva).

Un buon esempio di interpretazione creativa mi pare il seguente. L'art. 72.4 cost. richiede un certo procedimento di approvazione per le leggi «in materia costituzionale». Inutile dire che “materia costituzionale” è un concetto vago, che lascia un vasto margine di discrezionalità interpretativa²¹. Il concetto di leggi “in materia costituzionale”, tutta-

¹⁹ Legge n. 146/1990, poi modificata dalla Legge n. 83/2000.

²⁰ E forse altri che al momento non so ipotizzare.

²¹ Ad esempio: la materia “esercizio del diritto di sciopero” è, o no, materia costituzionale? Ben pochi

via, non è ambiguo: nel comune linguaggio giuridico questo concetto denota univocamente leggi *ordinarie* (non costituzionali) su materie di rilievo costituzionale (esempi paradigmatici: la materia elettorale, l'organizzazione del Governo). Nondimeno, secondo l'opinione della Corte costituzionale, per leggi "in materia costituzionale" deve intendersi: leggi formalmente costituzionali ai sensi dell'art. 138 cost.²². Questo significato dell'espressione cade palesemente fuori del novero di significati – in effetti: dell'unico significato nel caso presente – identificabili in sede di interpretazione cognitiva.

Un altro buon esempio è il seguente. L'art. 11 della costituzione francese consente al Presidente della Repubblica di sottoporre direttamente a referendum un progetto di legge «relativo all'organizzazione dei pubblici poteri». La stessa costituzione, però, disciplina altrove, in modo del tutto differente, la revisione costituzionale; sicché sembra ovvio, in sede di interpretazione cognitiva, che l'art. 11 non si applichi a progetti di legge di revisione costituzionale. Nondimeno, il generale De Gaulle usò l'art. 11 per sottoporre a referendum precisamente un progetto di revisione costituzionale (relativo alla elezione del Presidente a suffragio universale), interpretando l'espressione "organizzazione dei pubblici poteri" come sinonimo di "costituzione" (in senso "materiale"). Interpretazione che a tutti parve non plausibile e imprevedibile, e pertanto "creativa".

L'interpretazione cognitiva è in tutto analoga alla definizione informativa (ricognizione degli usi linguistici effettivi), L'interpretazione decisoria è analoga alla ridefinizione (selezione o precisazione di un significato nell'ambito degli usi effettivi). L'interpretazione creativa è analoga alla definizione stipulativa pura (introduzione di un significato nuovo, inusuale)²³.

L'interpretazione cognitiva è un'operazione puramente scientifica, priva di qualsivoglia effetto pratico, mentre l'interpretazione decisoria (in entrambe le sue varianti: standard e creativa) è un'operazione "politica" (di politica del diritto), che può essere compiuta da un giurista così come da un organo dell'applicazione. L'unica differenza importante è che solo l'interpretazione compiuta da un organo dell'applicazione è "autentica", nel senso kelseniano di questa parola, cioè provvista di conseguenze giuridiche, quanto meno *inter partes* (di cui è priva invece l'interpretazione dottrinale).

1.4. Quarta ambiguità: interpretazione (in senso stretto) v. costruzione giuridica

Occorre tuttavia sottolineare che l'interpretazione creativa, così come è stata qui definita, è un fenomeno abbastanza raro. Nella maggior parte dei casi, ciò che intuitivamente si presenta come una interpretazione creativa consiste nel ricavare da un testo norme inesprese – dette "implicite" – con mezzi pseudo-logici, ossia con ragionamenti non deduttivi (per esempio: l'argomento analogico, l'argomento *a contrario*, etc.). Siffatta operazione non è, strettamente parlando, un atto di interpretazione: si tratta di un genuino atto nomopoietico, cioè di un atto di creazione normativa. Tutto ciò ci conduce

lo sosterebbero, probabilmente. Ma, essendo il diritto di sciopero previsto in costituzione, si potrebbe benissimo argomentare che si: anche l'esercizio del diritto di sciopero è "materia costituzionale".

²² Corte cost., n. 168/1963.

²³ GUASTINI 1997b. Ma sulla teoria della definizione vedi SCARPELLI 1985.

alla quarta ambiguità del vocabolo “interpretazione”.

Con tale vocabolo ci riferiamo talvolta alla attribuzione di significato ad un testo normativo (interpretazione propriamente detta), talaltra a ciò che, in mancanza di meglio, chiameremo – con una espressione di Rudolf von Jhering – “costruzione giuridica”²⁴.

La costruzione giuridica include una vasta serie di operazioni inferenziali caratteristiche della dottrina (specialmente della dottrina, ma, beninteso, anche della giurisprudenza), di cui sarebbe difficile offrire un elenco completo. Tuttavia, si possono menzionare almeno le seguenti:

- (i) costruzione di lacune (normative e assiologiche);
- (ii) costruzione di gerarchie assiologiche;
- (iii) costruzione di eccezioni implicite; e soprattutto
- (iv) costruzione di norme inesprese²⁵.

Tali operazioni sono strettamente connesse tra loro e ciascuna con le altre. Per esempio, la costruzione di eccezioni implicite serve per creare lacune normative e assiologiche; la costruzione di norme inesprese serve per risolvere lacune assiologiche e normative (nonché per concretizzare principi); la costruzione di gerarchie assiologiche serve per creare norme inesprese (nonché per risolvere conflitti tra principi); etc.

2. La duplice indeterminatezza del diritto

Il diritto, abbiamo detto, è duplicemente indeterminato. Vediamo di chiarire il punto.

L’indeterminatezza affligge: per un verso, l’ordinamento in quanto tale; per un altro verso, ciascuno dei suoi componenti, ossia ciascuna norma.

2.1. L’equivocità dei testi normativi

L’ordinamento è indeterminato nel senso che è dubbio, controverso, quali norme “esistano” in esso, o appartengano ad esso. Ciò dipende dalla equivocità – o ambiguità, se si vuole, ma in senso ampio – dei testi normativi, cioè dal fatto che ogni testo normativo ammette una pluralità di interpretazioni, ed è dunque soggetto a possibili controversie interpretative²⁶.

Non sembra possibile offrire un catalogo dei diversi tipi di equivocità. Nondimeno, alcuni esempi caratteristici di equivocità (che sarebbe facile moltiplicare) – e di controverse interpretative corrispondenti – possono chiarire il punto²⁷.

²⁴ LAZZARO 1965.

²⁵ “Implicite”, se si vuole, ma non in senso logico; piuttosto nel senso di “non formulate” (da alcuna autorità normativa). Implicite in senso stretto o logico possono solo essere norme derivate deduttivamente da altre norme senza l’aggiunta di ulteriori premesse (per es., “I maggiorenni hanno diritto di voto”, “I diciottenni sono maggiorenni”, ergo “I diciottenni hanno diritto di voto”).

²⁶ GUASTINI 2011, parte I, cap. III; GUASTINI 2012. Si vedano tuttavia le analisi pionieristiche di ROSS 1958, cap. IV, e TARELLO 1980, cap. III. L’equivocità, di cui si sta parlando, include l’ambiguità in senso stretto ma, come risulterà chiaro dagli esempi, non si riduce ad essa.

²⁷ Per non complicare il discorso oltre misura, ometto qui ogni riferimento ai problemi, anche più

(a) *Ambiguità*. Talvolta un testo normativo è (sintatticamente o semanticamente) ambiguo in senso stretto: ci domandiamo se esprima la norma N1 o la norma N2.

Per esempio, la legge 352/1970, art. 31, stabilisce che «non può essere depositata richiesta di referendum [abrogativo, ai sensi dell'art. 75 cost.] nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere [...]». Ora, l'ambiguità dipende dal vocabolo “anno”, il quale può denotare il periodo che intercorre tra il 1° gennaio e il 31 dicembre (in francese: *année*), ma può anche denotare genericamente un periodo di 365 giorni (in francese: *an*). Dobbiamo dunque intendere che la richiesta di referendum non può essere depositata nell'anno solare anteriore alla scadenza di una Camera (N1), o dobbiamo intendere che non può essere depositata nei 365 giorni antecedenti la scadenza (N2)?

(b) *Complessità*. Talvolta si conviene che un dato testo normativo esprime la norma N1, ma ci si domanda se esso esprima anche la norma N2.

Per esempio, l'art. 32 della costituzione spagnola dispone: «L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio in piena eguaglianza giuridica». Pare ovvio (N1) che ogni uomo e ogni donna abbiano diritto di contrarre matrimonio l'uno con l'altra. Ma dobbiamo ritenere anche (N2) che ogni uomo e ogni donna abbiano diritto di contrarre matrimonio con chicchessia (i.e. anche con persone del medesimo sesso).

O ancora: la legge 352/1970, art. 38, dispone che «nel caso che il risultato del referendum sia contrario all'abrogazione [...] non può proporsi richiesta di referendum per l'abrogazione della medesima legge». Ora, il risultato del referendum può essere “contrario all'abrogazione” – o, per meglio dire, non sortire l'effetto abrogativo – per due ragioni o in due circostanze diverse: non solo quando la maggioranza dei votanti voti “no” (com'è ovvio), ma anche quando la maggioranza degli aventi diritto non voti affatto (art. 75, comma 4, cost.). Ebbene, non si dubita che, in virtù della disposizione menzionata, sia preclusa la richiesta di un nuovo referendum quando il precedente quesito referendario sia stato respinto dalla maggioranza dei voti validi (N1). Ma è dubbio se questa stessa disposizione precluda una nuova richiesta anche quando il referendum precedente abbia avuto esito negativo per il fatto che non ha partecipato al voto la maggioranza degli aventi diritto (N2).

(c) *Implicazione*. Talvolta si conviene che un dato testo normativo esprime la norma N1, ma ci si domanda se N1 implichi, a sua volta, la ulteriore norma N2.

L'art. 94, commi 2 e 5, cost. prevede che ciascuna delle Camere possa votare la sfiducia al Governo (N1). Tale norma implica, o no, che una delle Camere possa votare la sfiducia anche ad un singolo ministro (N2)²⁸?

O ancora: l'attribuzione al Capo dello stato del potere di grazia (art. 87, penultimo comma) implica, o no, che la controfirma ministeriale (richiesta dall'art. 89, comma 1)

difficili, che possono nascere dalla successione di norme nel tempo, dai conflitti tra norme, dalle lacune. Problemi la cui soluzione appartiene al dominio della costruzione giuridica più che a quello della interpretazione strettamente intesa.

²⁸ Vedi al riguardo Corte cost., n. 7/1996, che risponde affermativamente alla domanda.

sia atto dovuto²⁹?

(d) *Defettibilità*. Talvolta, si conviene che una data disposizione esprime la norma N1, ma ci si domanda se tale norma sia “defettibile” (*defeasible*), derogabile, cioè soggetta ad eccezioni implicite non specificate³⁰.

Per esempio: il Presidente della Repubblica può opporre il veto (sospensivo) alle leggi (art. 74, comma 1, cost.), ma può opporlo anche alle leggi di revisione costituzionale (di cui all’art. 138)?

La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo: su tutti? o solo su quelli privi di forza di legge³¹?

E ancora: la norma che vieta l’ingresso di veicoli in un parco – per fare un classico esempio di scuola³² – è o no applicabile alle ambulanze?

2.2. La vaghezza delle norme

All’indeterminatezza dell’ordinamento si aggiunge la ulteriore indeterminatezza di ogni norma³³. Ogni norma esistente è indeterminata nel senso che è dubbio, controverso, quali fattispecie ricadano nel suo campo di applicazione. Ciò dipende dalla ineludibile vaghezza dei predicati in ogni linguaggio naturale³⁴.

Tutti predicati, infatti, hanno un riferimento dubbio o aperto (*open textured*, come si suol dire), sicché sono affetti da vaghezza estensionale³⁵. D’altro canto, la vaghezza estensionale dipende dalla incertezza circa gli attributi che un oggetto deve possedere per appartenere a quella data classe: dipende cioè dalla vaghezza intensionale del predicato in questione.

Pertanto, data una norma qualsivoglia, vi sono fattispecie cui essa è certamente applicabile, fattispecie cui certamente non può essere applicata, e finalmente casi dubbi o “difficili” (*hard cases*, come si usa dire) per i quali l’applicabilità della norma è discutibile.

Per esempio, uno scambio di merce contro denaro al prezzo medio di mercato è senza dubbio una compravendita; uno scambio ad un prezzo irrisorio è una donazione dissimulata; ma a che prezzo dobbiamo fissare la linea di confine tra compravendita e donazione? Si può convenire che la somministrazione di antibiotici e analgesici costituisca “trattamento sanitario” (ai sensi dell’art. 32, comma 2, cost.), ma costituiscono tratta-

²⁹ Vedi al riguardo Corte cost. 200/2006, che risponde affermativamente alla domanda.

³⁰ Sul concetto di “defettibilità” nel diritto il testo fondamentale è ALCHOURRÓN 1996. Cfr. però anche REDONDO 1997; NAVARRO, RODRÍGUEZ, 2000; RODRÍGUEZ 2002; BAYÓN, Rodríguez 2003; ALCHOURRÓN 2010; FERRER BELTRÁN, RATTI (eds.) 2012; RATTI 2013, cap. VIII.

³¹ Per la cronaca: no, secondo Corte cost., n. 406/1989.

³² Vedi SCHAUER 2008.

³³ Nella vasta letteratura, si può vedere: HART 1961; CARRÍO 1994; LUZZATI 1990; COTÉ 1999, spec. p. 353 s.; DICIOTTI, 1999, spec. p. 367 ss.; ENDICOTT 2000.

³⁴ WAISMANN 1968.

³⁵ Per semplificare, ometto di distinguere tra vaghezza senza ulteriori specificazioni e vaghezza potenziale (*open texture*, o trama aperta, propriamente detta).

mento sanitario anche la nutrizione e l'idratazione forzate?

La vaghezza, a differenza della equivocità, è una proprietà oggettiva del linguaggio, e non solo del linguaggio giuridico: tutti i predicati (in senso logico) condividono, almeno potenzialmente, questa proprietà. La vaghezza, pertanto, non dipende dalle tecniche interpretative o dalla dogmatica: non può essere soppressa (anche se può essere ridotta mediante definizioni.)

La vaghezza delle espressioni usate nel linguaggio delle fonti – che non si risolve mediante interpretazione in astratto – fa sì che l'interprete, di fronte a un caso “marginale”, ossia un caso che cade nell’“area di penombra”, ai margini della trama, possa decidere discrezionalmente se la fattispecie in questione debba, o no, essere inclusa nell’ambito di applicazione della norma³⁶.

L'interpretazione in concreto riduce – in relazione all'una o all'altra fattispecie concreta – l'indeterminatezza delle norme.

3. Tecniche di interpretazione e di costruzione giuridica

Nella cultura giuridica occidentale moderna, è abituale per i giuristi e obbligatorio per i giudici “motivare” le loro decisioni interpretative, ossia addurre (non propriamente “motivi”, malgrado sia questa la parola comunemente usata, ma) *ragioni*³⁷. Detto altrimenti: ogni decisione interpretativa – “La disposizione D esprime la norma N1 (e non la norma N2)” – si presenta normalmente come conclusione di un ragionamento.

I “metodi” o “tecniche” di interpretazione altro non sono che l'insieme di ragioni che, nell'ambito di una determinata cultura giuridica, possono essere addotte a sostegno della interpretazione prescelta. Nelle culture giuridiche occidentali moderne, tali tecniche sono innumerevoli: nel seguito, si segnalano solo alcune tra quelle più diffuse nella pratica giuridica³⁸.

3.1. Tecniche di selezione delle norme espresse

Una disposizione normativa è ambigua (nel senso ampio che abbiamo detto), cioè può essere intesa in due (o più) sensi diversi: può esprimere la norma N1 o la norma N2. Si tratta di un problema caratteristico di interpretazione in astratto. Ebbene, vi sono numerose tecniche per scegliere tra queste due norme. Non sembra possibile farne un inventario completo. Tuttavia, si possono segnalare almeno le seguenti.

(i) *Il senso comune delle parole*. In primo luogo – interpretazione letterale o *prima*

³⁶ Ciò non esclude, s'intende, che vi siano casi paradigmatici che senza dubbio si ricadono nel campo di applicazione della norma.

³⁷ I motivi sono i fatti psicologici che *causano* una decisione. Le ragioni sono argomenti, ossia enunciati, che fanno parte di un ragionamento nelle vesti di premesse, e che (non già causano, ma) *giustificano* una decisione. Cfr. Ross 1958, p. 152 s.

³⁸ Cfr. TARELLO 1980; TWINING, MIERS 1982; EVANS 1989; MACCORMICK, SUMMERS (eds), 1991; DICIOTTI 1999; SARTOR 2005; CHIASSONI 2007; GUASTINI 2011.

facie – si può sostenere molto semplicemente che l’una (e non l’altra) delle due norme in competizione corrisponde al senso comune delle parole, quale si evince dal dizionario e dalla sintassi della lingua in cui la disposizione è formulata.

Si osservi, tuttavia, che spesso questo argomento risulta non persuasivo o non concludente. Risulta non persuasivo – e anzi impraticabile – (almeno) tutte le volte che nella disposizione interpretata si impiegano termini tecnici o semi-tecnici del linguaggio giuridico (per esempio: “usucapione”, “prelazione”). Risulta non concludente perché il senso comune delle parole consente di identificare e mettere in evidenza le ambiguità e la vaghezza delle formulazioni normative, ma non di risolverle.

Inoltre, il senso comune delle parole è instabile. Non sempre il senso comune che le parole avevano nel momento in cui la disposizione fu emanata o promulgata coincide con il senso che quelle stesse parole hanno nel momento dell’applicazione. E questo, anzi, è certo quando si applicano testi normativi risalenti (o anche molto risalenti) nel tempo³⁹, nonché quando si applicano testi che includono espressioni valutative⁴⁰. Per questa ragione, esistono, a ben vedere, due tipi di interpretazioni egualmente letterali: l’interpretazione “originalista” e l’interpretazione “evolutiva”. L’una attribuisce alle parole il senso che esse avevano nel momento della formulazione del testo; l’altra sceglie il senso che le parole acquistano nel momento dell’applicazione.

Gli argomenti rimanenti, di cui ora diremo, servono sia per scegliere tra due (o più) significati in competizione, sia per scartare il significato letterale.

(ii) *L’intenzione dell’autorità normativa*. In secondo luogo – interpretazione intenzionale o psicologica – si può sostenere che l’una (e non l’altra) delle due norme in competizione corrisponde all’intenzione dell’autorità normativa: la sua intenzione “semantica”, ciò che voleva dire. Intenzione che si può evincere – almeno, così si suppone – dai “lavori preparatori”. Questo argomento presuppone, da un lato, una concezione imperativistica del diritto (il diritto come l’insieme dei comandi del “sovrano”) e, dall’altro lato, un atteggiamento di deferenza verso la volontà del “legislatore” (in senso materiale).

Anche questo argomento, tuttavia, risulta spesso non persuasivo. Le autorità normative – solitamente organi collegiali – non hanno una “intenzione” nello stesso senso in cui può averla un individuo. Per questo, l’intenzione delle autorità normative – se mai esiste una cosa del genere – non è suscettibile di conoscenza empirica: può solo essere oggetto di congetture. Pertanto, l’ascrizione di una intenzione ad una autorità normativa può facilmente essere contestata, e persino squalificata in quanto tale (quale che sia, cioè, l’intenzione ascritta).

Ad ogni modo, l’argomento della intenzione dell’autorità normativa serve non tanto per scegliere (in positivo) il significato di una disposizione, quanto piuttosto per scartare (in negativo) altri significati possibili: in particolare, il significato letterale (“Il significato S, letterale, *non* corrisponde all’intenzione dell’autorità normativa”). Detto altrimenti:

³⁹ Si pensi alla costituzione degli USA (1787).

⁴⁰ Espressioni valutative si incontrano, tipicamente, nelle cosiddette “clausole generali” e in molti principi costituzionali.

in questi casi, l'argomento in questione non è, in quanto tale, concludente: è solo un passo nell'ambito di una strategia argomentativa più ampia. Scartato il significato letterale, quale altro significato dobbiamo scegliere? Qui si apre lo spazio per altri argomenti interpretativi.

(iii) *Il fine dell'autorità normativa*. In terzo luogo – interpretazione “teleologica” – si può sostenere che l'una (e non l'altra) delle due norme in competizione corrisponde al fine dell'autorità normativa, alla *ratio legis*: all'intenzione non semantica, questa volta, ma “pratica” dell'autorità normativa, ciò che intendeva non dire, ma fare od ottenere. Si suppone che il fine dell'autorità normativa possa essere ricavato dai “lavori preparatori”, guardando alle circostanze sociali in cui il testo normativo fu emanato o promulgato⁴¹.

Ma, naturalmente, l'ascrizione di un fine all'autorità normativa è frutto di una mera congettura, che solleva gli stessi problemi di cui abbiamo detto parlando di intenzione⁴².

Si osservi, inoltre, che l'osservanza o l'applicazione di una norma produce normalmente una pluralità di effetti pratici, e ciascuno degli effetti che una norma può produrre può essere considerato come fine della norma in questione. Una norma che stabilisce una imposta sul reddito può essere intesa, indifferentemente, come diretta ad aumentare le entrate dello stato, a redistribuire la ricchezza, o anche (perché no?) a scoraggiare la produzione di reddito. Di una norma penale si può pensare, indifferentemente, che sia diretta a reprimere, o invece a prevenire, il comportamento qualificato come reato, ma anche (perché no?) ad aumentare la popolazione carceraria. Questi esempi illustrano bene, mi pare, il carattere valutativo delle congetture intorno alla *ratio legis*. Probabilmente, a molti sembrerà “irragionevole” che il legislatore voglia disincentivare la produzione di reddito, e sembrerà “ragionevole” invece che voglia redistribuire il reddito prodotto. Molti riterranno “irragionevole” lo scopo di incrementare la popolazione carceraria, e riterranno “ragionevole” lo scopo di reprimere le condotte indesiderate. Ma, ovviamente, “ragionevole” e “irragionevole”, riferiti alla scelta di fini, sono concetti valutativi.

(iv) *Le esigenze sociali*. In quarto luogo, si può sostenere che l'una (e non l'altra) delle due norme in competizione risponde meglio alle “esigenze della società” (o alcune del genere⁴³).

Questo tipo di argomento può essere usato per scegliere tra due significati in competizione, o per sostenere una interpretazione che attribuisce al testo normativo un significato distinto da quello letterale, ma anche (e forse soprattutto) per attribuire al testo un significato “nuovo”, diverso dai significati già stabiliti. È, quest'ultima, una interpretazione “evolutiva”, in un senso leggermente diverso da quello già incontrato.

Inutile dire che l'identificazione delle “esigenze sociali” – ciò che la società richiede

⁴¹ Non esiste, tuttavia, una chiara distinzione tra l'interpretazione intenzionale e l'interpretazione teleologica.

⁴² ROSS 1958, p. 146 ss.

⁴³ Ad es., la “natura delle cose”, la “natura delle relazioni sociali”, la “coscienza sociale”, etc.

– non è e non può essere il risultato di un accertamento empirico: è piuttosto il risultato di una valutazione politica dell'interprete.

(v) *Il “sistema” del diritto*. In quinto luogo, si può sostenere che l'una (e non l'altra) delle due norme in competizione si accorda – o si accorda meglio – con il “sistema del diritto”. Questo argomento (senza dubbio uno dei più utilizzati) serve a preservare sia la coerenza logica, sia la congruenza (l'armonia) assiologica dell'ordinamento.

Di fronte ad una disposizione che ammette due interpretazioni alternative, si usa questo argomento per scegliere quella che *non* crea contraddizioni logiche (antinomie) o disarmonie assiologiche con altre norme:

(a) sia, e soprattutto, con norme superiori nella gerarchia delle fonti (per esempio, antinomie o disarmonie tra legge ordinaria e costituzione: interpretazione sistematica “verticale” o “adeguatrice”)⁴⁴;

(b) sia con norme dello stesso livello gerarchico (per esempio, incongruenze o antinomie tra una regola ed un principio generale: interpretazione sistematica “orizzontale”)⁴⁵.

(vi) *La ragionevolezza*. In sesto luogo, si può sostenere che l'una (e non l'altra) delle due norme in competizione non è una interpretazione “ragionevole”, giacché produce risultati “assurdi”⁴⁶. Questo argomento, che normalmente suppone un congettura intorno alla *ratio legis*, può essere impiegato soprattutto per rigettare l'interpretazione letterale.

Però, come già si è detto altrove, la “ragionevolezza” di una norma, o dell'effetto che una norma può produrre nella società, dipende interamente dai giudizi di valore dell'interprete. I giudizi di ragionevolezza sono giudizi di giustizia mascherati.

3.1.1. *Un problema pervasivo*

Vi è peraltro un problema di interpretazione in astratto che merita un trattamento indipendente a causa della sua pervasività: è un problema che affligge, si può dire, quasi tutti i testi normativi.

Può accadere (ma accade molto raramente) che una disposizione normativa contenga nell'antecedente l'avverbio “solo” (o un'espressione equivalente): “*Solo* se F (fattispecie), allora G (conseguenza giuridica)”. In queste circostanze, la fattispecie è condizione non sufficiente, ma necessaria della conseguenza G. In altre parole, non si dà la conseguenza G senza la fattispecie F. Ne segue logicamente che alla classe di fattispecie

⁴⁴ La interpretazione adeguatrice o “conforme” della legge rispetto alla costituzione (ad una costituzione rigida) svolge un ruolo fondamentale nella giurisprudenza di tutti i tribunali costituzionali.

⁴⁵ COTÉ 1999, p. 388. Per es., una disposizione di legge (non penale) che può essere intesa sia come retroattiva, sia come non retroattiva, la si interpreta preferibilmente come non retroattiva, per conformarla al principio generale di irretroattività, che (fuori della materia penale) ha rango meramente legislativo, ed è sovraordinato alle leggi solo in senso assiologico.

⁴⁶ Si presume dunque che le autorità normative siano agenti “razionali”. Cfr. BOBBIO 1971.

complementare⁴⁷ a quella disciplinata (ossia non-F) non si applica la conseguenza G (“Se non-F, allora non-G”)⁴⁸.

Però, data una disposizione che abbia la forma “Se F, allora G” – di talché la classe di fattispecie F parrebbe, alla lettera, conseguenza sufficiente, non necessaria, della conseguenza G – che cosa dobbiamo pensare della classe complementare non-F? Si aprono qui due possibilità interpretative, e ciascuna di esse si avvale di una variante dell’argomento *a contrario*.

(i) In primo luogo – argomento *a contrario* in funzione interpretativa – si può interpretare alla lettera: la disposizione *non dice nulla* delle fattispecie diverse da F, le quali risultano pertanto semplicemente prive di qualsivoglia disciplina. La disposizione si applica “solo” alle fattispecie del tipo F nel senso che *tace* su tutte le altre.

(ii) In secondo luogo – argomento *a contrario* in funzione costruttiva – si può interpretare la disposizione come se *tacitamente* contenesse la clausola “solo”, e pertanto implicasse logicamente la norma “Se non-F, allora non-G”. La disposizione si applica “solo” alle fattispecie del tipo F nel senso che tutte le altre fattispecie hanno la conseguenza giuridica opposta. Così facendo, a partire dalla norma espressa “Se F, allora G”, si costruisce la norma inespressa “Se non-F, allora non-G”.

Immaginiamo una disposizione costituzionale che attribuisca il diritto di voto ai cittadini: “Se cittadini, allora diritto di voto”. Hanno, o no, diritto di voto gli stranieri? Questa domanda ammette due risposte, e ciascuna di esse utilizza precisamente una di queste due varianti dell’argomento *a contrario*.

(a) La disposizione costituzionale, nel menzionare solo i cittadini, non dice nulla degli stranieri. Cioè la costituzione è lacunosa sul punto. Conseguenza: il legislatore ordinario può conferire, così come denegare, il diritto di voto agli stranieri, senza violare la costituzione.

(b) La disposizione costituzionale, nel menzionare solo i cittadini, esclude positivamente – ancorché tacitamente – gli stranieri. Cioè gli stranieri non hanno diritto di voto. Conseguenza: il legislatore ordinario, conferendo il diritto di voto agli stranieri, violerebbe la costituzione.

3.2. Due tecniche di riduzione della vaghezza delle norme

Prendiamo ad esempio una disposizione che si riferisca alla fattispecie “rovina di edificio”. Questa locuzione è vaga: indiscutibilmente il concetto comprende il crollo totale di un immobile, ma è discutibile se si estenda anche, per esempio, al crollo di un balcone. Ebbene: come ridurre la vaghezza e risolvere il problema?

Le strategie fondamentali di riduzione della vaghezza sono due: l’argomento dell’analogia (o “eguaglianza sostanziale”) e l’argomento della dissociazione (o “differen-

⁴⁷ Due classi di fattispecie sono complementari allorché la loro congiunzione esaurisce l’intero universo delle fattispecie. Data una classe C di entità qualsivoglia, la classe complementare è quella che include tutte le entità che non appartengono a C. Sul punto cfr. CHIASSONI 2007, p. 222 ss.

⁴⁸ GARCÍA AMADO 2001.

za sostanziale”)⁴⁹.

(i) *Analogia*. Una prima strategia di riduzione della vaghezza consiste nel sostenere che – alla luce di una supposta *ratio legis* (il fine della norma, o il risultato pratico che la norma intendeva conseguire) – il crollo di un balcone è in tutto analogo, “sostanzialmente eguale”, alla rovina di un edificio. Se ne può concludere che la norma si applica anche alla fattispecie “crollo di balcone”: “lex minus dixit quam voluit”.

È, questo, un esempio di interpretazione estensiva, fondata sull’argomento analogico. Così facendo, si riduce l’area di “penombra” della norma, *includendo* nel suo campo di applicazione la classe di fattispecie marginali “crollo di balcone”.

(ii) *Dissociazione*. Una seconda strategia consiste nel sostenere, al contrario, che crollo di balcone e rovina di edificio – sempre alla luce di una supposta *ratio legis* – sono fattispecie diverse, “sostanzialmente distinte”. Con la conclusione che la norma sulla rovina di edificio *non* si applica alla fattispecie “crollo di balcone”.

È, questo, un esempio di interpretazione restrittiva, fondata sull’argomento della dissociazione (in tutto analogo al *distinguishing* dei giudici di *common law*). Di nuovo, per questa via, si riduce l’area di “penombra” della norma, *escludendo* dal suo campo di applicazione la classe di fattispecie marginali “crollo di balcone”.

3.3. Tecniche di costruzione giuridica

Ho detto altrove che le principali operazioni di costruzione giuridica sono: (i) la costruzione di lacune (normative e assiologiche); (ii) la costruzione di gerarchie assiologiche; (iii) la costruzione di eccezioni implicite; e soprattutto (iv) la costruzione di norme inesprese. Vediamo di analizzare (sommariamente) queste diverse operazioni.

3.3.1. Costruzione di lacune

Esistono due tipi fondamentali di lacune: normative e assiologiche⁵⁰.

(i) *Lacune normative*. Sussiste una lacuna allorché una fattispecie F non è disciplinata in alcun modo da alcuna norma espressa dell’ordinamento.

Accade però spesso che le fonti del diritto possano essere interpretate sia nel senso che la fattispecie F è priva di disciplina, sia nel senso che F è disciplinata⁵¹. La prima

⁴⁹ ROSS 1958, p. 148 ss. Cfr. anche SCHAUER 1991. Dire che due fattispecie sono “sostanzialmente eguali” equivale a dire che meritano la stessa conseguenza giuridica; dire che sono “sostanzialmente diverse” equivale a dire che esigono conseguenze giuridiche distinte.

⁵⁰ Esistono in effetti lacune di un terzo tipo: le lacune c.d. “tecniche”. Una lacuna tecnica è la mancanza di una norma che sarebbe condizione necessaria di efficacia di un’altra norma. Ad es., una legge (o una costituzione) istituisce un organo elettivo, ma non definisce alcun sistema elettorale, sicché l’organo in questione non può essere eletto in alcun modo fino a che un qualche sistema elettorale non sia prescritto da norme ulteriori.

⁵¹ In altre parole, le norme espresse sono il risultato di una determinata interpretazione.

interpretazione produce una lacuna, la seconda la evita. Detto altrimenti, le lacune non sono difetti “oggettivi” dell’ordinamento: dipendono dall’interpretazione. L’interpretazione può crearle, così come evitarle⁵². Una lacuna normativa può essere creata, per esempio, nell’uno o nell’altro dei due modi seguenti⁵³.

(a) Usando l’argomento *a contrario* in funzione interpretativa e respingendo così qualunque interpretazione estensiva: di fronte ad un insieme di disposizioni – al limite, l’ordinamento nella sua interezza – che regolano un insieme (per quanto ampio) *finito* di fattispecie, argomentando *a contrario* si può concludere che tutte le fattispecie non espressamente incluse in questo insieme sono prive di disciplina⁵⁴.

(b) Usando l’argomento della dissociazione: in presenza di una disposizione che regola la classe di fattispecie F, si può sostenere che tale classe comprende due sottoclassi, F1 e F2, “sostanzialmente diverse”, e che l’intenzione dell’autorità normativa era regolare una sola di queste sottoclassi (F1, poniamo) di talché l’altra sottoclasse (F2) resta priva di disciplina: *lex magis dixit quam voluit*.

(ii) *Lacune assiologiche*. Vi sono due tipi di lacune assiologiche⁵⁵.

(a) A volte, banalmente, una fattispecie non è disciplinata in alcun modo⁵⁶, ma secondo l’interprete *dovrebbe* esserlo.

Per esempio, il legislatore ha conferito un diritto ad una classe di soggetti S1 (i professori universitari, poniamo), senza estendere lo stesso diritto ad un’altra classe di soggetti S2 (i professori di liceo). Tuttavia, queste due classi di soggetti appaiono all’interprete “sostanzialmente eguali”. Manca dunque una norma che attribuisca lo stesso diritto ai soggetti S2. O, ancora, altro esempio: il diritto conferisce un certo potere ad un dato organo dello stato senza stabilire alcun limite al suo esercizio. Tuttavia, all’interprete non sembra ammissibile (o “ragionevole”) che non vi siano limiti sostanziali all’esercizio di quel potere. Manca dunque una norma che stabilisca tali limiti⁵⁷.

(b) Altre volte, una fattispecie è sì disciplinata da una norma, ma, secondo l’interprete, è disciplinata in modo assiologicamente inadeguato. Il legislatore ha disciplinato una classe di fattispecie, che include tuttavia due sottoclassi “sostanzialmente diverse”. Il legislatore, insomma, non ha preso in considerazione una distinzione che avrebbe dovuto considerare: se l’avesse considerata, avrebbe disciplinato diversamente una delle due sottoclassi⁵⁸. Una lacuna di questo tipo, dunque, non è una fattispecie priva di con-

⁵² Si pensi all’esempio del “crollo di balcone”. Se si interpreta la disposizione sulla rovina di edificio nel senso che essa si applica anche al crollo di balcone, tale fattispecie risulta disciplinata, e nessuna lacuna si presenta. Se, per contro, si interpreta la stessa disposizione nel senso che essa non si applica al crollo di balcone, ecco la stessa fattispecie risulta priva di disciplina, e il diritto appare lacunoso.

⁵³ Talora anche la semplice interpretazione letterale può creare una lacuna normativa, mentre l’interpretazione estensiva consentirebbe di evitarla.

⁵⁴ Cfr. CONTE 1968. L’insieme di fattispecie non regolate dal diritto sarebbe il c.d. “spazio giuridico vuoto”: BERGBOHM 1892; ROMANO 1925.

⁵⁵ PARODI 1996; GUASTINI 2011, parte II, cap. III.

⁵⁶ Sicché, si potrebbe sostenere, essa cade nello “spazio giuridico vuoto”.

⁵⁷ Così ragiona, ad es., LUCIANI 2009 a proposito della emanazione presidenziale dei decreti-legge.

⁵⁸ ALCHOURRÓN, BULYGIN, 1974, p. 158.

sequenza giuridica: è piuttosto una fattispecie regolata in modo insoddisfacente.

Per esempio, il legislatore ha dettato una certa disciplina previdenziale per i professori tutti, senza distinguere tra professori universitari e professori di liceo. L'interprete ritiene tuttavia che le due sottoclassi di professori richiedano discipline previdenziali distinte. Manca dunque una norma che stabilisca un regime previdenziale diverso per l'una o l'altra sottoclasse di soggetti.

Entrambi i tipi di lacune assiologiche dipendono da giudizi di valore dell'interprete: è l'interprete che "costruisce" tali lacune con sue valutazioni⁵⁹.

Quelle del secondo tipo, in particolare, si producono precisamente per mezzo della dissociazione⁶⁰, ossia derogando a (incluso una eccezione implicita in) una norma, in modo tale che la norma in questione si applichi non a tutte le fattispecie letteralmente previste, ma solo ad una sottoclasse di esse, mentre l'altra sottoclasse rimane non disciplinata.

Le lacune normative e assiologiche si risolvono elaborando norme inesprese atte a regolare le fattispecie non previste.

3.3.2. Costruzione di gerarchie assiologiche

Una gerarchia assiologica è una relazione di valore tra norme, creata non dal diritto stesso (come ad esempio la gerarchia delle fonti) ma dagli interpreti, mediante un giudizio di valore, espresso o tacito: "La norma N1 ha più valore della norma N2"⁶¹.

Un modo caratteristico di creare una gerarchia siffatta tra due norme è attribuire ad una di esse il valore di "principio", considerando l'altra come mera regola di dettaglio. I principi sono, per definizione, più "importanti" delle regole, giacché caratterizzano la fisionomia dell'ordinamento, e ciascuno di essi offre fondamento assiologico, giustificazione, ad una pluralità di regole.

Le gerarchie assiologiche orientano l'interpretazione: in particolare, come già si è detto, guidano la selezione tra due significati egualmente ammissibili di una data disposizione. Poniamo che una disposizione ammetta due interpretazioni, N1 e N2; poniamo inoltre che una delle due, N1, sia conforme ad una norma assiologicamente superiore (un principio generale), mentre N2 è in conflitto con essa; ebbene, l'esistenza di una gerarchia assiologica è un argomento abbastanza persuasivo per scegliere N1⁶².

D'altra parte, si incontrano esempi molto importanti di gerarchie di questo tipo nella giurisprudenza di tribunali costituzionali.

(a) Alcuni tribunali costituzionali – tra cui la Corte costituzionale italiana – assumono che le norme costituzionali non abbiano tutte lo stesso valore, nel senso che alcune di

⁵⁹ Non sfuggirà che in entrambi i tipi è coinvolto il principio di eguaglianza, inteso (aristotelicamente) nel senso che i casi eguali devono essere trattati in modo eguale e, simmetricamente, i casi diversi devono essere trattati in modo diverso.

⁶⁰ PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 1966.

⁶¹ TARELLO 1980, cap. VII; GUASTINI 1997a.

⁶² Vedi l'es., già menzionato, di una disposizione di legge (non penale) che può essere intesa alternativamente sia come retroattiva, sia come non retroattiva.

esse (non necessariamente espresse) hanno più valore delle altre⁶³. Con la conseguenza che le norme in questione non possono essere modificate, derogate, o abrogate in alcun modo: neppure mediante il procedimento di revisione costituzionale⁶⁴.

(b) Tutti i tribunali costituzionali senza eccezione si imbattono, spesso, in un conflitto tra principi costituzionali, i quali per l'appunto hanno la deprecabile tendenza a contraddirsi quando debbano essere applicati a casi concreti. Esempio classico, comune a molte costituzioni: il conflitto tra libertà di stampa e taluni diritti della personalità (il diritto all'onore, all'intimità della vita privata, all'identità personale). Un altro buon esempio è il conflitto tra il diritto di sciopero nei servizi pubblici e i diritti costituzionali degli utenti.

Le antinomie normative di questo tipo non possono essere risolte impiegando i criteri standard di soluzione dei conflitti tra norme. Non si può usare il criterio *lex posterior* giacché i principi in questione sono (di regola) coevi. Non si può usare il criterio *lex superior* giacché i principi in conflitto hanno lo stesso rango nella gerarchia delle fonti. Neppure si può usare il criterio *lex specialis* giacché tra le classi di fattispecie disciplinate dai principi di cui trattasi non sussiste una relazione da genere a specie⁶⁵.

Ebbene, la tecnica normalmente impiegata dai giudici costituzionali per risolvere i conflitti tra principi costituzionali è quella che si usa chiamare “ponderazione” o “bilanciamento”⁶⁶. La metafora è trasparente: si tratta di mettere i due principi in conflitto sui piatti di un bilancia, e dunque “pesarli”, per vedere quale “pesi” di più, ossia quale abbia maggior valore in relazione al caso concreto. Il risultato della ponderazione è un giudizio di valore comparativo, che istituisce precisamente una gerarchia assiologica. Il principio con più valore sarà, in quel caso concreto, applicato; quello con minor valore sarà accantonato.

3.3.3. Costruzione di eccezioni inesprese

Spesso la costruzione giuridica assume la forma di elaborazione di eccezioni inesprese, per mezzo della dissociazione, ossia introducendo nella classe di fattispecie prevista dal legislatore una distinzione che il legislatore non ha fatto per nulla. Questa tecnica argomentativa, infatti, può essere utilizzata non solo per ridurre la vaghezza – cioè per restringere il riferimento di un predicato (interpretazione restrittiva) – ma anche per derogare ad una norma, costruendo eccezioni implicite (che a loro volta possono dar luogo a lacune, normative o assiologiche).

Torniamo ad un esempio (alquanto stucchevole) che sempre si incontra in letteratura:

⁶³ Corte cost., n. 175/1971: «È da condividere l'assunto della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione, rispetto alla quale è individuabile (come del resto in ogni corpo di disposizioni ordinate in sistema) un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre».

⁶⁴ Corte cost., n. 1146/1988.

⁶⁵ Nella terminologia di ROSS 1958, si tratta di un'antinomia del tipo “parziale-parziale”.

⁶⁶ Nella vasta letteratura si può vedere: ALEXY 1993; CELANO 2002; PRIETO SANCHÍS 2003; MARTÍNEZ ZORRILLA 2007; PINO 2010.

la norma che proibisce l'ingresso di veicoli nel parco.

In presenza di una norma siffatta, qualcuno può argomentare – invocando una presunta *ratio legis* – che essa è soggetta ad (almeno) una eccezione: quella delle ambulanze, che pure senza dubbio sono veicoli, giacché non pare “ragionevole” che il legislatore voglia impedire l'ingresso nel parco anche alle ambulanze (quando ciò sia necessario, s'intende, perché c'è, ad esempio, un ferito da portare all'ospedale). In altre parole, il divieto *non* si applica a questa fattispecie.

Si noti che qui non si tratta della “normale” interpretazione restrittiva (non si può seriamente argomentare che il termine “veicolo” non si applichi alle ambulanze): si tratta di una cosa diversa. La struttura logica della norma originaria era (N1): “Se veicolo, allora proibito l'ingresso”. Ora, per contro, abbiamo una norma (N2) con la struttura seguente: “Se veicolo e non ambulanza, allora proibito l'ingresso”. Come si vede, trattasi di due norme diverse. In altre parole, la norma originaria N1 è stata sostituita con una norma diversa, N2. Per questo, abbiamo a che fare non con una “normale” interpretazione (attribuzione di significato ad un testo), ma con un'opera di costruzione giuridica.

3.3.4. Costruzione di norme inesprese

Tra le molteplici operazioni di costruzione giuridica, riveste una importanza speciale la costruzione di norme inesprese. Con la espressione “norme inesprese” mi riferisco a tutte quelle norme che nessuna autorità normativa ha formulato: norme, cioè, che non possono essere considerate come significati (plausibili) o come implicazioni logiche di alcuna disposizione normativa determinata. Costruendo norme inesprese, gli interpreti compiono una attività legislativa dissimulata. E ciò costituisce la parte quantitativamente e qualitativamente più importante del lavoro dei giuristi.

Spesso (ma non sempre, come vedremo subito) una norma inespressa è la conclusione di un ragionamento che include norme esplicite nelle premesse. Ragionamenti siffatti, però, primo, non sono logicamente validi o stringenti (non hanno carattere deduttivo) e, secondo, includono anche premesse che non sono norme esplicite, ma sono invece definizioni, schemi concettuali, dottrine, elaborati arbitrariamente dalla dogmatica⁶⁷. Qualche esempio dovrebbe chiarire il punto.

L'art. 139 della costituzione italiana proibisce qualunque revisione della “forma repubblicana” dello stato. Molti costituzionalisti, tuttavia, assumono che uno stato repubblicano sia, per definizione, anche democratico, e ne concludono che non è ammessa neppure la revisione della forma democratica dello stato. Inutile dire che questa conclusione, il cui solo fondamento è un discutibile concetto dogmatico di “repubblica”, ha il notevole effetto di sottrarre alla revisione costituzionale quasi l'intero testo della costituzione.

La Corte di giustizia dell'Unione europea assume, da un lato, che il diritto comunitario⁶⁸ e il diritto degli stati membri costituiscano un sistema giuridico unico e, dall'altro

⁶⁷ GUASTINI 2004, p. 104 ss.

⁶⁸ Oggi si dovrebbe ormai dire “diritto europeo”. Il Trattato di Lisbona ha infatti sostituito la Comunità europea con l'Unione europea.

lato, che le norme comunitarie siano sovraordinate alle norme interne degli stati membri. Da ciò trae la conclusione che la legislazione statale è invalida (o comunque non applicabile) quando sia incompatibile con il diritto comunitario⁶⁹.

La Corte costituzionale italiana assume, al contrario, che il diritto comunitario e il diritto degli stati membri siano sistemi giuridici indipendenti, e ne trae la conclusione che il diritto comunitario non può né abrogare né invalidare la legislazione statale incompatibile⁷⁰. Anche questa assunzione è priva di qualunque base testuale nel Trattato.

Secondo la teoria costituzionale “classica” dell’Illuminismo, la funzione di ogni costituzione è limitare il potere politico⁷¹; questo modo di vedere implica che le norme costituzionali siano rivolte (solo) ai supremi organi dello stato e non siano in alcun modo soggette ad applicazione giurisdizionale. Oggidi, al contrario, molti costituzionalisti pensano che funzione della costituzione sia (anche o persino essenzialmente) modellare le relazioni sociali tra i cittadini⁷²; da questa opinione essi traggono la conclusione che le norme costituzionali debbano essere applicate direttamente da qualunque giudice in qualunque controversia (ciò che si chiama “Drittwirkung” nella dottrina tedesca)⁷³.

3.3.4.1. Tecniche di costruzione di norme inesprese

Sono tecniche caratteristiche per la costruzione di norme inesprese: l’argomento *a contrario* in funzione (appunto) costruttiva, l’argomento analogico, e l’argomento *a fortiori*.

(i) *Argomento a contrario*⁷⁴. Come già abbiamo visto, l’argomento *a contrario* conosce due varianti, e pertanto può essere usato per fare due cose abbastanza diverse.

In una prima variante – meramente interpretativa – l’argomento serve a creare una

⁶⁹ Corte di giustizia europea, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa*: «A differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli stati membri, [...] che i giudici nazionali sono tenuti ad applicare. [...] La integrazione nel diritto di ciascuno stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del Trattato hanno per corollario l’impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale successivo, il quale pertanto non può essere incompatibile con l’ordinamento comunitario. Scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità. Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell’ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro poteri sovrani». Cfr. anche Corte di giustizia europea, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

⁷⁰ Corte cost., n. 170/1984.

⁷¹ Si ricordi l’articolo 16 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution».

⁷² BOGNETTI 2004.

⁷³ Vedi ad es. ZAGREBELSKY 1992.

⁷⁴ CARCATERRA 1994.

lacuna (normativa). Si ricordi l'esempio già menzionato: la costituzione, attribuendo il diritto di voto ai cittadini, non dice nulla circa il diritto di voto degli stranieri.

In una seconda variante – non meramente interpretativa, ma costruttiva – lo stesso argomento risolve, se così possiamo dire, questa stessa lacuna, costruendo la norma inespressa secondo cui gli stranieri *non* hanno diritto di voto: “ubi lex voluit dixit; ubi tacuit noluit”, ovvero “inclusio unius est exclusio alterius”.

(ii) *Argomento analogico*⁷⁵. L'argomento analogico può essere usato non solo come tecnica di riduzione della vaghezza – per estendere il riferimento di un predicato al di là del suo significato comune, come già abbiamo visto (interpretazione estensiva) – ma anche per costruire norme inesprese. L'argomento si sviluppa più o meno così.

(a) La fattispecie F1 non è disciplinata da alcuna norma: in altre parole, vi è nel diritto una lacuna (normativa).

(b) Esiste tuttavia la norma N1 che disciplina la fattispecie F2: “Se F2, allora G”.

(c) La fattispecie F1 è analoga alla fattispecie F2.

(d) Pertanto – conclusione – esiste una norma inespressa (N2) che connette alla fattispecie F1 la medesima conseguenza giuridica di F2: “Se F1, allora G”.

Due passaggi di questo ragionamento occorre sottolineare.

Primo: l'identificazione di una lacuna suppone evidentemente una determinata interpretazione, ad esempio restrittiva, delle fonti. Nel senso che una interpretazione diversa, ad esempio estensiva, potrebbe concludere che dopo tutto la fattispecie F1 si è disciplinata, e dunque non vi è lacuna.

Secondo, l'identificazione di un'analogia tra due fattispecie suppone un enunciato controfattuale⁷⁶ del tipo: “Se il legislatore avesse previsto la fattispecie F1, l'avrebbe disciplinata nello stesso modo di F2”. Questo enunciato, a sua volta, presuppone l'ascrizione al legislatore di una intenzione o di un fine: la cosiddetta *ratio legis*.

(iii) *Argomento a fortiori*⁷⁷. L'argomento *a fortiori* si distingue da quello analogico (solo) perché non suppone alcuna assunzione circa la somiglianza delle fattispecie. La sua struttura è più o meno la seguente.

(a) La fattispecie F1 non è disciplinata da alcuna norma: in altre parole, vi è nel diritto una lacuna (normativa).

(b) Esiste tuttavia la norma N1 che disciplina la fattispecie F2: “Se F2, allora G”.

(c) La fattispecie F1 merita *a maggior ragione* la medesima disciplina di F2.

(d) Pertanto – conclusione – esiste una norma inespressa N2 che connette al caso F1 la stessa conseguenza giuridica di F2: “Se F1, allora G”.

Come si intuisce, il nocciolo del ragionamento è l'espressione “a maggior ragione”, la quale suppone evidentemente una congettura (valutativa, come già sappiamo) intorno alla “ragione”, la *ratio*, della norma espressa che si usa come premessa. Anche questo

⁷⁵ La letteratura in materia di analogia è molto vasta. Un lavoro fondamentale è Bobbio 2006. Si veda però anche ATIENZA 1986; GIANFORMAGGIO 1987; CARCATERA 1988.

⁷⁶ Si dice “controfattuale” un enunciato con antecedente falso.

⁷⁷ ALCHOURRÓN 1991.

argomento, come quello analogico, sottintende un enunciato controfattuale del tipo: “Se il legislatore avesse previsto la fattispecie F1, l’avrebbe disciplinata nello stesso modo di F2”. E di nuovo questo enunciato, a sua volta, presuppone l’ascrizione al legislatore di una intenzione o di un fine: la cosiddetta *ratio legis*⁷⁸.

3.3.4.2. Concretizzazione di principi

D’altro canto, le norme inesprese servono non solo per colmare lacune (vere o presunte), ma anche per concretizzare principi.

I principi, essendo altamente indeterminati (fattispecie aperta, contenuto generico, derogabilità, etc.), non sono atti a fornire direttamente la soluzione di una controversia⁷⁹. Nel senso che non possono fungere da premesse in ragionamenti deduttivi – “Gli assassini devono essere puniti. Tizio è in assassino. Quindi Tizio deve essere punito” – la cui conclusione è un precetto individuale e concreto. Per contribuire alla soluzione di controversie, i principi devono essere “concretizzati”.

Concretizzare un principio consiste nell’usarlo come premessa – in un ragionamento normalmente non deduttivo – per costruire una regola inespressa, essa sì idonea a risolvere la controversia.

Per esempio: “La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (principio: art. 24, comma 2, cost. italiana). L’interrogatorio dell’imputato costituisce parte del procedimento. Non vi è vera difesa senza la presenza del difensore. Pertanto il difensore deve essere presente all’interrogatorio dell’imputato (regola inespressa)”. Altro esempio: “La sovranità nazionale appartiene al popolo (principio: art. 3, comma 1, cost. francese). La sovranità si esprime attraverso l’esercizio del diritto di voto. Pertanto gli stranieri non hanno diritto di voto”.

Le conclusioni di ragionamenti di questo tipo sono precisamente regole inesprese che “concretizzano” – o “specificano” – il principio in questione.

4. Disposizioni positive sull’applicazione del diritto

Nel mondo di *civil law* molti codici civili (e a volte penali⁸⁰) tentano di limitare la discrezionalità giudiziale, dettando – spesso in un “titolo preliminare” – disposizioni sulle tecniche interpretative e costruttive che possono e/o debbono essere impiegate dai giudici (e dagli altri organi dell’applicazione)⁸¹.

⁷⁸ Notoriamente, si danno due varianti dell’argomento *a fortiori*. (i) *A minori ad majus*: per es., se è proibito introdurre nel parco gatti, *a fortiori* – a maggior ragione – è proibito introdurre tigri (che sono più pericolose). (ii) *A majori ad minus*: per es., se la legge non ha effetto retroattivo, *a fortiori* – a maggior ragione – non può avere effetto retroattivo il regolamento (che è fonte subordinata alla legge).

⁷⁹ DWORKIN 1978; CARRIÓ 1994, p. 197 ss.; ALEXI 1993; PRIETO SANCHÍS 1992; ATIENZA, RUIZ MANERO 1996; RATTI 2009, cap. III; PINO 2010, cap. III.

⁸⁰ Tuttavia, in materia penale quasi sempre vi sono regole di interpretazione distinte da quelle che valgono in materia civile: per es., è proibita l’analogia *in malam partem*.

⁸¹ Tarello 1980, cap. VI. Secondo alcuni autori, le norme sull’applicazione sono norme “materialmente costituzionali”: cfr., per es., SORRENTINO 2004, p. 22 ss. È dubbio se le norme in questione valgano

La interpretazione in senso stretto, tuttavia, è un'attività mentale, in quanto tale non suscettibile di regolamentazione. Ne segue che, malgrado le apparenze, le disposizioni positive che pretendono di disciplinarla sono, in realtà, non già regole "sull'interpretazione", ma piuttosto regole *sull'argomentazione* dell'interpretazione prescelta, quale che sia il processo mentale (del resto inaccessibile) attraverso cui l'interprete è pervenuto a quella conclusione.

D'altra parte, come ora vedremo, molti codici civili autorizzano i giudici a usare non una qualche tecnica interpretativa determinata, bensì un insieme di tecniche distinte, senza un preciso ordine di preferenza tra di esse: interpretazione letterale, intenzionale, teleologica, sistematica, etc. Di talché, alla fine, il tentativo di circoscrivere la discrezionalità giudiziale pare del tutto inefficace⁸².

Inoltre, quasi tutti i codici autorizzano il giudice ad usare una pluralità di tecniche costruttive – l'argomento analogico, la formulazione di norme inesprese a partire da principi, l'equità, e (in un caso) persino il cosiddetto "diritto naturale" – che sono intrinsecamente discrezionali.

4.1. Metodi interpretativi

Quasi tutti i codici civili – l'italiano, lo spagnolo, il colombiano, etc. – dispongono che i testi normativi siano interpretati alla lettera, cioè secondo "il senso proprio (o comune) delle parole", secondo il loro senso "naturale e ovvio", in accordo con "l'uso generale", tenendo conto del contesto. S'intende che questa regola di interpretazione – alcuni codici (il colombiano, per esempio) lo dicono espressamente – non si applica in presenza di termini tecnici dell'una o dell'altra scienza o arte, così come in presenza di termini espressamente definiti dallo stesso legislatore⁸³.

Si incontra una eccezione nel codice portoghese, il quale richiede al giudice di non fermarsi alla lettera del testo, e di ricostruire invece "il pensiero" del legislatore, precisando tuttavia, al tempo stesso, che l'interprete deve presumere che vi sia corrispondenza tra testo e intenzione, e che comunque non è autorizzato ad attribuire al legislatore una intenzione che non trovi alcuna corrispondenza nel testo.

Quasi tutti i codici, però, dettano anche altri metodi di interpretazione. Molti di essi – per esempio, l'italiano, l'austriaco, lo spagnolo, etc. – dispongono che le leggi devono essere interpretate anche secondo l'intenzione o i fini del legislatore. Non risulta chiara, tuttavia, la relazione di preferenza tra i due metodi, quello letterale e quello intenzionale, che evidentemente possono condurre a conclusioni diverse: ogni volta che il significato letterale e quello intenzionale sono (o appaiono) distinti, risultano ammissibili entrambi, e non vi è alcun criterio stabilito per scegliere tra i due⁸⁴.

Il codice colombiano, per contro, stabilisce che, quando il senso della legge è chiaro, non si può disattendere il suo tenore letterale con il pretesto di consultare "il suo spiri-

anche per l'interpretazione dei testi costituzionali. Sostiene di sì VIGNUDELLI 2011.

⁸² Kelsen 1966, p. 385 s.

⁸³ Sui problemi teorici sollevati dalle definizioni legislative, si veda cfr. BELVEDERE, 1977.

⁸⁴ Cfr. ROSS 1958, p. 152 ss.; CHIASSONI 1999, p. 496 ss.; CHIASSONI 2007, p. 147 ss.

to”, e solo si può ricorrere alla intenzione del legislatore per interpretare espressioni oscure. Lo stesso codice, d’altra parte, ammette il ricorso allo “spirito generale della legislazione” e alla “equità naturale” in quanto metodi di interpretazione sussidiari. Analogamente, il codice della Louisiana proibisce la ricerca della intenzione quando il testo è chiaro⁸⁵, però ammette la interpretazione teleologica (secondo il fine della legge) per risolvere le oscurità del testo.

Molto diverso è il codice brasiliano, che, senza menzionare in alcun modo la lettera della legge, comanda al giudice di considerare “i fini sociali” della legge e “le esigenze del bene comune”. Il che equivale a dire, più o meno, che i giudici possono fare quel che vogliono.

4.2. Metodi costruttivi

Vari codici – a cominciare dal *Code Napoléon* (tuttora vigente in Francia), art. 4 – proibiscono le decisioni di *non liquet*, cioè obbligano il giudice a risolvere qualunque controversia sia sottoposta alla sua decisione⁸⁶.

Ora, questo obbligo può essere adempiuto solo se si dà l’una o l’altra di queste condizioni:

(a) l’ordinamento (o almeno il codice di cui si tratta) è davvero completo, privo di lacune; oppure

(b) l’ordinamento non è completo, è lacunoso, ma il giudice, quando incontri una lacuna, è autorizzato a risolverla creando norme nuove *ad hoc* (sebbene efficaci solo *inter partes*⁸⁷).

Spesso, disposizioni di questo genere sono state intese come auto-dichiarazioni di completezza: i codici, così disponendo, pretenderebbero di essere completi⁸⁸. Nondimeno, sembra più plausibile intenderle invece come autorizzazioni (tacite), rivolte al giudice, a risolvere le lacune – quando di fatto si manifestino – mediante “legislazione interstiziale”, ossia mediante diritto giurisprudenziale (o “diritto libero”, come a volte si dice)⁸⁹.

Come che sia, l’esistenza di lacune è espressamente prevista dal codice civile svizzero, il quale, inoltre, autorizza il giudice a risolverle usando “la regola che egli adotterebbe come legislatore”. Il che equivale a conferire esplicitamente al giudice un potere genuinamente normativo – malgrado il principio di separazione dei poteri – e quindi una

⁸⁵ Evidentemente, una disposizione di questo tenore suppone (ingenuamente) che chiarezza e oscurità siano proprietà “oggettive” dei testi normativi, antecedenti qualsivoglia interpretazione (“interpretatio cessat in claris”).

⁸⁶ Il divieto di *non liquet* agisce come una causa potente di lacune assiologiche del primo tipo: una data fattispecie non è disciplinata dal diritto, ma per il giudice “dovrebbe” esserlo, giacché egli è comunque obbligato a risolvere il caso.

⁸⁷ Così stabilisce espressamente (tra gli altri) il *Code Napoléon*, art. 5.

⁸⁸ Cfr. BOBBIO 1960, p. 129.

⁸⁹ Così pensava lo stesso PORTALIS, autore principale del *Code Napoléon*: PORTALIS 1989, p. 26 ss.; PORTALIS, 1998, p. 75 s.; EWALD (ed.) 1989, p. 119. Cfr. anche GHESTIN, GOUBEUX 1977, p. 326.

discrezionalità totale⁹⁰.

Peraltro, molti codici – lo spagnolo, l'italiano, il portoghese, il belga, l'argentino, il peruviano, il messicano, il brasiliano, etc. – ammettono, benché solo tacitamente l'esistenza di lacune, e autorizzano il giudice a risolvere le controversie (civili, non quelle penali) che non sia disciplinate da alcuna norma espressa (a) mediante la analogia ovvero (b) ricavando norme inesprese dai principi generali del diritto.

Riferimenti

- AARNIO, A., 1987: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht
- ALCHOURRÓN, C.E., 1991: “Los argumentos jurídicos ‘a fortiori’ y ‘a pari’”, in C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid
- ALCHOURRÓN, C.E., 1996: “On Law and Logic”, in *Ratio Juris*
- ALCHOURRÓN, C.E., 2010: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid
- ALCHOURRÓN, C.E., Bulygin, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires
- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid
- ALEXI, R., 1993: *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid
- ATIENZA, M., 1986: *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid
- ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona
- BAYON, J.C., RODRIGUEZ, J., 2003: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá
- BELVEDERE, A., 1977: *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano
- BERGBOHM, K., 1892: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig
- BOBBIO, N., 1960: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino
- BOBBIO, N., 1971: “Le bon législateur”, in *Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*, Bruxelles
- BOBBIO, N., 2006: *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Milano
- BOGNETTI, G., 2004: “Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali”, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova
- CARCATERRA, G., 1988: “Analogia”, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma
- CARCATERRA, G., 1994: “L'argomento a contrario”, in S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna

⁹⁰ Secondo Kelsen, tuttavia, poiché le lacune sono mere “finzioni”, questa autorizzazione ha piuttosto un effetto psicologico (paradossalmente) inibitorio sui giudici, i quali, a suo avviso, normalmente non desiderano assumere la grave responsabilità di creare lacune e poi risolverle in veste di “legislatori” (KELSEN 1966, p. 279 ss.).

Osservatorio sulle fonti

- CARRIÓ, G.R., 1994: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires
- CELANO, B., 2002: "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", in S. POZZOLO (ed.), *La legge e i diritti*, Torino
- CHIASSONI, P., 1999: *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano
- CHIASSONI, P., 2007: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna
- CONTE, A.G., 1968: "Décision, complétude, clôture", in CH. PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles
- COTE, P.-A., 1999: *Interprétation des lois*, III, ed., Montreal
- DICIOTTI, E., 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino
- DWORKIN, R., 1977: "No Right Answer?", in P.M.S. HACKER, J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford
- DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*, II ed., London
- ECO, U., 2003: *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano
- ENDICOTT, T.A.O., 2000: *Vagueness in Law*, Oxford
- ESKRIDGE, W.N., 1994: *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (Mass.)
- EVANS, J., 1989: *Statutory Interpretation. Problems of Communication*, Auckland
- EWALD, F. (ed.), 1989: *Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Paris
- FERRAJOLI, L., 1966: "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*
- FERRER BELTRÁN, J., RATTI, G.B. (eds.): 2012: *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford
- GARCÍA AMADO, A., 2001: "Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho", in *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 24
- GHESTIN, J., GOUBEAUX, G., 1977: *Introduction générale*, *Traité de droit civil*, dirigé par J. Ghestin, Paris
- GIANFORMAGGIO, L., 1987: "Analogia", in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, I, Torino
- GUASTINI, R., 1989: "Disposizione vs. norma", in *Giurisprudenza costituzionale*
- GUASTINI, R., 1997a: "Gerarchie normative", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*
- GUASTINI, R., 1997b: "Interpretive Statements", in E. GARZÓN VALDÉS, W. KRAWIETZ, G.H. VON WRIGHT, R. ZIMMERLING (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin
- GUASTINI, R., 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano
- GUASTINI, R., 2007: "Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.", in *Ragion pratica*, n. 29
- GUASTINI, R., 2011: *Interpretare e argomentare*, Milano
- GUASTINI, R., 2012: "Para una taxonomía de las controversias entre juristas", in P. LUQUE SÁNCHEZ, G.B. RATTI (eds.), *Acordes y desacuerdos. Como y por qué los juristas discrepan*, Madrid
- GUASTINI, R., 2014, "Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte", in *Lavoro e diritto*, n. 2-3

Osservatorio sulle fonti

- HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford
- LIFANTE VIDAL, I., 2010: “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”, in I. LIFANTE VIDAL (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Lima
- KELSEN, H., 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London
- KELSEN, H., 1966: *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino
- KELSEN, H., 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), Oxford
- LAZZARO, G., 1965: *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino
- LUCIANI, M., 2009: “L’emanazione presidenziale dei decreti-legge. (Spunti a partire dal caso E.)”, in *Politica del diritto*, 3
- LUZZATI, C., 1990: *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., 2007: *Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación normativa*, Madrid
- MAZZARESE, T., 2000: “Interpretazione giuridica come traduzione: tre letture di un’analogia ricorrente”, in *Ars interpretandi*, 5
- MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford
- MACCORMICK, N., SUMMERS, R. (eds), 1991: *Interpreting Statutes. A comparative Study*, Aldershot
- MARMOR, A., 1992: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford
- NAVARRO, P., RODRÍGUEZ, J., 2000: “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, in *Isonomía*, 13, 2000
- PARODI, G., 1996: “Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale”, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino
- PERELMAN, CH., OLBRECHTS-TYTECA, L., 1966: *Trattato dell’argomentazione, La nuova retorica* (1958), Torino
- PINO, G., 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna
- POGGI, F., 2007: “Contesto e significato letterale”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino
- PORTALIS, J.-E.-M., 1989: *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen
- PORTALIS, J.-E.-M., 1998: *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence
- PRIETO SANCHÍS, L., 1992: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid
- PRIETO SANCHÍS, L., 2003: “El juicio de ponderación constitucional”, in F.J. LAPORTA (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid
- RATTI, G.B., 2009: *Norme, principi e logica*, Roma
- RATTI, G.B., 2013: *El gobierno de las normas*, Madrid
- REDONDO, M.C., 1997: “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, in *Doxa*, 20
- RODRÍGUEZ, J., 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid
- ROMANO, S., 1925: *Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento statale*, Modena
- ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*, London

Osservatorio sulle fonti

- SARTOR, G., 2005: *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law*, Dordrecht
- SCALIA, A., 1996: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay*, Princeton
- SCARPELLI, U., 1985: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), II ed., Milano, 1985
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford
- SCHAUER, F., 2008, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", *New York University Law Review*, 4
- SORRENTINO, F., 2004: *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova
- TARELLO, G., 1976: "Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica", in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano
- TARELLO, G., 1980: *L'interpretazione della legge*, Milano
- TROPER, M., 1994: "La signature des ordonnances: fonctions d'une controverse", in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., Paris
- TWINING, W., MIERS, D., 1982: *How to Do Things with Rules*, London
- VELLUZZI, V. (ed.), 2000: *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino
- VERNENGO, R., 1994: *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, II ed., Buenos Aires
- VIGNUDELLI, A., 2011: *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino
- WAISMANN, F., 1968: "Verifiability" (1945), in F. WAISMANN, *How I See Philosophy*, London
- WRÓBLEWSKI, J., 1983: *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki
- WRÓBLEWSKI, J., 1989: *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián
- ZAGREBELSKY, G., 1992: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino