

Giorgio Pino

L'interpretazione nel diritto



Giappichelli

Premessa

1. *Nel labirinto dell'interpretazione*

L'interpretazione giuridica è una attività leggermente misteriosa. Per un verso, l'interpretazione è il pane quotidiano dei giuristi – l'attività centrale del lavoro dei giuristi è interpretare. Per altro verso, però, quasi tutti gli aspetti dell'attività interpretativa sono oggetto di disaccordo: tra i giuristi, e tra i filosofi del diritto. Tra i primi, circolano idee molto diverse su *come fare* interpretazione; tra i secondi, circolano idee molto diverse su *cosa sia* l'interpretazione.

Questo è un libro che tratta dell'interpretazione giuridica dal punto di vista della filosofia del diritto, e pertanto si porrà domande che gravitano intorno al problema di cosa sia l'interpretazione. Non si troveranno, qui, ricette su come i giuristi debbano fare il proprio lavoro (cosa che essi sanno fare benissimo senza che glielo dica il filosofo del diritto) ma, piuttosto, strumenti che hanno lo scopo di permettere a chi fa interpretazione – così come a chi studia l'interpretazione, a chi esamina interpretazioni altrui, ecc. – di acquisire una migliore consapevolezza di cosa sia coinvolto nell'attività interpretativa, di individuare i rapporti tra l'interpretazione strettamente intesa e altre fasi del ragionamento giuridico, e di mettere in evidenza gli aspetti inevitabilmente decisori, di scelta, e – almeno in senso ampio – politici dell'attività interpretativa.

Da qui la formula che campeggia nel titolo, “interpretazione *nel* diritto”, in luogo della più familiare e forse più ovvia “interpretazione *del* diritto”: che intende mettere in rilievo due caratteristiche assai rilevanti dell'interpretazione giuridica, e che saranno a più riprese discusse nel corso del lavoro.

La prima caratteristica rilevante è che l'interpretazione giuridica non è una mera presa d'atto, una duplicazione, un rispecchiamento di una realtà giuridica che le preesiste e che è da essa indipendente; l'interpretazione è, piuttosto, un elemento *interno* al diritto, alla cui formazione e trasformazione in qualche misura essa inevitabilmente concorre. Il diritto (il diritto positivo, l'ordinamento giuridico...) è prodotto *congiuntamente* dalla legislazione (ampiamente intesa) e dall'interpretazione (anch'essa ampiamente intesa); è una somma di – o meglio: una combinazione di, una continua interazione tra – fonti e norme, testi autoritativi e loro significati.

La seconda caratteristica rilevante, non del tutto irrelata rispetto alla prima, è

che l'interpretazione giuridica non può essere raffigurata come una attività di mera conoscenza, puramente "scientifica" (qualunque cosa ciò voglia dire), rispetto al suo oggetto, né tantomeno come una attività meccanica, o puramente "tecnica". L'interpretazione giuridica richiede che l'interprete compia molteplici scelte, valutazioni, prese di posizione, spesso non chiaramente esplicitate; scelte che possono talvolta, o anche spesso, apparire semplicemente come questioni "tecniche", da trattare con gli strumenti propri di un sapere specialistico, perfino ereditati da una tradizione plurimillennaria¹, ma che sono in larga parte, in ultima analisi, di natura etico-politica.

Uno studio sull'interpretazione giuridica quale quello contenuto in questo libro, dunque, ha l'ambizione di portare alla luce sia il multiforme contributo apportato dall'interpretazione, e dagli interpreti, alla costruzione, alla conformazione, e alla trasformazione dell'ordinamento giuridico; sia la responsabilità in senso ampio politica che sugli interpreti ricade – e di cui talvolta non sembrano essere consapevoli nemmeno essi stessi – come conseguenza delle scelte che necessariamente essi devono prendere nello svolgimento della loro attività.

2. *Questo libro*

Questo libro percorre i problemi della teoria dell'interpretazione in una maniera che non è rigidamente lineare o assiomatica. Al contrario, anche se l'ordine espositivo non è casuale, questo libro è stato pensato per essere fruito *anche* in una maniera potenzialmente frammentaria, potendo il lettore accedervi non necessariamente a partire dal primo capitolo, ma da uno qualunque (o quasi). Anche per questo, ho ritenuto opportuno agevolare la lettura del libro ricorrendo spesso a note di rinvio che ne rendano manifesti i legami interni, e inserendo un indice particolareggiato alla fine del volume.

La prospettiva adottata dall'autore si muove, vagamente, sullo sfondo della filosofia analitica del diritto. È noto che l'approccio analitico, qualunque cosa di preciso esso significhi, pone molta enfasi su definizioni, distinzioni, chiarificazioni concettuali. In gran parte, questo libro mostra chiaramente almeno questa impronta dell'approccio analitico: il fenomeno dell'interpretazione verrà smiuzzato in una serie di distinzioni e di aspetti particolari, e questo potrà a volte rendere la lettura di questo libro faticosa e poco emozionante. È, inevitabilmente, il prezzo da pagare se si vuole evitare di restare imprigionati nella straordinaria complessità del fenomeno dell'interpretazione giuridica. Se l'interpretazione giuridica è un fenomeno labirintico, il metodo analitico è il miglior filo di Arianna di cui disponiamo.

¹ Come traspare dal frequente uso del latino "giuridico" da parte dei giuristi.

Ho avuto la fortuna di poter discutere alcune delle idee contenute in questo libro in alcuni incontri di studio, in particolare presso la Universitat de Girona, la Universitat Pompeu Fabra, e la Société française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques. Questi incontri sono stati, purtroppo, virtuali, ma le discussioni a cui hanno dato luogo sono state molto reali: per questo ringrazio soprattutto J. Baquerizo, M. Carpentieu, J. Ferrer, V. Kristan, J.J. Moreso, D. Papayannis, L. Ramírez Ludeña, M. Segatti, J.M. Vilajosana.

Sono inoltre grato a Dario Ippolito e Fabrizio Mastromartino per aver attentamente letto e commentato l'intero lavoro, permettendomi così di migliorarlo sotto molti punti di vista.

Capitolo I

L'interpretazione giuridica e la "sua" teoria

1. *Un vocabolo polisemico*

“Interpretazione” è parola che usiamo assai frequentemente, e che ricorre in contesti diversissimi. Ecco una lista, assai incompleta, di cose che possono essere “interpretate” (ossia, di cose con riferimento alle quali è linguisticamente appropriato utilizzare la parola “interpretazione”): una conversazione, un comportamento, un atteggiamento, un sogno, un lapsus, un racconto, un testo sacro, una parte in uno spettacolo (da parte di un attore), uno spettacolo teatrale (da parte di un critico letterario, oppure da parte di uno spettatore), una sinfonia (da parte di un musicista, di un direttore d'orchestra, di un critico musicale), una macchia di Rorschach, la reazione di qualcuno che osserva una macchia di Rorschach, un quadro, un fenomeno storico, un fatto, uno stato d'animo o un comune sentire, un sintomo di una malattia, un oracolo, un comando, le regole di un gioco, una formula matematica, un dato o un insieme di dati empirici, il risultato di un esperimento, il pianto di un bambino, un testo in una lingua straniera, un indizio, un segnale stradale, una prassi, una tendenza, una moda, una cultura...

Si può sensatamente dubitare che, in tutti questi diversi contesti, “interpretazione” designi sempre esattamente la stessa cosa. Probabilmente, ciò che vi è di comune a queste diverse attività di interpretazione è solo un'idea piuttosto rarefatta, o un'aria di famiglia, che di volta in volta si precisa in termini alquanto diversi nei vari contesti, ed è l'idea che interpretare qualcosa significa “riformulare” quel qualcosa, quel dato di partenza, in termini diversi da come si presenta inizialmente; e questa attività di riformulazione dell'oggetto da interpretare può essere svolta con finalità di vario tipo: per capirlo, per chiarirlo, per trarne informazioni, o anche per aggiornarlo, per inquadrarlo all'interno di una nuova o diversa sensibilità¹, ecc.

¹Si pensi al caso della *cover* di un brano musicale, fatta da un musicista dalla sensibilità assai diversa rispetto a quella dell'autore del brano originale. O si pensi alla serie di quadri in

Certamente, questa è una caratteristica importante, significativa (e problematica) di qualunque interpretazione. Ma, altrettanto certamente, è un po' poco per fondarvi sopra una "teoria generale" dell'interpretazione, ossia una teoria unificata di ciò che significa interpretare in ogni possibile contesto². E anche per supporre che teorie o tecniche dell'interpretazione elaborate in un certo contesto (la letteratura, la musica, la conversazione quotidiana, la psicanalisi...) possano essere utilmente – o, ancora peggio, automaticamente – esportate in altri contesti, e in particolare nel diritto³. Il diritto, come oggetto di interpretazione, esibisce alcune caratteristiche peculiari che non si ritrovano (o quantomeno, che difficilmente si ritrovano *tutte insieme*) negli altri possibili oggetti di interpretazione sopra elencati: ad esempio, il diritto è un fenomeno linguistico; ha carattere normativo o, come si suol dire, pratico (il diritto include norme del comportamento); ha carattere istituzionalizzato (il diritto include organi che hanno in via esclusiva l'autorità di produrre e di applicare il diritto stesso). E si può ragionevolmente ipotizzare che caratteristiche di questo tipo influiscano in modi non secondari sull'interpretazione del diritto – che, dunque, l'interpretazione giuridica presenti *anche* problemi peculiari rispetto all'interpretazione di altri oggetti culturali (per non parlare dell'interpretazione di avvenimenti storici o di fenomeni naturali)⁴.

Restringiamo dunque lo sguardo al tipo di interpretazione che qui ci interessa direttamente, e cioè l'interpretazione giuridica, per provare ad individuarne le principali caratteristiche.

cui Francis Bacon reinterpreta il *Ritratto di Innocenzo X* di Velázquez. O a Magritte che reinterpreta *Il balcone* di Manet.

² Per alcuni tentativi in tal senso, E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*; J. Raz, *Intention in Interpretation*; K. Greenawalt, *Legal Interpretation*, capp. 1-5; G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, 301-302. Dubbi al riguardo sono sollevati, soprattutto, da G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cap. I; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 2.

³ Il parallelo tra interpretazione giuridica e interpretazione letteraria è stato coltivato intensamente dal c.d. movimento *Law and Literature* (su cui v. G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cap. 8) e, frequentemente, da R. Dworkin (*How Law Is Like Literature; Law's Empire*, 50-62). Sul parallelo tra interpretazione giuridica e interpretazione musicale v. J. Frank, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*; G. Iudica, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*; G. Resta, *Il giudice e il direttore d'orchestra*; M. Brunello, G. Zagrebelsky, *Interpretare*. Per il parallelo tra interpretazione giuridica e interpretazione dei testi sacri, v. E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, 867-885 e, parzialmente, M. Barberis, *Il sacro testo*. Non sembra comunque che i cultori delle discipline che i giuristi cercano talvolta di usare come modello di riferimento per l'interpretazione (letteratura, musica, religione, psicanalisi...) si siano mai a loro volta interessati all'interpretazione giuridica: forse perché quest'ultima è generalmente percepita come altamente tecnica, noiosa e astrusa.

⁴ Per la tesi che non vi siano problemi specifici dell'interpretazione giuridica, v. invece E. Bulygin, *Sull'interpretazione giuridica* (ma Bulygin si riferisce specificamente all'interpretazione di oggetti linguistici).

2. Una definizione iniziale

Nel diritto, l'interpretazione è, tipicamente, un'attività, retta da criteri, che consiste nell'attribuire a testi autoritativi (testi assunti come dotati di valore vincolante: le "fonti del diritto") un significato al fine, diretto o indiretto, di risolvere problemi pratici (decidere una controversia, stabilire qual è il corso di azione "conforme al diritto" in un certo caso, fornire una consulenza legale...).

Questa definizione di "interpretazione", si noti, è già frutto dell'adozione di un certo punto di vista filosofico-giuridico. Non è e non intende essere una neutra e fedele registrazione degli usi linguistici vigenti (del modo, cioè, in cui tutti o alcuni usano la parola "interpretazione")⁵: è possibile, e di fatto accade, che non tutti coloro che si occupano di interpretazione giuridica condividano tutti gli aspetti di questa definizione⁶. Le ragioni per le quali *questa* definizione di interpretazione appare utile e feconda diventeranno chiare progressivamente, nel corso di questo lavoro.

Come vedremo meglio nel prossimo capitolo, questa attribuzione di significato consiste nell'individuare la norma giuridica veicolata dal testo – la norma, cioè, che in ipotesi dovrebbe servire a risolvere il problema pratico che ha innescato l'attività interpretativa. Vi è dunque un rapporto concettuale, definitorio, tra l'interpretazione (giuridica) e le norme (giuridiche): per un verso, le norme giuridiche sono individuate tramite l'interpretazione; per altro verso, una certa attività di attribuzione di significato ad un testo autoritativo conta come interpretazione giuridica solo se è finalizzata ad individuare, nei testi interpretati, norme giuridiche (anziché, ad esempio, al fine di farne una analisi stilistica, o per apprezzarne la qualità letteraria⁷, o per trarne informazioni sugli usi e costumi della società in cui vige quel testo autoritativo, o per scoprirvi un codice cifrato o un complotto occulto)⁸.

⁵Quella indicata nel testo è dunque una "ridefinizione", anziché una "definizione lessicale", di "interpretazione". Per questa distinzione tra vari tipi di definizioni, R. Robinson, *Definition*, cap. VI; U. Scarpelli, *La definizione nel diritto*, 502; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 42-43.

⁶Ad esempio, i teorici dell'interpretazione di orientamento ermeneutico tendono a svalutare l'aspetto *testuale* dell'interpretazione giuridica. I teorici dell'interpretazione di orientamento scettico-radical (infra, cap. III, 1.4 e 3.2) svalutano o addirittura elidono del tutto l'idea che l'interpretazione sia *retta da criteri*.

⁷«En composant *La Chartreuse* pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel»: così scriveva Stendhal, in una lettera indirizzata a Balzac per ringraziarlo di una più che favorevole recensione alla *Certosa di Parma*; in proposito, v. anche M. Newman, *Stendhal and the Code civil*.

⁸Il rapporto tra interpretazione giuridica e individuazione di norme è tanto stretto che un

Ora, a partire da questa prima definizione possiamo iniziare a delineare alcune importanti caratteristiche dell'interpretazione giuridica.

Dal fatto che l'interpretazione giuridica ha tipicamente ad oggetto *testi* discende (lupalissianamente) che essa è tipicamente un tipo di interpretazione testuale, e che pertanto nell'interpretazione giuridica assumono un ruolo centrale tutte le questioni legate alla dimensione linguistica dei testi da interpretare⁹.

Dal fatto che l'interpretazione giuridica ha ad oggetto testi *autoritativi*, dotati di valore vincolante, discende che dall'interprete del diritto ci si aspetta un grado abbastanza elevato di "fedeltà" al testo da interpretare. Mentre in altre forme di interpretazione, come l'interpretazione artistica, letteraria, musicale, teatrale, ecc., è tollerata e perfino apprezzata una certa libertà dell'interprete rispetto all'oggetto da interpretare (fermo restando, ovviamente, che l'interpretazione è sempre interpretazione di qualcosa, di un oggetto, e che a interpretazione avvenuta l'oggetto interpretato deve comunque essere in qualche modo riconoscibile), nel caso dell'interpretazione giuridica la posizione di default è quella della tendenziale aderenza al testo da interpretare, e quanto più l'interprete se ne allontana, tanto più viene considerato un "usurpatore", il suo operato viene considerato sospetto, o addirittura abusivo.

Dal fatto che l'interpretazione giuridica è finalizzata, direttamente o indirettamente, a *risolvere problemi pratici*¹⁰, cioè controversie, situazioni di conflitto di interesse, di incertezza su "cosa si deve fare", derivano alcune conseguenze importanti.

Innanzitutto, all'interno della classe di soggetti che possono effettuare interpretazione giuridica, esiste una particolare categoria di interpreti le cui decisioni *a)* sono vincolanti per alcuni soggetti (risolvono autoritativamente un problema pratico), e *b)* sono spesso dotate di una certa influenza anche nei confronti degli altri interpreti. Pertanto, anche se chiunque può interpretare testi giuridici, nel diritto non tutti gli interpreti hanno lo stesso ruolo e lo stesso peso: alcune interpretazioni, rese da particolari categorie di interpreti, sono destinate a "pesare" più delle altre, e questo maggior peso di alcune interpretazioni può arrivare al punto da modificare la lingua stessa del diritto: gli interpreti del diritto si esprimono con un linguaggio che è, in parte, costruito da loro stessi – o meglio, da alcuni di loro¹¹.

testo può anche *diventare* una fonte del diritto proprio perché usato dagli interpreti per trarne norme: *infra*, cap. VII, 1.2.

⁹Di questo aspetto dell'interpretazione giuridica ci occuperemo in dettaglio *infra*, capp. IV e V.

¹⁰Sul carattere pratico dell'interpretazione giuridica, v. U. Scarpelli, C. Luzzati, *Filosofia del diritto*, 279; R. Alexy, *Interpretazione giuridica*; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, 51-52; C. Luzzati, *Del giurista interprete*, 306; G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, 306.

¹¹Di questo aspetto dell'interpretazione giuridica torneremo a occuparci più volte: *infra*, cap. III, 2.1, e cap. IV, 2.

Inoltre, un'altra conseguenza del carattere pratico dell'interpretazione giuridica è che essa ha spesso luogo in un contesto conflittuale, in cui la finalità principale di chi interpreta non è intendersi o "capire come stanno le cose", ma vincere (o, quantomeno, convincere), far prevalere la propria posizione in relazione al problema pratico che ha innescato l'attività interpretativa. Questo è tipico non solo dei discorsi interpretativi degli avvocati, che per dovere professionale argomentano e cavillano in favore della tesi interpretativa maggiormente favorevole al loro cliente; ma in qualche misura può essere riferito anche all'interpretazione dottrinale e a quella giudiziaria: anche questi tipi di interpretazione, infatti, sono *in ultima analisi* guidati da considerazioni di tipo etico-politico anziché puramente conoscitivo¹².

Dal fatto che l'interpretazione giuridica è un'attività *retta da criteri* (da regole, direttive, convenzioni, codici ...) deriva che, a certe condizioni¹³, è possibile distinguere interpretazioni giuste, corrette, accettabili, e interpretazioni sbagliate; è possibile affermare che alcune interpretazioni sono preferibili ad altre; ed è possibile affermare che qualcosa che intende presentarsi come una "interpretazione" in realtà non lo è affatto¹⁴. Dunque, da questo aspetto dell'interpretazione deriva che non ogni risultato cui perviene un interprete può essere definito come "interpretazione", ma solo quei risultati che possono essere raggiunti alla luce dei criteri (regole, direttive, convenzioni, codici ...) considerati come propri dell'attività interpretativa. In altre parole, per considerare qualcosa come "interpretazione giuridica", occorre fare riferimento non solo *al risultato* che l'interprete ha conseguito, ma anche *al modo* in cui l'interprete vi è arrivato – in particolare, il risultato interpretativo deve poter essere *giustificato*, alla luce di certi canoni accettati nella cultura giuridica di riferimento (ad esempio, qui e ora non sono considerate idonee a giustificare un risultato interpretativo: il lan-

¹² «La comunità dell'interpretazione non è che il nome collettivo di giuristi che si segnalano per le loro continue diatribe» (A. Gentili, *Senso e consenso*, 75). Sull'interpretazione giuridica come "gioco conflittuale", e non cooperativo, M. Jori, A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 336; C. Luzzati, *Del giurista interprete*, 21, 281, 306; M. Jori, *Pragmatica giuridica*, 70; B. Celano, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, 9, 36, 46; F. Poggi, *Il modello conversazionale*, 327-330.

È comunque del tutto possibile che, in contesti diversi rispetto a quelli indicati nel testo, l'interpretazione giuridica assuma una coloritura maggiormente "conoscitiva": ad esempio, nel caso del cittadino che vuole sapere che cosa il diritto dispone nei suoi confronti, perché animato da sincera volontà di obbedienza o per paura di incorrere in una sanzione giuridica, o per esigenze di "rispettabilità sociale" ... Cfr. P. Comanducci, *Facciamo a capirci*, 436-438.

¹³ Condizioni che saranno esplorate più a fondo *infra*, cap. III, 3.4.1, e cap. X, 1 e 2.

¹⁴ «Some interpretations are so bad as to be interpretations no longer» (J. Raz, *Interpretation: Pluralism and Innovation*, 299); cfr. anche E. Diciotti, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, 17.

cio di una monetina, un sogno, un vaticinio, la pura intuizione, la lettura del fondo di una tazza di caffè...).

La definizione di interpretazione indicata all'inizio di questo paragrafo (un'attività, retta da criteri, che consiste nell'attribuire a testi autoritativi un significato al fine, diretto o indiretto, di risolvere problemi pratici) racchiude quello che potremmo chiamare il "paradigma" dell'interpretazione nella nostra cultura giuridica, ossia l'insieme delle caratteristiche che permettono di chiamare qualcosa "interpretazione giuridica". Si tratta di caratteristiche generiche (cioè: che possono essere esibite in modi diversi), e che possono presentarsi in diversi gradi di intensità. E peraltro è possibile che talvolta nell'interpretazione giuridica non siano presenti contemporaneamente *tutte* le caratteristiche del paradigma¹⁵.

Così, alcuni esempi di interpretazione giuridica esibiscono *tutte e in massimo grado* le caratteristiche indicate dal paradigma. Si pensi all'interpretazione della legge effettuata da un organo dell'applicazione: questo può essere considerato il "caso paradigmatico" di interpretazione giuridica, in quanto è interpretazione effettuata da un organo dell'applicazione (un soggetto dotato del potere di decidere autoritativamente le controversie), e ha a oggetto un testo che è sicuramente dotato di carattere autoritativo (una fonte del diritto).

Altri casi di interpretazione giuridica, invece, condividono *solo alcune* delle caratteristiche del paradigma: ad esempio vi può essere l'interpretazione giuridica che ha ad oggetto un testo giuridico che però non è, in senso stretto, una fonte del diritto (contratti, testamenti, sentenze, atti costitutivi di società e delibere societarie, provvedimenti amministrativi, leggi straniere...); oppure l'interpretazione giuridica svolta da soggetti "privati", non dotati del potere di risolvere controversie in modo autoritativo (l'interpretazione dottrinale, l'interpretazione del cittadino comune). Anche se in questi casi non è presente qualcuno degli elementi propri del caso paradigmatico, la loro riconducibilità alla famiglia dell'interpretazione giuridica non è solitamente percepita come problematica (e pertanto possono essere chiamati "casi paradigmatici ma non centrali" di interpretazione giuridica).

Poi vi sono esempi di interpretazione in cui sono assenti *molti* elementi del paradigma, o alcuni elementi *importanti* del paradigma, o riguardo ai quali *non è sicuro* che siano presenti le caratteristiche del paradigma: ad esempio, l'interpretazione della consuetudine (perché non sempre essa consiste in interpretazione di testi)¹⁶; l'interpretazione di testi che contengono clausole generali o

¹⁵ Da questo punto di vista, il concetto di interpretazione giuridica risulta affetto da "vaghezza combinatoria" (su questa nozione v. *infra*, cap. V, 1.2). La distinzione fatta nel testo, tra casi "paradigmatici", casi "paradigmatici non centrali", casi "marginali" o "dubbi", trae spunto da E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, 253, 489.

¹⁶ Per la tesi che l'interpretazione della consuetudine non sia in realtà vera "interpretazione", M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'in-*

espressioni altamente indeterminate (perché, si sostiene, questa non consiste in una attività di attribuzione di significato ma piuttosto nell'esercizio di una valutazione discrezionale che l'ordinamento demanda all'interprete)¹⁷; l'interpretazione del precedente giudiziale in un ordinamento di *civil law*, o l'interpretazione del *soft law* (perché in questi casi è dubbio se ciò che viene interpretato sia un testo dotato di valore ufficiale e vincolante, una fonte del diritto); l'interpretazione di un diritto non più esistente. Questi sono i casi "marginali" o "dubbi" di interpretazione giuridica.

La distinzione tra questi diversi "casi" di interpretazione non è da intendersi come netta, ma piuttosto come sfumata e approssimativa. Inoltre essa è, ovviamente, contestuale: in un certo momento, nel contesto di un certo ordinamento giuridico o di una certa cultura giuridica, un certo tipo di interpretazione potrebbe essere pacificamente considerato come un caso paradigmatico, o quantomeno paradigmatico anche se non centrale; mentre in un altro momento, o in un altro contesto giuspolitico, *quello stesso tipo* di interpretazione potrebbe essere considerato come un caso marginale o dubbio di interpretazione, o al limite potrebbe essere visto come una attività del tutto esterna al campo dell'interpretazione. L'esempio più ovvio al riguardo è il cambiamento di statuto subito dall'interpretazione costituzionale, in Italia così come in numerosi altri paesi europei nel volgere dei decenni tra – diciamo – gli anni Trenta e gli anni Sessanta del secolo scorso: da caso quantomeno dubbio di interpretazione giuridica (ma vi era anche chi negava che la costituzione potesse essere oggetto di interpretazione giuridica, essendo in realtà un documento di natura politica), l'interpretazione costituzionale è oggi considerata un caso paradigmatico, e addirittura "centralissimo", di interpretazione giuridica¹⁸.

3. La teoria dell'interpretazione giuridica

Una teoria è una attività dotata di finalità conoscitive, una riflessione che intende rendere maggiormente perspicua, più facilmente accessibile alla conoscenza una porzione di realtà che si presenta come complessa, opaca, potenzialmente

interpretazione, 87; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 17-19; la tesi affermativa è sostenuta invece da G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, 48.

¹⁷ Per la tesi che in questi casi non si possa parlare propriamente di "interpretazione", A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*; M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, 380; T. Endicott, *Legal Interpretation*, 111-112.

¹⁸ Sull'idea, attualmente assai consolidata, che l'interpretazione costituzionale sia ormai sostanzialmente onnipresente nelle attività dei giuristi, v. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cap. V.

confusa. Svolgere una indagine teorica dovrebbe sortire lo stesso effetto che per un miope ha l'indossare un paio di occhiali da vista.

La teoria dell'interpretazione giuridica è una parte della teoria del diritto. La teoria del diritto, in generale, assolve al proprio compito conoscitivo (rendere maggiormente comprensibili una o più porzioni del segmento di realtà che chiamiamo "diritto") elaborando concetti, definizioni, distinzioni¹⁹. La teoria del diritto è, in altre parole, un laboratorio concettuale, che in definitiva cerca di tradurre la porzione di realtà di cui si occupa (il diritto, o singoli aspetti della realtà giuridica) in un "modello", in una schematizzazione semplificata che dovrebbe rendere la realtà osservata più trasparente e accessibile alla conoscenza²⁰. Parimenti, la teoria dell'interpretazione giuridica è un'impresa di carattere conoscitivo, che elabora modelli (concetti, definizioni, stipulazioni ...) al fine di rendere maggiormente perspicua, più facilmente accessibile alla conoscenza, una sfera di realtà che è, o almeno appare, particolarmente complessa – e la cui complessità spesso sfugge innanzitutto a chi partecipa in prima persona a quella pratica, cioè agli interpreti stessi²¹.

Ora, che l'interpretazione giuridica sia un fenomeno particolarmente complesso, è cosa piuttosto evidente. L'interpretazione giuridica, in effetti, è un concentrato di cose diverse, e rappresenta uno straordinario crocevia di questioni, che non sempre sono facili da – o si ha interesse a – distinguere. Il pro-

¹⁹ Quello a cui si allude nel testo è un approccio di tipo "analitico" alla teoria del diritto – in quale, ovviamente, non è l'unico approccio teorico in circolazione. Per alcune introduzioni allo, ed esemplificazioni dello, stile analitico in teoria del diritto, v. U. Scarpelli, C. Luzzati, *Filosofia del diritto*; L. Ferrajoli, *La filosofia giuridica analitica italiana*; V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*; M. Jori, A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cap. I; R. Guastini, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*.

²⁰ Per questa nozione di "modello", cfr. E. di Robilant, *Modelli nella filosofia del diritto*, 80-81: un modello è «una costruzione artificiale che riproduce, in forma semplificata, un fenomeno della realtà sociale o un fenomeno immaginario, al fine di facilitare lo studio del fenomeno medesimo o di un problema con esso collegato»; v. anche L. Gianformaggio, *Modelli di ragionamento giuridico*, 94. Sulla filosofia del diritto come "laboratorio concettuale", R. Guastini, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*. Per una articolazione più generale di questo modo di concepire l'indagine filosofica, R. Casati, *Prima lezione di filosofia*.

²¹ R. Sacco, *Interpretazione del diritto*, 625, nota esattamente che la grammatica ermeneutica dell'interprete spesso «resta implicita, perché la consapevolezza che ne ha l'interprete può essere minima. L'interprete si adegua ad essa come ci adeguiamo a tante regole che non sappiamo formulare».

Per una concezione dello statuto epistemologico della teoria dell'interpretazione affine a quella indicata nel testo, v. J. Wróblewski, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, 204; Id., *L'interpretazione delle norme giuridiche*, 8; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, XIII-XIV; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, 219-230; Id., *La teoria e la meta-teoria dell'interpretazione di Vittorio Villa*; M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario*, 19-21.

blema fondamentale dell'interpretazione giuridica (problema comune a qualsiasi tipo di interpretazione, ma che nel diritto produce rilevanti implicazioni pratiche e politiche) è che l'interpretazione è sempre interpretazione *di qualcosa*²²; e allo stesso tempo, però, l'interpretazione mira a rendere quel "qualcosa" più chiaro, più giusto, più aggiornato, ecc. In tal modo l'interpretazione, inevitabilmente, trasforma il suo oggetto, anche se ciò che essa produce deve poter essere presentato come un equivalente, come un sinonimo del "qualcosa" che è stato interpretato. Il prodotto dell'attività interpretativa è presentato come una riformulazione, una traduzione, di ciò che viene interpretato, come un altro modo di "dire la stessa cosa"²³. E infatti, se dopo l'interpretazione quel "qualcosa" di partenza non è più riconoscibile, allora non si può dire che sia stata fatta una buona interpretazione, e forse non si può dire *affatto* che vi sia stata una interpretazione.

Tutto ciò rovescia sull'interpretazione giuridica una complicata stratificazione di esigenze e di aspettative conflittuali, e di tensioni dialettiche: tra libertà e vincolo dell'interprete; tra conoscenza (o "scoperta") di qualcosa di preesistente e creazione di qualcosa di nuovo; tra "potere" e "sapere"; tra conservazione ed evoluzione; tra certezza e giustizia del risultato dell'interpretazione; tra il diritto "come è" e il diritto "come si vorrebbe che fosse"; tra il discorso "del" diritto (il discorso delle fonti del diritto, il discorso del legislatore) e il discorso "sul" diritto (il discorso degli interpreti)²⁴.

²² R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, 336: «banalmente, non vi è interpretazione senza un testo da interpretare».

²³ L. Gianformaggio, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica*, 117. L'analogia tra interpretazione e traduzione (intra-linguistica) è suggerita da R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, 17; cfr. anche, ma in senso critico, T. Mazzarese, *Interpretazione giuridica come traduzione: tre letture di un'analogia ricorrente*. Il virgolettato nel testo allude al titolo del libro di U. Eco, *Dire quasi la stessa cosa*, che in effetti ha ad oggetto l'attività di traduzione.

²⁴ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, 99 (l'interpretazione giudiziale è per un verso attività eteronoma, e per altro verso è attività nella sostanza creatrice e "inventiva"); L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, 18-20, 37-38; Id., *Contro il creazionismo giudiziario*, 21-25 (sulla giurisdizione come intreccio di "potere" e "sapere", o come "sapere-potere"); J. Raz, *Why Interpret?* (sull'intreccio di continuità e innovazione nell'interpretazione); J. Dickson, *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*, § 2.2 («interpretation is a Janus-faced concept, encompassing both a backward-looking conserving component, and a forward-looking creative one»); T. Endicott, *Legal Interpretation*, 110 («The charm [of interpretation, ndr] comes from the tantalizing complex of creativity and passivity that interpretation involves»); B. Celano, *Due problemi aperti di teoria dell'interpretazione giuridica*, 53 (una teoria soddisfacente dell'interpretazione deve «riuscire a prospettare l'interpretazione come un'attività che – misteriosamente, almeno a un primo sguardo – è, al contempo, sia accertamento, sia creazione»); R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, 225 («è impossibile tracciare una chiara linea di confine tra il linguaggio del diritto e il linguaggio dei giuristi: essi sono soggetti ad un continuo processo osmotico»).

Ebbene, a fronte di questa complessità, la teoria dell'interpretazione dovrebbe elaborare modelli (concetti, definizioni, distinzioni...), che hanno lo scopo di spiegare la natura, la struttura, i possibili risultati dell'interpretazione, la distinzione tra ciò che è interpretazione e ciò che non lo è, e così via, in tal modo rimuovendo “crampi concettuali”, fraintendimenti, autoinganni eventualmente presenti nel discorso e nelle pratiche degli interpreti²⁵. Tutto ciò, peraltro, può essere fatto sia per puro amore della conoscenza, per così dire, cioè per capire meglio cosa accade quando si fa interpretazione; sia per preparare il campo ad un distinto tipo di discorso, non più meramente conoscitivo ed esplicativo, cioè il discorso del controllo e della critica delle pratiche interpretative esistenti, e più in generale il discorso della politica del diritto²⁶.

3.1. *Varietà di discorsi sull'interpretazione giuridica*

L'interpretazione giuridica è una pratica che ha una importante dimensione linguistica: è un discorso, o meglio un insieme di discorsi – discorsi che peraltro hanno come loro oggetto un ulteriore discorso, quello contenuto nelle fonti del diritto. La teoria dell'interpretazione, a sua volta, è un discorso che verte sul discorso interpretativo – è dunque un meta-discorso, un discorso di secondo livello che ha come proprio discorso-oggetto il discorso interpretativo (e quest'ultimo, come abbiamo appena visto, ha ad oggetto il discorso delle fonti)²⁷.

Ovviamente, la teoria dell'interpretazione non è l'unico meta-discorso che ha ad oggetto l'interpretazione. Si può parlare dell'interpretazione, ad esempio: per raccomandare la bontà di certi modi di fare interpretazione, o per censurarne altri; per descrivere come di fatto viene svolta l'attività interpretativa da certi soggetti in un certo contesto giuspolitico, o per criticare il modo in cui essi la svolgono; per difendere, o per criticare, certi modi di argomentare l'interpretazione; e così via. Ognuno di questi tipi di discorsi ha una propria utilità e legittimità. Ma accade spesso che chi si occupa, a vario titolo, di interpretazione giuridica passi da un tipo di discorso all'altro, senza avvedersi del fatto che considerazioni vere o rilevanti per un certo tipo di discorso non necessariamente lo

²⁵ Cfr. U. Scarpelli, *Semantica giuridica*, 980-981, 995 (sulla “semantica terapeutica”).

²⁶ Cioè la «funzione civile della metodologia»: L. Gianformaggio, *Modelli di ragionamento giuridico*, 93; v. anche B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli*.

²⁷ La distinzione tra livelli di discorso (linguaggio-oggetto, meta-linguaggio, meta-meta-linguaggio, e così via) è un tipico strumento di lavoro della teoria analitica del diritto: per una esposizione introduttiva, L. Gianformaggio, *Scienza giuridica e metalinguaggio*; M. Jori, A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, 7-8. L'idea che quello della “scienza giuridica” sia un meta-linguaggio che ha come proprio linguaggio-oggetto il discorso del legislatore risale a N. Bobbio, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio* (in Bobbio comunque non ricorre esattamente questa terminologia).

sono anche per un altro tipo di discorso. E ciò è spesso fonte di confusioni, di paralogismi e, nuovamente, di crampi concettuali.

Per provare a mettere ordine in questo panorama è possibile ricondurre i discorsi sull'interpretazione a due distinte coppie: discorsi teorici e discorsi empirici; discorsi conoscitivi e discorsi prescrittivi²⁸.

3.1.1. *Discorsi teorici e discorsi empirici*

I discorsi *teorici* sull'interpretazione si occupano, come abbiamo visto, di elaborare modelli che servono a capire, per dirla in breve, *che cosa* è l'interpretazione. Ad esempio, tipici discorsi di teoria dell'interpretazione sono quelli che riguardano questioni del seguente tenore: se sia possibile elaborare un concetto di interpretazione unitario, valido per ogni situazione in cui si dice di fare interpretazione, e specularmente se l'interpretazione giuridica abbia dei tratti peculiari rispetto ad altri casi di interpretazione; se l'interpretazione giuridica sia essa stessa un concetto unitario, o se invece sotto l'etichetta "interpretazione giuridica" si trovino cose irrimediabilmente eterogenee (l'interpretazione della legge, della costituzione, dell'atto amministrativo, del diritto internazionale, del contratto...); se l'interpretazione produca (sempre, o solo qualche volta, o mai) un'unica risposta corretta; quale sia la struttura del procedimento interpretativo (è, l'attività interpretativa, un atto puntiforme, oppure può essere distinta in più "fasi"?).

Fanno parte della teoria dell'interpretazione, inoltre, anche i discorsi che hanno ad oggetto il metodo dell'interpretazione, cioè il modo in cui si giustifica, si argomenta un certo risultato interpretativo. La *metodologia* dell'interpretazione si occupa non di *cosa* è l'interpretazione, ma di *come* si interpreta²⁹: così, tipici discorsi di metodologia dell'interpretazione producono analisi dei metodi o canoni dell'interpretazione (ad es., il metodo letterale, il metodo teleologico, il metodo sistematico, ecc.), del loro uso, delle loro condizioni di possibilità (ad es., è davvero possibile individuare "l'intenzione del legislatore?"). In questi casi, il metodo dell'interpretazione sarà oggetto di analisi di taglio teorico (elabo-

²⁸ Per vari spunti in tal senso, v. H.L.A. Hart, *Problems of the Philosophy of Law*, 103-105; J. Wróblewski, *Legal Reasoning in Legal Interpretation*; Id., *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, 62-65; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, 219-225; P. Chiassoni, *Le disavventure della teoria dell'interpretazione*.

²⁹ V. L. Gianformaggio, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica*, 114 (il compito della metodologia giuridica è di «individuare, o scoprire, o tracciare, o ripulire, o soltanto esaminare *la via interpretativa* che il giurista segue»). In generale, U. Scarpelli, *Metodo giuridico*.

razione di modelli, di definizioni, di apparati concettuali ...), anziché di rilevazioni di tipo empirico sui metodi di fatto utilizzati dagli interpreti (metodologia descrittiva), o di proposte dell'uso di certi metodi interpretativi anziché di altri (metodologia prescrittiva).

I discorsi *empirici* sull'interpretazione hanno ad oggetto ciò che *di fatto accade* in connessione con l'interpretazione, con l'interpretazione come è di fatto praticata. Di conseguenza, discorsi empirici sull'interpretazione sono in primo luogo quelli che svolgono rilevazioni variamente riconducibili alla sociologia dell'interpretazione, e avranno tipicamente ad oggetto questioni come: il modo in cui l'interpretazione è *di fatto* praticata in certi contesti, o da certi (tipi di) interpreti, o per certi tipi di problemi giuridici (ad esempio, l'interpretazione in materia penale è, di fatto, praticata in modo diverso rispetto all'interpretazione in materia civile, o in materia tributaria?, ecc.); il modo in cui l'attività interpretativa è o può essere condizionata da vari fattori attinenti al contesto sociale, politico, istituzionale, o in generale a considerazioni di tipo fattuale, in cui essa si svolge³⁰; il modo in cui l'interpretazione giuridica può risentire di condizionamenti ideologici e del sentimento di giustizia dell'interprete, o della sua formazione professionale; lo stile che certi interpreti (dottrina, giurisprudenza) adottano nell'argomentare le proprie tesi interpretative.

In secondo luogo, appartengono ai discorsi empirici anche le indagini sulla psicologia dell'interpretazione, cioè sull'interpretazione intesa non come discorso argomentativo quale può essere letto ad es. nella motivazione di una sentenza, ma come percorso psicologico in cui entrano emozioni, intuizioni, fattori talvolta opachi all'interprete stesso³¹.

³⁰Per un esempio di quest'ultimo filone di analisi, S. Danziger, J. Levav, L. Aynaim-Pesso, *Extraneous Factors in Judicial Decisions* (sulla variabilità delle decisioni a seconda dell'ora del giorno in cui sono prese); C. Sunstein, A. Vermeule, *Interpretation and Institutions* (sul ruolo delle considerazioni di tipo istituzionale nel procedimento interpretativo). Sulle ragioni sociologiche e ordinamentali (cioè legate alle dinamiche dei rapporti tra poteri nell'ordinamento) che possono scoraggiare l'adozione di interpretazioni cervelotiche e inusuali da parte degli organi dell'applicazione, P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, 221-222; W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, 185, 194; M. Troper, *La contrainte en droit*.

³¹Sui processi psicologici degli interpreti come possibile oggetto di indagine di una "teoria descrittiva" dell'interpretazione, J. Wróblewski, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, 55-57; B. Celano, *Ragionamento giuridico, particolarismo*. Si tratta di un filone di analisi che sta conoscendo un rapido sviluppo, anche grazie al ricorso alle neuroscienze. Per alcuni esempi, v. A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo*; C. Rumiati, C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza*.

3.1.2. Discorsi conoscitivi e discorsi prescrittivi

I discorsi teorici e i discorsi empirici sull'interpretazione, ancorché differenti per metodo e per statuto epistemologico, sono entrambi discorsi di tipo *conoscitivo*. Da questi devono essere distinti i discorsi di tipo *prescrittivo* sull'interpretazione. Questi ultimi sono discorsi che non hanno l'obiettivo di rendere conto di come stanno le cose (di volta in volta: la natura dell'attività interpretativa, il modo di funzionare degli argomenti interpretativi, le tesi interpretative e argomentative di fatto esistenti, ecc.), ma piuttosto di prescrivere un modello di buona interpretazione, o di buon interprete³².

Si possono ricondurre a questo ambito i discorsi della dottrina dell'interpretazione, e quelli della ideologia dell'interpretazione.

I discorsi della *dottrina* dell'interpretazione (o metodologia prescrittiva)³³ hanno ad oggetto, in generale, il "ben interpretare": propongono cioè un metodo da seguire per realizzare bene l'attività interpretativa. Ciò evidentemente si traduce nella proposta dell'utilizzo di certi canoni interpretativi (o metodi argomentativi) anziché di altri, o prioritariamente rispetto ad altri; o nella proposta di usare un certo canone interpretativo *in un certo modo* e non in un altro (ad es., usare l'argomento dell'intenzione del legislatore nella sua variante "oggettiva", cioè come ricorso alla *ratio legis*, e non in quella "soggettiva", cioè come ricorso alla *ratio legislatoris*); o anche nella proposta di non utilizzare alcuna lista prefissata di argomenti interpretativi, scegliendo piuttosto di volta in volta il metodo interpretativo più idoneo a raggiungere o giustificare un certo risultato³⁴.

³² È stata comunque sostenuta, anche in ambito analitico, l'idea che la teoria del diritto incorpori anche delle componenti valutative, o ideologiche, e che produca effetti performativi sul suo oggetto di indagine (con la conseguenza che una teoria debba essere scelta anche, o forse soprattutto, sulla base di tali possibili effetti, e non solo sulla base della sua capacità di accrescere la conoscenza). Una tesi di questo tipo è sostenuta da L. Ferrajoli, *La teoria del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*; e, con riferimento specifico alla teoria dell'interpretazione, da V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cap. III.

³³ N. Bobbio, *Metodo*; U. Scarcelli, *Metodo giuridico*. Nella letteratura di lingua inglese anche questi discorsi vengono solitamente qualificati, impropriamente, come "theory of interpretation" (cfr. ad es. A. Marmor, *The Language of Law*, 107: «A theory of statutory interpretation aims to answer the question of how judges should go about trying to resolve an interpretive question they encounter about statutory law»). Solo raramente si ha cura di precisare che in questi casi si tratta, in realtà, di "normative theories of interpretation" (R. Posner, *How Judges Think*, 19 ss.) o di "prescriptive theories of interpretation" (W. Twining, D. Meiers, *How to Do Things with Words*, 365).

³⁴ Sulla distinzione tra la "metodologia dei metodi" e la "metodologia dei risultati", v. L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, 74 ss.