

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



CONTRIBUTI DI:

Paolo Grossi
Luigi Ferrajoli
Aurelio Gentili
Claudio Scognamiglio

Enrico Quadri
Luigi Balestra
Giuseppe Conte
Giovanni D'Amico

Francesco Macario
Roberto Mastroianni



GIUFFRÈ EDITORE

Direzione

Giuseppe CONTE (Università di Firenze) - Fabrizio DI MARZIO (Corte di Cassazione)

Comitato di direzione

Fabio ADDIS (Università di Brescia) - Luigi BALESTRA (Università di Bologna) - Giovanni D'AMICO (Università di Reggio Calabria) - Stefano DELLE MONACHE (Università di Padova) - Raffaele DI RAIMO (Università del Salento) - Francesco MACARIO (Università di Roma Tre) - Marcello MAGGIOLO (Università di Padova) - Emanuela NAVARRETTA (Università di Pisa) - Fabio PADOVINI (Università di Trieste) - Michele PERRINO (Università di Palermo) - Claudio SCOGNAMIGLIO (Università di Roma "Tor Vergata")

Consiglio scientifico

Guido ALPA (Università "La Sapienza" di Roma)
Mads ANDENAS (University of Oslo)
Andrea BIONDI (King's College London)
Jean-Sébastien BORGHETTI (Université Panthéon-Assas)
Alexandra BRAUN (University of Oxford)
Mario CAMPOBASSO (Seconda Università di Napoli)
Paolo CAPPELLINI (Università di Firenze)
Brian CHEFFINS (University of Cambridge)
Claudio CONSOLI (Università "La Sapienza" di Roma)
Paoloefisio CORRIAS (Università di Cagliari)
Enrico DEL PRATO (Università "La Sapienza" di Roma)
Giovanni DORIA (Università di Roma "Tor Vergata")
Gillian DOUGLAS (Cardiff University)
Francesco FIMMANÒ (Università del Molise)
Toni M. FINE (Fordham University)
Giusella FINOCCHIARO (Università di Bologna)
Andrea FUSARO (Università di Genova)
Henry B. HANSMANN (Yale Law School)
Mark GEISTFELD (New York University)
Aurelio GENTILI (Università di Roma Tre)
Stefan GRUNDMANN (European University Institute)
Fabrizio GUERRERA (Università di Messina)
Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ (Universidad de Valencia)
Paola LUCARELLI (Università di Firenze)
Matthias MAHLMANN (Universität Zürich)
Marco MARAZZA (Università "Universitas Mercatorum")
Roberto MASTROIANNI (Università di Napoli "Federico II")
Andrea MORA (Università di Modena)
Peter Arnt NIELSEN (Københavns Universitet)
Luca NIVARRA (Università di Palermo)
Mauro ORLANDI (Università di Roma "Tor Vergata")
Gianmaria PALMIERI (Università del Molise)
Andrea PANZAROLA (Università LUM "Jean Monnet")
Giovanni PERLINGIERI (Seconda Università di Napoli)
Carlos PETIT (Universidad de Huelva)
John PHILLIPS (King's College London)
Giorgio RESTA (Università di Bari)
Luigi Antonio ROVELLI (Corte di Cassazione)
Massimo RUBINO DE RITIS (Seconda Università di Napoli)
Giuseppe SANTONI (Università di Roma "Tor Vergata")
Franco SCARPELLI (Università di Milano-Bicocca)
Henry E. SMITH (Harvard Law School)
Lorenzo STANGHELLINI (Università di Firenze)
Umberto TOMBARI (Università di Firenze)
George TRIANTIS (Stanford Law School)
Gianroberto VILLA (Università Statale di Milano)
Graham VIRGO (University of Cambridge)
Stefan VOGENAUER (University of Oxford)
Nancy A. WELSH (Penn State University)

Redazione

Paola CILLO, Alessandra CAVUOTO

Concept e graphic design

Ad Maurizio Maselli/Digital Kitchen

Composizione e stampa

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Indice

PAOLO GROSSI

Sulla odierna fattualità del diritto p. 11

LUIGI FERRAJOLI

Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità p. 27

AURELIO GENTILI

L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina p. 47

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

Dignità dell'uomo e tutela della personalità p. 67

ENRICO QUADRI

Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata p. 95

009

LUIGI BALESTRA

Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale p.133

GIUSEPPE CONTE

The Italian Way of Mediation p.163

Giovanni D'AMICO

Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è) . p.197

FRANCESCO MACARIO

Absolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino p.227

ROBERTO MASTROIANNI

La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati p.283

Gli Autori di questo fascicolo p.319

L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina

La dottrina giuridica ha contribuito all'interpretazione della legge in duplice modo. Anzitutto, producendo significati corretti: concetti, distinzioni, argomenti pro o contro un'interpretazione di una disposizione provengono in gran parte dalla dottrina. Poi, migliorando il metodo di interpretare la legge, nonostante la disputa se l'interpretazione sia attività cognitiva, creativa, o una scelta da giustificare. Oggi il ruolo principale appartiene alla giurisprudenza, ma la dottrina deve conservare la propria funzione critica e di controllo.

047

Legal doctrine has twofold helped law Interpretation. Firstly; it worked and still works to producing its correct meaning: concepts, distinctions, topics for or against an understanding of a provision come largely from doctrine. Secondly; it worked and still works to improving the method of interpreting laws, even though it is disputed whether law interpretation be a cognitive, or a creative activity, or a choice to justify. Today, case - law has the main role in interpreting law, but doctrine shall keep its criticism and control.

Sommario: 1. Il duplice significato del contributo della dottrina all'interpretazione giuridica: interpretazione come senso e come attività. – 2. Il contributo della dottrina all'interpretazione intesa come significato degli enunciati normativi. – 3. Il contributo della dottrina all'interpretazione intesa come attività di attribuzione di senso. – 4. Ragioni teoriche e ragioni pragmatiche del mutamento nel novecento dei ruoli assolti dalle fonti, dalla dottrina, e dalla giurisprudenza nell'interpretazione. – 5. Conclusioni.

1. - Il duplice significato del contributo della dottrina all'interpretazione giuridica: interpretazione come senso e come attività.

Nessuno potrebbe seriamente negare che la dottrina abbia dato *un* contributo all'interpretazione giuridica. Ma la verità è piuttosto che ne ha dati *due*.

È stato Alf Ross (per quanto ne so) il primo a far notare che “interpretazione” si dice in due sensi: come *attività*, l'interpretare, e come *prodotto*, l'interpretazione data¹. All'interpretazione in entrambi i sensi la dottrina ha dato un contributo essenziale. E se il suo ruolo all'interpretazione in questa seconda accezione è divenuto nel tempo minore, fondamentale è invece nel primo.

Di qui la necessità di due discorsi separati e diversi.

Svolgendoli, si constata che l'influsso dottrinale ha fatto prevalere, con una diversa concezione dell'interpretazione, anche una diversa concezione del diritto e una diversa concezione della giurisdizione.

2. - Il contributo della dottrina all'interpretazione intesa come significato degli enunciati normativi.

Si può iniziare dal contributo della dottrina all'interpretazione intesa come prodotto (il significato attribuito ad un enunciato normativo).

È questo storicamente il contributo più classico, ed è certamente quello cui il civilista pensa per primo. Innegabilmente, la maggior parte delle idee

¹ A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, 1990, 111.

La distinzione è divenuta corrente nella letteratura giuridica moderna: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 39; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 4; Id., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006, 127; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2003, 203.

che strutturano i sistemi giuridici moderni in ambiente di *civil Law* sono di origine dottrinale. I legislatori, i giudici debbono in gran parte ai dottori le nozioni di cui da secoli si servono per i loro discorsi.

Concorrono in ciò, intrecciandosi, una ragione storica ed una pragmatica.

2.1. - La ragione storica è nel fatto che tutte le operazioni importanti di concettualizzazione e di consequenziale sistemazione del diritto, sia esso di fonte legislativa o giurisprudenziale, sono state preparate e rese possibili dal lavoro dottrinale. Ciò è avvenuto in duplice modo. La dottrina le ha create, fornendole al diritto legale e giurisprudenziale. La dottrina le ha ri-create, dando al diritto vigente o vivente nuovi significati

2.1.1. - È stato così per il diritto romano.

Se lo prendiamo come ovvio punto di partenza della nostra cultura giuridica, e ammettiamo che esso abbia raggiunto la sua piena sistemazione con la redazione del *Corpus juris*, per comprendere il ruolo determinante della dottrina ci basta considerare che le sue parti maggiori, le *Institutiones* e il *Digestum*, sono recezione diretta di dottrina giuridica, e le altre, il *Codex* e le *Novellae*, debbono almeno in parte alla dottrina l'ordine loro assegnato. Del resto, questo era stato il naturale approdo della vicenda dell'*interpretatio*²: le *Institutiones* di Gaio, modello di quelle giustinianee, erano state lo sforzo dottrinale di una concettualizzazione del diritto civile ed onorario. E i *responsa* già al tempo dell'*interpretatio* dei pontefici³, e poi in maggior misura con l'opera di consulenza ai pretori consentita dal processo formulare, avevano non solo concettualizzato il diritto esistente ma creato per tal via nuovo diritto: un fenomeno che porterà lo Jhering studioso dello spirito del diritto romano del secondo periodo a dire che «i concetti sono produttivi»⁴.

049

² Sull'interpretazione nel diritto romano, v. A. BURDESE, *Interpretazione nel diritto romano*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 1 ss.; E. BETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici (Diritto romano)*, in *Nss. D.I.*, VIII, Torino, 1957, 902 ss.; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 15 ss.; G. GANDOLFI, *Sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1964, 317 ss.; P. VOCI, *Interpretazione del negozio (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 270 ss.

³ Sulla quale POMPONIO, *Liber singularis enchiridion*, (D. 1, 2, 2, 6).

⁴ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, 1880, II, 2. Su tal metodo N. BOBBIO, *Metodo*, ora in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 167 s.; F. BELVISI, *La positività del diritto nel primo Jhering*, in *Materiale per una storia della cultura giuridica*, 1987, 495 ss.

Alla dottrina si debbono quindi, notoriamente, concetti e istituti che ancora utilizziamo. Avendo appena ricordato le istituzioni di Gaio, l'esempio della *obligatio* è probabilmente il più pregnante: nozione, elementi, fonti, specie furono da allora – e pressappoco ancora sono – per legislatori e giudici quelli che il breve trattato didattico ha fissato.

Sottesa a ciò è una specifica concezione del diritto, diversa da quella della modernità (i codici) ma precorritrice di quella della contemporaneità (l'interlegalità). Il compito dell'*interpretatio*, ed il ruolo della dottrina, si possono dire ben sintetizzati dal brocardo «non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat»⁵. *Jus quod est dicere* (dove *ius* non si riduce alle *leges*, da vedere piuttosto nelle *regulae*), era stato appunto il compito della dottrina: fondare una *scientia juris*. Cui il legislatore si poteva ispirare e il giudice attenere.

Ma il dato più rilevante non è tanto che la dottrina del diritto romano e poi del diritto comune abbia creato la legge, ma che l'abbia ri-creata. Con l'interpretazione dei testi. Vanamente i tardi legislatori romani si opposero all'interpretazioni: penso al *Codex Theodosianum*⁶ o alla Legge delle citazioni⁷. Basta considerare che con la riscoperta del *Corpus Juris*, lo sforzo di interpretarlo contraddistingue il contributo dei glossatori⁸ e poi dei commentatori⁹. Dapprima solo espositivo. Ma presto, per la distanza storica, per la frammentarietà e disorganicità del materiale normativo, le sue contraddizioni, le sue lacune, proteso ad andare oltre i testi, e rielaborarli: l'*interpretatio* non era la mera attribuzione di significato al testo, ma la sua

⁵ Su questo L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in Id., *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale*, Padova, 2006, 175 ss., 185.

⁶ Cfr. il *Codex Theodosianum*, III, 1 de contr. emtione, 1 (a. 319); 7 (a. 369).

⁷ Cioè l'*Oratio Valentiniani ad Senatum* del 426 d.C. intesa a restringere l'*interpretatio* ai pareri di Papiniano, Gaio, Ulpiano, Paolo e Modestino.

⁸ Sul punto P. CHIASSONI, *L'interpretazione dei documenti legislativi: Giustiniano e i glossatori*, in *Scritti per Umberto Scarpelli*, 1997, Milano, 215 ss. V. anche N. FALCK, *Corso di introduzione generale allo studio del diritto*, Napoli, 1847, 115 ss.

⁹ Sul tema, in modo approfondito, A. ERRERA, *Il concetto di scientia juris dal XII al XIV secolo. Il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Milano, 2003; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 54 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I. Antichità e medioevo, Bologna, 1966, 225 ss., 277 ss. V. anche J.G.C. HUDSON, *Customs, Laws, and the Interpretation of Medieval Law*, in P. ANDERSEN-M. MÜNSTER SVENSEN, *Custom. The development and use of a legal concept in the middle ages*, Copenhagen, 2009, 1 ss.

eventuale elaborazione teorica, a partire dal testo oscuro, o dalla lacuna, quando la regola del caso non si offriva evidente nel materiale normativo.

2.1.2. - È stato così per il diritto francese.

È ben noto che il lavoro dei redattori del *Code civil* consistette principalmente nel rimaneggiare secondo un ordine razionale il materiale legislativo preesistente, derivante dalle *coutumes*, dalla legislazione regia ma soprattutto dal diritto romano. Ebbene, quell'ordine razionale, con i suoi concetti: persona, proprietà, atto giuridico, le sue partizioni, i mutui rapporti, fu desunto dalla reinterpretazione e dalla sistemazione del materiale normativo fatta da Domat e da Pothier.

Non è un caso: non sarebbe stato possibile altrimenti. Una riprova è nel coevo codice austriaco. La derivazione dottrinale è ancora più evidente nell'ABGB. L'originario e precedente *Codex Theresianus*, mancò l'obiettivo, e non fu promulgato, proprio per l'insufficienza sistematica e concettuale. Solo il rimaneggiamento di due giuristi, Carlo Antonio Martini e Franz von Zeiller, fornì la base teorica che consente ad un codice di due secoli di funzionare ancora.

E anche rispetto al codice francese, con la creazione dottrinale della legislazione, si è avuta ben presto la creazione di nuovo diritto.

Poiché parliamo di interpretazione trarrò l'esempio proprio da questa. Nell'interpretazione del contratto l'obiettivo dell'interpretazione è per i redattori del *Code* la *commune intention*. E per la dottrina più antica¹⁰, l'*Ecole de l'eségèse*, la *commune intention* che l'interpretazione deve scoprire, ontologicamente è un fatto: la fusione di due (o più) interne volontà individuali. Fatto psichico, interiore, quantunque rilevante solo se esteriorizzato¹¹. Ma già Saleilles (e altri con lui in un momento in cui la sicurezza dei traffici in un'economia nel frattempo tramutatasi in economia dello scambio lo richiede) muove da un lato dall'idea che «le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit, mais le procédé d'adaptation des volontés privée a l'utilisation des efforts com-

051

¹⁰ Una ricostruzione dell'evoluzione della dottrina francese dell'interpretazione dei contratti in E. DE CALLATAY, *Etudes de l'interpretation de conventions*, Bruxelles-Paris, 1947.

¹¹ V. MARCADÉ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, VI, Napoli, 1875, 405.

muns»¹², da che l'idea che il giudice debba essere non lo scopritore di una verità ma l'arbitro dei conflitti in vista del progresso sociale¹³. Ne deriva la richiesta ai giudici «d'appliquer à l'interprétation des actes privés les règles qui dominent (...) l'interprétation de la loi»¹⁴. Un'interpretazione cioè di buona fede, che regoli gli interessi tra le parti in modo equitativo, alla maniera del § 157 del BGB. La proposta dottrinale è presto divenuta la nuova comune lettura del testo legale.

2.1.3. - È stato così soprattutto per il codice tedesco.

In precedenza nell'area tedesca l'idea che toccasse alla dottrina creare i concetti, il linguaggio, la logica del diritto, era stata così forte che ritardò la codificazione. Nonostante la forte aspirazione al sistema: anche in Germania come in Francia il settecento era stata l'epoca, con Thomasius e poi Wolff, della concettualizzazione e della sistemazione del diritto naturale e del diritto romano. Un allievo di Wolff, Pütter¹⁵, cerca di applicare al diritto romano il sistema esterno elaborato dai giusnaturalisti¹⁶; il suo allievo Hugo¹⁷ di trattare con metodo empirico, e quindi storico, la giurisprudenza, abbandonando l'ordine espositivo giustinianeo¹⁸; e Thibaut scriverà nella prima pagina delle sue Pandette che «le leggi (...) abbisognano di un'esposizione scientifica, cioè sistematica; ed in questa forma son chiamate Scienza del Diritto in senso obbiettivo, *iurisprudentia* ovvero *ius*»¹⁹. Con Heise²⁰, infine, si consolida quell'ordine sistematico

¹² R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique allemand*, Paris, 1901, 229.

¹³ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit., 216.

¹⁴ R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Rev. int. Enseignement*, 1890, 482 ss., 490.

¹⁵ J.S. PÜTTER, *Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, nebst etlichen Zugaben, Göttingen, 1767.

¹⁶ M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, Milano, 2002, 239.

¹⁷ G. HUGO, *Lehrbuch des naturrechts, als einer philosophie des positiven rechts, besonders des privatrechts*, (1798); su Hugo N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 35.

¹⁸ Da cui il consolidarsi di un diritto romano attuale: G. HUGO, *Institutionen des heutigen römischen Rechts*, (1789); successivamente, tuttavia, Hugo in polemica con Thibaut tornerà allo schema giustinianeo.

¹⁹ A.F.J. THIBAUT, *Diritto delle Pandette* (1803), I, Napoli, 1857, 3 s. Altrove scriverà che il sistema più perfetto è quello che riconduce l'insieme dei concetti concreti ad un numero minimo di concetti generali.

²⁰ A. HEISE, *Grundriss eines systems des gemeinen civilrechts* (1807). Sul prevalere dell'influenza dei pandettisti sui germanisti nella redazione del codice germanico J.M. KELLY, *Storia del*

nuovo, ritenuto insito nella materia²¹, che attraverso i pandettisti ispirerà i cinque libri del B.G.B.

Di qui uno dei motivi per la mancata adozione di una codificazione²²: negli ambienti dottrinari prevalse a lungo, anche per l'autorità dell'uomo, l'opinione di Friederich Carl von Savigny che piuttosto che progettare un sistema artificiale di leggi si dovesse attingere al larghissimo patrimonio sapienziale²³. Partendo da principi fondamentali si può «cogliere l'intimo rapporto e il genere di relazione che unisce tutti i concetti e principi giuridici»²⁴. Insomma: la dottrina poteva addirittura sostituire la legislazione.

Ma anche quando questa giunse, fu elaborazione dottrinale: sistemazione e sbocco dei risultati “scientifici” cui era giunta la pandettistica.

E fu subito rielaborata dall'interpretazione dottrinale. Un esempio parallelo a quello portato per il codice francese rende l'idea. Sempre in materia di interpretazione del contratto i *Motive* enfatizzano l'importanza della volontà. Nonostante i *Motive*, tuttavia, è apparso ben presto alla dottrina che l'interpretazione secondo l'interno volere fosse inconciliabile con l'interpretazione di buona fede, e rendesse così confliggenti, nell'ambito degli atti di affari ove concorrono, il metodo del § 133 e quello del § 157. È allora prevalsa l'idea che almeno nell'ambito dei *Werkehrsakte*, il *wirkliche Wille* cui indirizza il § 133 non sia l'interno volere²⁵ ma quello oggettivato nella dichiarazione²⁶. L'unico, del resto – anche le ragioni pragmatiche

pensiero giuridico occidentale, Bologna, 1996, 403; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Ottocento e novecento, 57.

²¹ Così, con piena penetrazione del fenomeno, M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., 251.

²² In tema v. A.F.J. THIBAUT, *La necessità di un diritto civile generale per la Germania* (1814), e F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), in GIUL. MARINI (a cura di), *La polemica sulla codificazione*, Napoli, 1982. Sulla polemica tra loro P. BECCHI, *La polemica sulla codificazione tra Thibaut e Savigny. Significato e limiti di una chiave interpretativa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987, 357 ss.

²³ Sull'opera di Savigny N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., 42 ss.

²⁴ F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo*, cit., 106.

²⁵ Così invece L. ENNECKERUS-H.C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I Bd, *Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1952, § 205, I, 1, per cui la volontà dichiarata non esistendo che in apparenza non è la volontà reale.

²⁶ P.E.W. OERTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, *Allgemeiner Teil*, § 133, n. 3a, Berlin, 1927, per il quale il punto di vista del § 133 è strettamente oggettivistico, e la domanda non è cosa il contraente ha voluto dire ma cosa ha detto; v. anche G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst einführungsgesetz*, Berlin, 1903, § 133, n. 1 e J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, etc.,

contano – adatto al sistema giuridico di un paese la cui economia sia basata essenzialmente sulla circolazione e lo scambio.

2.1.4. - È stato così dei nostri codici.

Meno del primo. Qui per motivi storici prevalse la necessità di fare sintesi dei codici preunitari. Una sintesi facilitata dal comune modello francese, ma realizzata con apporti anche da quello austriaco.

Ma il secondo, l'attuale, fu opera di dotti che recuperarono il lavoro della scuola italiana dell'esegesi, della successiva scuola sistematica, dello studio approfondito della pandettistica pre e post BGB, per mettere a punto una serie di concetti e il loro sistema.

Con il tempo la dottrina ha ricreato il senso delle scelte legislative. Due esempi per tutti.

Il primo: il sistema della responsabilità civile, e soprattutto del danno risarcibile, originariamente attestato sulla tassativa diade danno patrimoniale/danno morale è stato riarticolato, senza cambiare un solo articolo di legge, sulla triade danno patrimoniale/danno alla persona/danno morale.

Il secondo: l'inserimento tra atti leciti ed atti illeciti di un *tertium genus*, gli atti leciti non meritevoli di tutela, era stato nella codificazione del 1942 il frutto di dottrine sociali autoritarie; mutato l'approccio, fu dopo la codificazione reso sterile da dottrine liberali attente a nuovi bisogni; con parziale riflusso oggi rispunta nell'interpretazione dottrinale restrittiva di strumenti, come la fondazione di famiglia, o la destinazione patrimoniale atipica, che il legislatore escogita per dotare il nostro sistema di qualche equivalente della proprietà funzionale di cui gli altri sistemi godono, e si servono vantaggiosamente nella concorrenza tra ordinamenti, e che invece certa nostra dottrina stronca in omaggio a categorie vetuste²⁷.

Mi pare dunque evidente che la dottrina in gran parte ha creato, e ricreato, il significato del diritto vigente e del diritto vivente.

München, 1925, § 133, n. 8; di recente O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2013, § 133, n. 4.

²⁷ Sulle categorie, ora, nello stesso spirito di necessità di ripensamento N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

2.2. - Accanto alla ragione storica sta (o meglio, come vedremo, stava) una ragione pragmatica, dovuta alla naturale appartenenza (almeno un tempo) dell'attitudine all'elaborazione dei concetti, delle partizioni, dei sistemi, alla dottrina, più che alla legislazione o alla giurisprudenza. Vi sono per ciò due motivi. Uno riguarda il metodo del discorso giuridico. Uno il medium del discorso giuridico.

2.2.1. - Il motivo di metodo sta nel tipo di lavoro che si richiede per contribuire all'attribuzione di un certo significato ad un testo.

Per razionalizzarlo occorrono concetti, partizioni, sistematica. Concetti, partizioni, sistemi, sono *strumenti argomentativi*, di carattere *generale*, del discorso. Come tali, sono perfettamente congrui alla prassi del discorso dottrinale che attraverso essi motiva in via generale soluzioni.

Molto meno congrui essi sono invece (o meglio: erano!) alla prassi del discorso legale, generale ma non interessato principalmente allo strumento argomentativo – i legislatori non motivano! – quanto all'effetto pratico.

E ugualmente meno congrui concetti, partizioni, sistemi, sono (o meglio: erano!) alla prassi del discorso giudiziale, interessato allo strumento argomentativo ma non generale – i giudici non astraggono! – bensì casistico. Anche qui un esempio rende l'idea. Consideriamo la clausola generale di “buona fede”. Usata dal legislatore non è che un contenitore indefinito: la formula lessicale certo non aiuta, perché letteralmente non ha alcun significato determinato, essendo una connotazione di valore e non una denotazione di senso. Usata dalla giurisprudenza ci dice cosa nel tale o tal altro caso è stato ritenuto di buona fede, ma ogni altro caso resta aperto. Elaborata dalla dottrina assume un significato sufficientemente determinato: protezione dell'interesse altrui fino al limite del sacrificio apprezzabile.

Ma bisogna riconoscere che al passaggio di secolo molto è cambiato. I legislatori non motivano? Non più. Non motivavano. Ma ora – basta pensare alla moda dei lunghi preamboli introdotta dal diritto comunitario – anch'essi motivano, e questo è uno dei fattori dell'arretramento dell'importanza della dottrina per l'affievolirsi del suo compito, che tutti constatiamo. I giudici non astraggono? Non più. Non astraevano. Oggi la Corte di

giustizia, la Corte europea dei Diritti dell’Uomo, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, spesso (e volentieri) emanano sentenze-trattato, ricche di principi, costruzioni, distinzioni, e questo è un altro dei fattori dell’arretramento dell’importanza della dottrina per l’affievolirsi del suo compito, che egualmente tutti constatiamo.

2.2.2. - Il motivo inerente al medium sta invece nel fatto che tale medium è – per ragioni comunicative – un linguaggio naturale, sia pure parzialmente tecnicizzato.

Ciò significa che dove il legislatore non ricorra a definizioni, ma certo non tutti i vocaboli – ma sarebbe giusto aggiungere non tutti i concetti – sono, né possono essere definiti nelle leggi²⁸, il loro senso deve essere ricavato *aliunde*. E a tal riguardo il legislatore inganna quando rinvia al *significato proprio* delle parole. Non solo perché le parole non hanno *un* ma molti significati “propri” cioè correnti nell’uso, ma anche perché il legislatore stesso lo tradisce visibilmente usandole in altri sensi, che però per lo più non definisce. Esempi: il debitore “risponde” non certo nel senso che dia informazioni a domanda; la “causa” del contratto non è davvero il suo fattore produttivo, e – per fare un esempio meno plateale – se riusciamo a distinguere il contratto d’opera dal mandato in ragione del fatto che in questo secondo sono oggetto dell’incarico atti “giuridici” senza dover filosofare chiedendoci: “giuridici”? “*quid jus?*”, è perché esiste un apparato dottrinale che chiarisce che “rispondere” è soggezione alle altrui azioni a tutela, “causa” è la funzione, e perché gli atti siano “giuridici” per i fini di quella norma basta che siano costitutivi di diritti e doveri giuridicamente rilevanti. Attraverso la lingua che un legislatore usa penetra nel diritto (se si vuole, ma è riduttivo: nell’interpretazione del dettato legale) la cultura che innerva quella lingua. Tanto più, quanto più astratti e generali sono i termini usati. Ieri, solo la dottrina poteva mettere a punto il senso di termini legali come “buona fede”, “correttezza”, “equità”. Oggi senza la

²⁸ In un volume sull’interpretazione della legge Giovanni Tarello ricordava che «è stata nel secolo scorso, e tuttora è, ideologia peculiare del ceto dei giuristi quella del c.d. positivismo giuridico, secondo cui tutto il diritto scaturisce solo da tutte le leggi; ma tale ideologia ha funzionato (...) senza però occultare il fatto che non tutta la disciplina del vivere sociale può reperirsi nell’insieme delle leggi» (G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 25 ss.).

dottrina non sapremmo mai il senso della scelta del vertice del nostro sistema (i trattati comunitari) per l’“economia sociale di mercato”. Una formula frutto di una dottrina.

3. - Il contributo della dottrina all’interpretazione intesa come attività di attribuzione di senso.

Il contributo della dottrina all’interpretazione intesa come attività è stato in ogni tempo determinante ed è oggi il più importante.

È certamente rilevante – ma accade sempre meno spesso – che la riflessione di un autore su un problema ispiri al legislatore una riforma, o faccia cambiare idea alla giurisprudenza sul punto. Che cioè faccia mutare un esito interpretativo. Ma è decisamente più rilevante ed accade ancora che dia un altro senso ed un altro metodo all’attività di interpretare, magari senza mutare di una virgola le norme ermeneutiche legali.

Ebbene, per effetto della dottrina la concezione dell’interpretare è radicalmente cambiata.

Il fenomeno si è compiuto alla metà del novecento nella storia del pensiero, ed è penetrato negli ultimi suoi decenni nel pensiero giuridico. Esso ci costringe a cambiare la nostra idea di diritto. E costringe la giurisprudenza a cambiare la sua idea di motivazione.

057

3.1. - Parlare di mutamento della concezione dell’interpretare impone di dire quale fosse la precedente e quale la nuova. Il discorso sarebbe lungo. Lo limiterò perciò ai fatti essenziali di quei due secoli che il mondo moderno hanno prima formato, e poi trasformato in contemporaneo.

Nei paesi di *civil Law* questi due secoli sono l’epoca dei codici. Sono note le ragioni che vi hanno condotto. L’illuminismo derideva la ridda delle interpretazioni: come scrive Voltaire, che vi siano venticinque commentari della *coutume* di Parigi prova venticinque volte che è equivoca²⁹. E finì per caldeggiarne il divieto (in Francia, addirittura, ancor prima: già con il *Code Louis*), e la sua sostituzione con il *référé legislatif*, teorizzato per tutto il

²⁹ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (1764), voce *Lois*, Paris, s.d., 242 .

settecento, talvolta imposto³⁰, ed ancora riproposto, vanamente, dai rivoluzionari francesi nei primi tentativi di globale riforma della legislazione³¹. Il modello del codice, oltre ad offrire perfezione formale, ordine sistematico, e modernità di contenuto, risolveva questo problema, perché consentiva di ridurre l'interpretazione a mera constatazione del senso della volontà legale.

Non stupisce quindi che, nonostante le sue ambizioni di globalità, la codificazione francese non abbia elaborato anche uno specifico sistema di interpretazione legale. A parte il reprimere come *déni de justice* il rifiuto di giudicare per l'oscurità del testo legale³², non vi si trova alcun precetto sull'interpretazione della legge.

Per altro verso però il codice francese del 1804³³ proprio tacendone introduceva una radicale modifica nella teoria dell'interpretazione della legge: precludendo ogni indagine che non fosse indagine sul testo della legge, sostituiva all'interpretazione l'esegesi (come già la codificazione giustinianea)³⁴.

Di qui tre conseguenze.

058

Anzitutto una concezione rigidamente *cognitiva* dell'interpretare: interpretare è constatare la volontà legislativa e riesporla, o ridefinirla con verbalizzazione più chiara ed esplicita.

Poi una concezione rigidamente *formale* del diritto: l'identificazione del diritto con la legge. Si noti: non semplicemente l'identificazione del diritto con norme che si ricavano da testi approvati con quei procedimenti che chiamiamo leggi. Molto di più! L'identificazione del diritto con le norme

³⁰ Come da Ferdinando IV nel regno di Napoli e Sicilia, con il Reale Dispaccio del 23 settembre 1774.

³¹ In tema P. ALVAZZI DEL FRATE, *Divieto di "interpretatio" e "référé legislatif"* nei "cahiers de doléances" del 1789, in http://www.storiadeldiritto.org/uploads/5/9/4/8/5948821/alvazzi_divieto_di_interpretatio.pdf.

³² *Code civil*, art. 4.

³³ Per la concezione del *Code civil* e le sue origini v. A.J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, Napoli, 2005. V. anche F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano, 1980, 518 ss.

³⁴ Sottolinea che la codificazione «fu il risultato di una critica illuministica ossessivamente ostile a dottrina e giurisprudenza» M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., 212. Individua le cause storiche dell'avvento della Scuola dell'esegesi, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., 72 ss.

direttamente volute dal legislatore. Se ricavabili ma non volute, non norme: il rifiuto kelseniano della logica delle norme nasce da qui³⁵. Di qui poi ancora una concezione rigidamente *sillogistica* della giurisprudenza: la norma voluta dà la premessa maggiore. Perciò la motivazione ha un solo senso: questa è la verità giuridica, ed è unica; e una sola giustificazione della decisione: questo è quello che il legislatore vuole.

3.2. - La svolta linguistica del novecento, o meglio la sua seconda fase, ha rivoluzionato tutto.

Essa ha anzitutto una *pars destruens*. Il primo passo è la dimostrazione del carattere non apofantico dei discorsi non assertivi, come il discorso prescrittivo, non classificabile in termini vero/falso. Il secondo è la distinzione della disposizione, vero prodotto dell'attività legislativa, dalla norma, prodotto invece dell'interpretazione. Il terzo è l'osservazione che solo la disposizione, cioè il testo, si constata, mentre la norma, il senso, per natura non è constatabile. Il quarto è la negazione dell'esistenza di un significato proprio delle parole. Il quinto la rilevazione della genericità, vaghezza e frequente polisemia del senso letterale. Il sesto la confutazione dell'esistenza reale di una intenzione del legislatore per mancanza di una mente cui riferirla. Tutto ciò distrugge la concezione cognitiva dell'interpretazione, e il suo criterio di correttezza nella vera intenzione del legislatore. Essa ha poi una *pars construens*. Il primo passo è stato la rivalutazione della capacità di senso dei discorsi prescrittivi. Il secondo il riconoscimento di una loro logica specifica, la deontica. Il terzo la necessità logica di almeno

059

³⁵ Cfr. H. KELSEN, *Diritto e logica*, ora in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, 193: «(...) la validità di ogni norma positiva (...) è condizionata ad un atto di volontà di cui essa è il senso. E questo atto di volontà non può essere prodotto mediante un'operazione logica, cioè un atto di pensiero». V. anche H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, 378 ss.

Posizione un po'... illogica per chi come Kelsen ne traeva però, in materia di interpretazione l'esito pragmaticamente opposto, che cioè l'interpretazione che proviene da organi autorizzati a dire il diritto è un fatto di volontà, creativo. Come altri sintetizzerà: nessun imperativo senza imperatore. I funzionari conoscono dapprima non il senso, che non è mai unico, ma piuttosto i vari possibili sensi linguistici della norma superiore, sempre incompleta ed ambigua, per scegliere fra essi; ma poi decidono il senso della norma inferiore, scegliendolo, al limite, legittimamente, anche al di fuori di quei sensi, così determinando, con l'emana-zione ed il passaggio in giudicato dell'atto creativo (provvedimento o sentenza), la norma inferiore (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, Appendice a *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, 154).

una premessa prescrittiva per la deduzione di conclusioni prescrittive. Il quarto la determinazione rispetto alla polisemia del testo di un limite all'interpretazione nell'orizzonte dei significati semanticamente possibili. Il quinto la ammissione di criteri *ad hoc* di correttezza diversi dalla verità, attraverso la elaborazione della giustificazione argomentativa del significato scelto tra quelli semanticamente possibili.

Di qui tre conseguenze.

Anzitutto una concezione rigidamente *argomentativa* dell'interpretare: interpretare non è descrivere il diritto vigente³⁶, ma è giustificare attraverso l'argomento migliore il senso della disposizione scelta nell'ambito di quelli semanticamente possibili.

Poi una concezione solo parzialmente *formale* del diritto: diritto è la norma scelta in modo giustificato, anche per deduzione logica da altre norme o principi, purché a partire da testi formalizzati attraverso procedimenti che l'interprete riconosce come fonti del diritto.

Infine una concezione solo parzialmente *sillogistica* della giurisprudenza: la norma voluta dà la premessa maggiore. Ma la premessa normativa non deriva né da constatazione né da deduzione, bensì da scelta argomentata: non è la Verità (della volontà legale), è solo l'approdo dell'argomento migliore (a partire dai testi).

Pura teoria? Tutt'altro! È riconoscendo la polisemia dei testi legali, ma insieme il limite segnato dall'orizzonte dei soli significati semanticamente possibili che le nostre Corti superiori imbrigliano la indebita retroattività di interpretazioni “autentiche” in realtà innovative³⁷. È rendendo evi-

³⁶ Per tutti M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990, 298.

³⁷ Corte cost., 25 luglio 1995, n. 376, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1271: «Il ricorso a leggi di interpretazione autentica, peraltro possibile anche da parte delle regioni, non può essere utilizzato per attribuire a norme innovative una surrettitizia efficacia retroattiva, venendo meno, altrimenti, la funzione peculiare di tali leggi, ossia quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili con il tenore letterale»; Cass., sez. lav., 2 maggio 2007, n. 10110, in *Rep. Foro it.*, 2007: «In tema di agevolazioni e benefici contributivi previsti per le aziende agricole, la regola della non cumulabilità e della localizzazione territoriale dell'azienda (nel Mezzogiorno, nel Centro-Nord, nei territori montani, nelle zone agricole svantaggiate) che consente di individuare il beneficio più favorevole ad essa spettante, già risultante dalla lettura sistematica e coordinata dei benefici in questione è ora confermata dalla disposizione di interpretazione autentica dell'art. 44, 1º comma, d.l. n. 269 del 2003, conv., con modif., in l. n. 326 del 2003, che ha previsto che l'art. 9, 6º comma, l. n. 67 del 1988 e successive modificazioni ed integrazioni, si interpreta nel senso che le agevolazioni di cui al 5º comma, medesimo art. 9, così come

dente il momento discrezionale, ma non arbitrario, della scelta del giudice tra i sensi possibili del testo legale che l'obbligo di motivare viene riportato non tanto alla deduzione della regola del caso dalla norma, fatto di pura logica, ma alla giustificazione di quella lettura della legge in un quadro sistematico che impone globale coerenza.

3.3. - Ma se tutto è cambiato, non tutto è risolto. Come si stabilisce l'argomento migliore?

Qui alcuni, come Giovanni Tarello, negano qualsiasi possibilità di un confronto razionale degli argomenti³⁸. Gli argomenti non sono che tecniche politiche per far accettare la decisione, e a monte di essa l'interpretazione prescelta. È la teoria scettica dell'interpretazione. E il libertinaggio argomentativo praticato da molta dottrina in base ad opzioni ideologiche e non a effettive ragioni sembra dirci che le cose stanno effettivamente così. Altri, ed io ultimo tra questi, credono ad una razionalità pratica, una logica non formale per cui dal confronto degli opposti argomenti emerge, sebbene non sempre, la maggiore o minore tenuta delle contrapposte alternative interpretative. È quel che si chiama scetticismo interpretativo moderato.

sostituito dall'art. 11 l. n. 537 del 1993, non sono cumulabili con i benefici di cui al 5° e 6° comma, art. 1 d.l. n. 536 del 1987, conv., con modif., in l. n. 48 del 1988 e successive modificazioni e integrazioni; la plausibilità dell'interpretazione accolta dal legislatore del 2003 assicura che si versi in ipotesi di effettiva interpretazione autentica, come affermato anche dal giudice delle leggi (Corte cost. n. 274 del 2006) e non già di disposizione innovativa con efficacia innovativa, facendo blocco con la disposizione interpretata si da esprimere – fin dall'entrata in vigore di quest'ultima – un'unica norma avente il contenuto esplicitato dalla prima e quindi con una retroattività solo apparente perché tale è da ritenere il precezzo normativo fin dall'inizio; né l'esclusione del cumulo dei benefici contributivi, prima previsti dalla previgente disciplina, pone dubbi di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 77, 117, 1° comma, 111, 1° comma, Cost.»; Cons. Stato, sez. IV, 23 ottobre 2008, n. 5238, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2008, 2697 (m): «Affinché una norma interpretativa, e quindi retroattiva, possa essere considerata costituzionalmente legittima, è necessario che la stessa si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, non ne integri il precezzo e non adotti un'opzione ermeneutica non desumibile dall'ordinaria esegetica della stessa; in ogni caso l'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica è soggetta al limite del rispetto del principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, con conseguente illogicità costituzionale di una disposizione interpretativa che indichi una soluzione ermeneutica non prevedibile rispetto a quella affermatasi nella prassi».

³⁸ G. TARELLO, *I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione*, in Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 425 ss.

Sopravvivono infine quei formalisti, i giudici per primi, che declamano ancora che la soluzione è unica ed è quella, perché il legislatore lo vuole. Declamano, non praticano, perché al legislatore fanno volere volta a volta cose tanto disparate, che l'ultima riforma processuale ha dovuto tradurre in inammissibilità il proporre interpretazioni diverse da quelle consolidate. Il che può essere ragionevole. Ma certo nessuna riforma ci garantisce che le interpretazioni consolidate siano davvero buone.

4. - Ragioni teoriche e ragioni pragmatiche del mutamento nel novecento dei ruoli assolti dalle fonti, dalla dottrina, e dalla giurisprudenza nell'interpretazione.

Come che sia del dibattito tra scettici, formalisti e fautori dell'argomentazione razionale dell'interpretazione, questa manifesta un bisogno di correttezza di cui nessun giurista può fare a meno.

4.1. - Il giuspositivismo è stato una risposta a questo problema. Anche di qui la sua fortuna. Quando la legge è *posita* secondo un ordine razionale, in base ad un linguaggio per quanto possibile tecnicizzato, l'interpretazione può essere corretta perché è corretta nella misura in cui è conforme alla volontà del legislatore e la volontà del legislatore è chiaramente espressa. Questo significa che l'interpretazione deve partire da una fonte formale, deve svolgersi secondo un procedimento legale guidato e deve approdare a quella interpretazione come prodotto che è conforme alla volontà del legislatore.

Ma il Novecento ha rivoluzionato tutto. Lo ha fatto per due strade: la strada teorica della svolta linguistica³⁹ e la strada pragmatica del passaggio dal sistema giuridico chiuso ai sistemi giuridici aperti⁴⁰.

La strada teorica nel diritto ha avuto una *pars construens* e una *pars destruens*. Riassumo tutte e due in cinque punti.

³⁹ In tema M. DUMMETT, *Alle origini della filosofia analitica*, Bologna, 1990, 11; R. RORTY, *La svolta linguistica*, Milano, 1994.

⁴⁰ Per brevità mi sia consentito rinviare a A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in Id., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 97 ss.; v. ora N. LIPARI, *Le categorie nel diritto civile*, cit., 34 ss.

Primo, la *pars destruens* muove dalla constatazione che anche i discorsi normativi non sono apofantici: non si può dire se una regola è vera o falsa. Secondo, l'interpretazione non è constatazione della norma: non conosceremo mai il senso corretto delle norme nello stesso modo in cui constatiamo il vero testo delle disposizioni.

Terzo, il testo della legge è constatabile, ma il senso della legge, cioè la norma, è solo argomentabile.

Quarto, non è però argomentabile solo a partire dal significato generico delle parole della legge, che sono generiche, vaghe, polisemiche.

Quinto, non ci può essere una reale intenzione legislativa come fatto da scoprire; c'è, al massimo, la *ratio legis* come senso da argomentare.

Poi c'è la *pars construens*.

C'è una logica nelle proposizioni normative, che si dice deontica, e impone un limite all'interpretazione. Le parole significano molto ma non significano tutto. L'interpretazione corretta resta chiusa nell'ambito (a volte stretto: casi facili; a volte ampio: casi difficili) dei dati rilevanti; e c'è un modo per stabilire qual è fra le possibili l'interpretazione (più) corretta: è quella sostenuta dalla migliore giustificazione argomentativa. Dove "argomentativa" non richiama l'effetto emotivo di persuasione, ma quello razionale di confutazione e superamento di ogni argomento in contrario. Una "dogmatica" come rigore del ragionamento, senza però cristallizzazione di pretese verità immutabili. E questo è proprio un compito della dottrina.

Ciò riflette una concezione delle fonti che si apre anche alle fonti non formali (il diritto non è la legge e non è solo la legge), una concezione diversa della giurisdizione, perché a quel punto il compito del giudice non è più quello di *bouche de la loi* di derivare razionalmente la regola del caso dal principio normativo, ma è quello di scegliere il senso che più appare giustificato tra quelli possibili nel quadro generale dell'ordinamento, delle finalità, dei fattori razionali dell'interpretazione.

4.2. - Poi c'è un secondo tipo di svolta che giustifica la rivoluzione del Novecento, ed è il passaggio da un sistema chiuso al sistema aperto. Il sistema delle fonti è interamente mutato. L'intervento dell'ONU, con le sue Carte, poi dell'UE, anch'essa con la sua normativa multilivello, ma

anche l'intervento privato, la *lex mercatoria*, le Convenzioni internazionali, l'inventiva dei grandi studi legali che assistono le imprese maggiori, la diffusione di modelli da parte delle imprese multinazionali, la fabbricazione di *soft law* da parte di camere di commercio internazionali, di camere arbitrali internazionali, le raccolte di *Principi*, ma anche le risoluzioni e raccomandazioni di organi istituzionali, tra cui il Parlamento europeo, forniscono una congerie di materiale normativo, e quindi di argomenti per l'interpretazione, di vario peso e complesso concorso.

Inoltre, il sistema è cambiato anche per ragioni interne: non solo la dislocazione territoriale, le fonti del diritto territoriale regionale, ma anche le autorità indipendenti, le normative collettive interprofessionali, i codici deontologici, e altro.

4.3. - Tutto ciò ha modificato il rapporto tra *ius dicere* e *ius condere*.

Lo *ius dicere* è ovviamente molto importante, poiché bisogna fornire modelli all'interprete che poi deve decidere. E per secoli si è fondato sullo *jus condere*. “Dice” il “diritto” vigente chi, autorizzato, dice il diritto legalmente posto. Ma oggi dirlo è più complesso perché, come appena detto, si è moltiplicato il sistema delle fonti.

Il giuspositivismo nonostante tutto non ha potuto impedirlo. Vi sono per ciò ragioni pragmatiche, accennate, su cui non è possibile qui indugiare. Vorrei mettere in luce la ragione teorica dell'intrinseca debolezza del giuspositivismo ad impedire l'avanzata delle fonti non o non rigorosamente formali. Il sistema delle fonti formali ha ceduto, oltre che per ragioni politiche, economiche, etc., anche per una ragione giuridica, sottesa alla inevitabile aporia del concetto di “fonte formale”, che la maggior parte dei giuristi – ma non tutti – fingono di dimenticare come si dimensionano certe prozie scandalose nelle famiglie. Questa: le fonti formali sono autorizzate a produrre “diritto”, poiché una superiore fonte formale le autorizza, ma allora richiedono una ulteriore superiore fonte formale e così via. Si sa come finisce il “giallo”: non esistono fonti formali. Esse sono tali soltanto se non andiamo indietro. Allora, se siamo spregiudicatamente razionali, dobbiamo direci che, in verità, non c'è nessuna radicale differenza ontologica tra le fonti formali e non formali. Quindi, sia pure con discernimento, possiamo utilizzare in concorso le non (o meno) formali

come le formali, perché le formali sono tali solo *prima facie*. Ecco perché è oggi più importante lo *ius dicere* che lo *ius condere*. Perché a cosa servono le fonti? A fornire i contenuti e a legittimarli. Lo *ius dicere* riconduce per quanto può a razionalità il concorso spesso disordinato delle fonti. E anche questo è un compito per la dottrina.

Ma con la realistica coscienza di come oggi anche la giurisprudenza lavori, e lavori efficacemente, a questo. Forse più efficacemente. Perché? Perché la dottrina non è un fatto istituzionale, ed è discorde e controversiale. Invece la giurisdizione è un fatto istituzionale e allora serve meglio, nell'affievolimento della legittimazione data dal diritto vigente, a legittimare come diritto vivente quell'interpretazione come prodotto. Interpretazione come prodotto che, altrimenti, quand'anche argomentativamente più corretta, non avrebbe socialmente l'impatto persuasivo, e formalmente quel crisma di legalità che all'interpretazione si è sempre richiesto e che la dottrina non è stata in grado di dare, e la giurisprudenza invece sì. Ricongoscerlo non significa esserne entusiasti; ma è realistico.

5. - Conclusioni.

065

Qui finisce il mio dire; un po' triste per un dottore che parla del contributo dei dottori alla principale attività dei giuristi: nonostante l'importanza e l'ampiezza dei suoi contributi, il peso della dottrina nel farsi del diritto è vertiginosamente scemato.

E questo deriva dalla circostanza, che tutti abbiamo riscontrato, che ormai "diritto" si dice in tre modi, perché c'è un diritto, il diritto per esempio delle Carte, che è quello dei principi; poi c'è il diritto dei codici, che da secoli conosciamo, che è quello delle regole; infine, c'è il diritto politico per la soluzione del caso conflittuale del momento, che è quello del provvedimento politico.

Per il primo e per il terzo, la dottrina poco ha da dire. Il primo presuppone un discorso assiologico, non dottrinale. Il terzo presuppone un discorso politico, non dottrinale.

E così la dottrina rimane confinata alle regole, che oggi non sono, forse, la parte principale della produzione giuridica.

Oggi essa serve soprattutto a far conoscere in termini più chiari quello che

il legislatore decide, ma allora degrada a esegesi, e a divulgare e fornire in termini maggiormente fruibili l'interpretazione giurisprudenziale consolidata, ma allora è commento. E perciò, come è stato detto, «adempie alla propria funzione (...) solo a patto di non discostarsi più di tanto dalla pratica»⁴¹.

È incontestabile che questa sia la funzione che oggi di fatto le è riconosciuta. Ed è inoltre incontestabile che questa è la funzione che oggi di fatto essa svolge. È perciò evidente che il suo contributo all'interpretazione come senso delle norme che intessono il diritto sia scemato. È invece discutibile che sia la sua missione. Che secondo me resta soprattutto quella scientifica e critica sulla correttezza dell'*attività ermeneutica*.

Perciò, come cittadino prima ancora che come giurista, apprezzerei lo scrupolo e l'efficienza del giurisperito che interpellato mi dicesse «Posso in coscienza dirLe che i giudici sostengono questa tesi...».

Ma lo apprezzerei ancora di più se proseguisse «...ma posso in coscienza aggiungere che sbagliano».

⁴¹ M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, cit., 299.

Gli Autori di questo fascicolo

Paolo GROSSI, professore emerito dell’Università di Firenze, accademico dei Lincei, giudice della Corte costituzionale

Luigi FERRAJOLI, professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Aurelio GENTILI, professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma Tre

Claudio SCOGNAMIGLIO, professore ordinario di Diritto privato, Università di Roma “Tor Vergata”

Enrico QUADRI, professore ordinario di Diritto privato, Università di Napoli “Federico II”

Luigi BALESTRA, professore ordinario di Diritto privato, Università di Bologna

Giuseppe CONTE, professore ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Giovanni D’AMICO, professore ordinario di Diritto privato, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria

Francesco MACARIO, professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Roma Tre

Roberto MASTROIANNI, professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università di Napoli “Federico II”

319