

Vincenzo Marinelli  
Il problema dell'ermeneutica giudiziaria\*

1. *Il nome e la cosa*

“Ermeneutica giudiziaria” è termine nuovo, anche se deriva dall'accostamento di un sostantivo e di un aggettivo tutt'altro che nuovi.

L'uso di una nomenclatura non tradizionale può essere la spia semantica (sempre che l'innovazione linguistica non sia oziosa o leziosa) dell'esistenza di un problema che non si lascia compiutamente definire con le consuete categorie concettuali e linguistiche.

C'è comunque un'esigenza di spiegazione. Occorre cioè, per buona regola, se un termine è nuovo, chiarire come mai se ne sente il bisogno, che cosa induce a ritenere che l'impiego di quel termine sia, in quel contesto, una soluzione migliore di altre. A maggior ragione il chiarimento è d'obbligo quando, come in questo caso, il termine ricorre nella formulazione stessa del tema da svolgere.

Può sussistere anche un ulteriore motivo per sentirsi obbligati ad una spiegazione: essersi direttamente assunta la responsabilità di introdurre quel termine. Ed è di nuovo il caso specifico: io stesso ho proposto il termine che viene qui in rilievo, facendone il titolo di un libro<sup>1</sup>.

Ma per ottenere una giustificazione adeguata di un nome, “ermeneutica giudiziaria”, che si riferisce non ad una nozione puntuale ma ad un vasto campo di indagine, appare opportuno procedere per gradi, delineando dapprima una presentazione della problematica evocata.

2. *Operatori giuridici*

Tra i diversi tipi di operatori giuridici, si è soliti ricordare soprattutto: il legislatore, il giudice (o, più in generale, il magistrato), il giurista teorico. Ma

\* L'articolo riproduce il testo di una relazione tenuta all'Università di Verona, cattedra di Metodologia delle scienze giuridiche, il 18 dicembre 1997, ad introduzione di un seminario su “Il problema dell'ermeneutica giudiziaria”. Sono state omesse le frasi di circostanza ed aggiunte le note a pie' di pagina.

<sup>1</sup> V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996.

quest'elenco è tutt'altro che esaustivo. Sono da considerare operatori giuridici anche i rappresentanti e i funzionari delle pubbliche amministrazioni, alcune categorie di liberi professionisti – come gli avvocati e i notai – e gli stessi privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale.

Così allargato, l'elenco non deve sembrare pletorico. Ogni genere di attività sociale è suscettibile di assumere rilevanza giuridica, e chiunque sia partecipe di un qualsiasi tipo di attività avente rilevanza giuridica va qualificato come un operatore giuridico.

Non è ravvisabile una valida ragione per una restrizione di quest'ambito, la categoria degli operatori giuridici, ma solo per fare delle distinzioni al suo interno.

### 3. *Attività giuridica e suoi aspetti ermeneutici*

Ogni operatore giuridico compie, necessariamente, un'attività interpretativa. O, per dirla con altre parole, ogni tipo di attività giuridica include degli atti ermeneutici.

L'applicazione del diritto presuppone *sempre* la sua interpretazione, ma non è vera la reciproca. Infatti il giurista savant studia l'interpretazione delle disposizioni di legge indipendentemente dallo svolgere una concreta attività applicativa, se non eventualmente ad altro titolo. Resta ferma, in ogni caso, l'opportunità che l'interpretazione teorica non prescinda dalla considerazione di come la legge viene, in concreto, applicata.

Anche il lavoro del legislatore, pur essendo espressione di volontà sovrana, non è affatto incompatibile con l'esercizio di un'attività interpretativa, anzi la presuppone variamente. Da un lato il legislatore, se la costituzione è di tipo rigido, deve tener conto dei limiti segnati alla propria discrezionalità da principi e norme costituzionali; dall'altro deve rappresentarsi, in ogni caso, il senso che può essere attribuito alle nuove disposizioni e l'effetto corrispondente, e curare la loro coerenza con le disposizioni preesistenti che non voglia espressamente o implicitamente abrogare.

### 4. *Giurisprudenza e dottrina*

La precedente asserzione che ogni tipo di attività giuridica ha una componente ermeneutica non vuol dire che le tecniche interpretative non si diversifichino tra loro. Al contrario, è ragionevole attendersi che, come sono differenziati i ruoli e i contesti, così siano non del tutto omogenee le corrispondenti tecniche.

Da questo punto di vista interessa, in particolare, prendere in esame l'attività ermeneutica dei giudici non in maniera indifferenziata rispetto alla dottrina giuridica – secondo un approccio tradizionale seguito anche da illustri autori

(basti ricordare, ad esempio, Emilio Betti<sup>2</sup>) –, ma in modo autonomo, disponendosi a cogliere elementi che, di volta in volta, potranno essere sia di convergenza sia di contrasto rispetto alle tecniche e ai metodi della dottrina.

Si tratta cioè di rilevare il *concreto modo di essere* dell'attività e dei prodotti giurisprudenziali, lasciandosi guidare duttilmente dalla stessa realtà fenomenica osservata e indagando a fondo le ragioni che vi sottostanno.

### 5. Interpretazione ed applicazione della legge

In un certo senso, si può affermare che per l'interpretazione intesa come attività puramente intellettuale non c'è nessuna regola giuridica, ma soltanto un principio: quello – sancito dall'art. 33 della nostra Costituzione – della libertà della scienza e del suo insegnamento.

A scanso di equivoci, va subito precisato che non si vuol dire, con ciò, che ci si possa congruamente occupare di interpretazione giuridica trascurando le disposizioni dettate dal legislatore in questo campo. È del tutto evidente che non è così. Si vuol dire un'altra cosa: e cioè che queste disposizioni attengono solo *di riflesso* all'interpretazione intesa come impegno e prodotto culturale: quella compiuta dal giurista quando si chiude a lavorare nel suo studio, o anche quando svolge una lezione universitaria o prende la parola in un seminario o in un convegno.

Le disposizioni legislative riguardanti l'interpretazione sono commisurate non tanto a questa in sé e per sé, quanto all'*applicazione* della legge (in senso lato, con riferimento cioè alla messa in atto di ogni sorta di norme e principi giuridici).

### 6. Incompiutezza delle disposizioni legislative

In caso d'interpretazione controversa, il giurista teorico può lasciare aperta la questione, mentre il giudice ha il potere, e al tempo stesso il dovere, di chiuderla, e, ad un certo punto (termine del giudizio di ultima istanza), di chiuderla in modo definitivo (salvo impugnazioni straordinarie: revocazione, revisione).

Una delle regole più significative concernenti l'applicazione giudiziaria della legge è il divieto delle pronunce di “non liquet”. Tale divieto – sia esso esplicito, come nell'art. 4, tuttora in vigore, del *code Napoléon*<sup>3</sup>, oppure

<sup>2</sup> V. in particolare *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2a ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971 (1a ed., 1949), p. 324 ss.; *Teoria generale dell'interpretazione*, ried. a cura di Crifò, Milano, 1990 (1a ed., 1955), vol. II, p. 858 ss.

<sup>3</sup> “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de

implicito, come nella maggior parte dei casi – è un elemento caratteristico degli ordinamenti giuridici moderni.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'art. 12 delle preleggi, e più precisamente la norma di chiusura contenuta nel suo capoverso, prevede l'analogia e il ricorso ai princìpi generali come strumenti di autointegrazione dell'ordinamento stesso, là dove manchi "una precisa disposizione".

Ogni comportamento sociale può e deve essere qualificato dal giudice – traendo la regola di riferimento, all'occorrenza, dall'analogia o dai princìpi generali – come prescritto o doveroso, vietato o illecito, autorizzato (quanto meno come forma di esercizio della libertà naturale) e quindi tutelabile (di fronte, per esempio, a violazioni di essa).

In effetti, nessuna forma o manifestazione di libertà – comprese quelle che nessuna norma prevede in modo specifico, dall'affacciarsi alla finestra all'andare a passeggio – può dirsi "indifferente" dal punto di vista giuridico: se qualcuno ne impedisce, o tenta di impedirne, l'esercizio, l'ordinamento offre tutela contro tale turbativa (anche attraverso il riconoscimento della legittima difesa, ove ne ricorrano i presupposti)<sup>4</sup>.

L'*obbligo* del giudice di decidere le controversie che gli vengono sottoposte ha come naturale corrispettivo il suo *potere* di stabilire la regola giuridica applicabile, e ciò anche quando manchi una chiara ed univoca disposizione. In altre parole, il dover rendere comunque il giudizio trova il suo necessario complemento nella competenza del giudice a risolvere i casi di oscurità, ambiguità, vaghezza, imprecisione, lacunosità, antinomicità del dettato normativo.

Una parte del mio libro sull'ermeneutica giudiziaria è dedicata alla ricognizione e all'analisi di queste sei figure di incompiutezza della legge<sup>5</sup>, che risultano irriducibili l'una all'altra e che sono atte ad associarsi tra loro nel

l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

<sup>4</sup> Secondo R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato, I. Dispense integrative ad uso degli studenti*, Milano, 1962, p. 6, le espressioni di libertà naturale sono invece da classificare come "indifferenti o genericamente lecite". L'A. riconosce che esse "possono qualche volta diventare rilevanti per l'ordinamento giuridico, quando siano eventualmente impedita da altri soggetti", come nel caso di Tizio che si affacci alla finestra e di Caio che gli lanci dei sassi per farlo ritirare; tuttavia in casi del genere ciò che acquista rilevanza non sarebbe la manifestazione di libertà naturale in se stessa, ma l'attività impeditiva, in quanto considerata illecita. Questa spiegazione del fenomeno non può ritenersi del tutto soddisfacente, perché l'illiceità dell'attività impeditiva è *strettamente correlata* all'esplicazione della libertà naturale. Riprendendo l'esempio, quel che è illecito è il lancio di sassi in quel dato contesto, non in una qualsiasi situazione (ad esempio in campagna, per tenere a bada dei cani, o anche per giocare a tiro a segno quando non si disturbi nessuno e non si determini alcun danno o pericolo).

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 103 ss.

modo più vario. Esse si possono prevenire, però solo in parte, perché si ricollegano solo in parte a fattori accidentali, mentre per altro verso dipendono da quella che si può definire – il termine è impegnativo, ma ritengo sia giustificato – la condizione *ontologica* delle disposizioni legislative.

Essa è contrassegnata da un lato dall'intrascendibilità del linguaggio naturale, per la formulazione delle disposizioni, dall'altro dal loro carattere di *durevolezza* – che le differenzia rispetto ai semplici comandi –, cioè dall'attitudine a restare in vigore sino ad un *formale* atto di abrogazione espressa o tacita, e ciò anche quando la situazione sociale in riferimento alla quale sono emanate e l'assetto del sistema in cui s'inseriscono vengano a subire mutamenti e trasformazioni.

In tutti i casi di incompiutezza, il giudice stabilisce a quali argomenti interpretativi si debba assegnare prevalenza. Occorre che egli renda motivazione, su questo come su ogni altro aspetto del *thema decidendi*; ma la sua pronuncia fa stato, ha *sempre* valore autoritativo, in relazione al caso di specie.

### 7. Molteplicità e problematicità di rapporto delle tecniche ermeneutiche

Le tecniche interpretative ed integrative di cui il giudice si può avvalere, e in effetti si avvale, consistono in procedimenti consacrati dalla logica e dalla topica giuridica e regolati, non di rado – nei riflessi pubblicistici della loro applicazione, come appunto quelli giudiziali –, da disposizioni di legge. Si tratta, nondimeno, di tecniche altamente problematiche, anche perché, a cominciare da quelle relative all'interpretazione nel senso più specifico (prima cioè della messa in opera, per la constatata esistenza di lacune, degli strumenti di integrazione del sistema), non sono gerarchizzabili in modo completo ed esaustivo<sup>6</sup>.

Esaminiamo, ad esempio, il già citato art. 12 delle preleggi. Esso prevede espressamente, nel suo primo comma, soltanto due criteri interpretativi: quello letterale e quello dell'intenzione del legislatore. Il discorso, di fronte ad indicazioni legislative così trancianti, parrebbe semplice. Invece è complicato da almeno tre ordini di considerazioni da cui non sembra potersi prescindere.

A) In primo luogo, l'art. 12 non dice quale dei due criteri debba, in caso di contrasto, prevalere, quello del tenore letterale del testo o quello della volontà sottostante, anzi mostra di escludere la possibilità stessa di un contrasto. Che questa possibilità, peraltro, sia effettiva, ed anzi sempre aperta, è attestato

<sup>6</sup> Le tecniche interpretative sono varie e, come fa notare G. Struck, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a. M., 1971, p. 55, non è possibile prefissarne un univoco ordine di priorità. Vedi anche, nello stesso ordine di idee, C. Perelman, *Logique juridique nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, trad. it. a cura di Crifò, Milano, 1979, p. 154.

dall'esperienza, che dà continua occasione di rivisitare la classica distinzione tra interpretazione dichiarativa e modificativa o correttiva, in entrambi gli esiti ipotizzabili: estensivo e restrittivo.

B) In secondo luogo occorre osservare che i predetti due criteri ermeneutici sono ben lungi dall'essere tutti quelli che vengono in rilievo. Non è raro che l'interprete faccia appello ad altri criteri generali: segnatamente, a quello sistematico e a quello storico. Vi è inoltre tutta una serie di argomenti ermeneutici che l'art. 12 non indica, ma che sono – nei contesti adatti – comunemente utilizzati ed accettati, dall'argomento della “natura delle cose” a quello *a fortiori*, dall'argomento di non ridondanza a quello apagogico o *ex absurdo*.

C) In terzo luogo va constatato che l'art. 12 non definisce compiutamente il criterio dell'intenzione del legislatore. Astrattamente lo si può intendere in due diversi modi, a seconda che si faccia riferimento all'intenzione del legislatore storico o alla *ratio legis*. Peraltro la prima soluzione si rivela poco congrua, e ciò per un duplice motivo.

C1) Anzitutto, l'intenzione del legislatore non sempre è agevolmente identificabile, nei regimi parlamentari, in quanto di solito, sui singoli articoli e sulla legge nel suo complesso, si formano, magari in modo mischiato e compromissorio, posizioni di maggioranza e di minoranza. È giocoforza ammettere, di conseguenza, che l'intenzione del legislatore è quella che si esprime nell'oggettività del testo approvato.

C2) Quel testo, inoltre, non sta da solo, ma presenta interrelazioni con altri testi normativi, ed esse, tanto più articolate quanto più complesso è il sistema, sono destinate a mutare nel tempo, per l'entrata in vigore di nuove disposizioni e per l'abrogazione totale o parziale, espressa o tacita, di disposizioni preesistenti.

Resta quindi in campo, quale unica concettualizzazione adeguata, sia pure con varie possibili sfumature, la *ratio legis*. Si tratta di guardare alla disposizione legislativa, secondo una felice immagine metaforica, come ad un frutto staccato dall'albero. Il fenomeno è talvolta designato, nella dottrina tedesca, col nome di *Entfremdung*, che si può tradurre, in questo caso: “distacco”, “oggettivazione”<sup>7</sup>.

## 8. Rinvio alla discrezionalità del giudice

Anche a voler restare soltanto nell'ambito dei due criteri ermeneutici menzionati dal 1° comma dell'art. 12 delle preleggi, basterebbe considerare che

<sup>7</sup> La portata semantica del termine *Entfremdung* non è esaurita dal suo significato politico – connesso all'ideologia marxistica – di “alienazione”, pur trattandosi di quello più noto e ricorrente.

essi non sono normativamente gerarchizzati, per rendersi conto che la decisione su quale criterio abbia a prevalere *può e deve* essere adottata discrezionalmente dal giudice, in rapporto alle caratteristiche della fattispecie concreta. Non a caso, del resto, il legislatore non ha costruito una gerarchia di questo tipo, in via preventiva ed uniforme: essa riuscirebbe inevitabilmente inadeguata – una camicia di Nesso – al confronto con la realtà, con il vario e spesso imprevedibile atteggiarsi delle vicende di vita in relazione alle quali si puntualizza il senso dei precetti giuridici.

A conclusione analoga si deve pervenire per quanto riguarda l'altra sequenza di disposizioni ermeneutiche generali contenute nel codice civile, le regole sull'interpretazione dei contratti assunte ad oggetto degli artt. 1362-1371. Qui i criteri dettati dal legislatore sono numerosi, ma solo in parte si hanno indicazioni normative atte a stabilire quali di essi vadano applicati pariteticamente e congiuntamente e quali in ordine gerarchico, e in questo secondo caso quale criterio debba prevalere o essere applicato con precedenza e quali invece, e a quali condizioni, restino assorbiti, o agiscano solo in via subordinata o residuale.

Si può dire anzi che l'unica indicazione *esplicita* in questo senso è quella dell'art. 1371, il quale prevede due regole finali di interpretazione, che entrano cioè in gioco quando, nonostante l'applicazione degli altri canoni, il senso del testo rimanga ancora oscuro. Esse sono: la regola dell'equo temperamento degli interessi delle parti, se il contratto è a titolo oneroso, e quella del minor sacrificio per l'obbligato, se il contratto è a titolo gratuito.

Per il resto, l'ordine di applicazione delle norme di ermeneutica contrattuale o non è determinato o lo è solo implicitamente. Un esempio di questo secondo caso è dato dal riferimento alle pratiche generali interpretative. Esso è collegato dall'art. 1368 alla presenza di clausole ambigue. Quindi si presuppone già svolta, alla stregua di altri criteri più generali, una prima interpretazione che abbia consentito di rilevare il carattere di ambiguità di una o più clausole.

### 9. Estensibilità analogica delle regole sull'interpretazione dei contratti

Poiché il riferimento alle disposizioni degli artt. 1362-1371 cod. civ. è in funzione di un'analisi di teoria generale dell'interpretazione, non è necessario, in questa sede, procedere ad un dettagliato richiamo e commento di tale normativa. È sufficiente, nell'economia del discorso, continuare a fare dei richiami selettivi.

Una questione di particolare interesse riguarda l'estensibilità di queste disposizioni al di fuori della materia contrattuale. A tale proposito, la regola di estensione di cui all'art. 1324 cod. civ. – secondo cui: “salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale” – risolve solo una parte dei problemi che si presentano.

Infatti essa non solo stabilisce, come limite e condizione dell'estensione

espressamente prevista, la clausola *elastica* della compatibilità, ma lascia campo aperto ad ulteriori estensioni in via analogica. Tale possibilità, infatti, non può essere esclusa in linea di principio, trattandosi di regole che certamente non hanno carattere eccezionale. Resta da vedere di volta in volta quando vi sia quella *eadem ratio* che consente l'analogia.

Si delineano tre campi di estensione analogica: l'interpretazione del testamento – atto unilaterale *mortis causa* e quindi fuori della previsione dell'art. 1324, che concerne, come si è appena ricordato, gli atti *inter vivos* –, l'interpretazione di trattati ed accordi internazionali e l'interpretazione della legge. A tale ultimo riguardo – che più direttamente qui interessa –, in quella sorta di prologo al codice civile che sono le disposizioni sulla legge in generale, o preleggi, è dettata una disciplina apposita, ma, come si è visto, tutt'altro che completa.

Non sembra dubbio, ad esempio, che il criterio dell'interpretazione complessiva o sistematica di cui all'art. 1363 cod. civ. – secondo cui “le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto” – esprime un principio di ordine generale: un principio, cioè, che non riguarda solo il contratto, ma qualsiasi testo e qualunque situazione di vita, insomma ogni possibile *interpretandum*. Tant'è che il principio di completezza e coerenza ermeneutica, espresso in modo scultoreo in un famoso passo di Celso (“incivile est, nisi tota legge perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere”<sup>8</sup>), è classificato da Betti tra i canoni generali dell'attività interpretativa<sup>9</sup>.

#### 10. *Predeterminabilità solo parziale delle condizioni di applicazione della legge*

Le disposizioni normative, dunque, non sempre forniscono direttamente, e non sempre forniscono, tutte le indicazioni necessarie per la loro applicazione.

Molto è lasciato implicito, conformemente del resto all'*ellitticità* del linguaggio naturale in cui le leggi sono espresse (e dal quale non potrebbero astrarre senza perdere la loro funzione di valutazione, e dunque di guida, di comportamenti extralinguistici).

Tutto ciò vale, in particolare, sia per le disposizioni di primo grado, per così dire, aventi cioè quale oggetto immediato rapporti e situazioni di vita, sia quando si tratta di quelle che si possono chiamare ‘disposizioni su disposizioni’. Una loro conveniente classificazione – cerco di sintetizzare in poche parole quelli che appaiono gli esiti più condivisibili di un complesso dibattito – trova svolgimento in tre grandi categorie: disposizioni sulle fonti del diritto (o, con

<sup>8</sup> *D.*, 1, 3, 24.

<sup>9</sup> Cfr. principalmente Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., vol. I, p. 307 ss.

altro termine, norme sulla normazione); norme sull'interpretazione; definizioni legislative.

Non è un fatto accidentale che non vi sia alcuna garanzia che la legge dica, e meno ancora che dica espressamente, tutto ciò che può assumere rilevanza per la sua operatività. La spiegazione del fenomeno va riportata alla struttura profonda del fattore normativo.

La traduzione della realtà in formule linguistiche operata dalla legge non può che essere una semplificazione della realtà. Lo è anzi in un duplice senso:

a) La legge si basa sulla previsione e descrizione di un corso di eventi ricollegato ad un'esperienza che, per l'infinita varietà dei casi possibili, è sempre più complessa delle parole in cui si cerca di racchiuderne i tratti essenziali e gli elementi tipici (tanto più che questi ultimi, per definizione, non escludono la possibilità di casi che si presentino, invece, con connotazioni atipiche).

b) L'esperienza sociale su cui la legge si fonda può essere, per qualche aspetto, superata dall'esperienza futura; e può esserlo per molteplici ragioni, dai puri e semplici difetti di previsione alle innovazioni tecnologiche, in continua accelerazione.

### 11. *Il giudice come arbitro di conflitti tra interpretazioni possibili*

La struttura inevitabilmente semplificata della legge rende necessario, in sede applicativa, e segnatamente nel processo, luogo della controversia, aggiungere qualcosa a ciò che la legge espressamente dice.

Rientra in quest'ottica, a ben guardare, un fenomeno che si riscontra nelle civiltà giuridiche le più diverse: quello del riferimento ai precedenti giurisprudenziali, sia per motivare la decisione del nuovo caso in modo conforme, sia per marcare dei tratti differenziali che si ritiene giustificino una decisione diversa.

Molte controversie, come dimostrano le discussioni che si fanno nelle aule e sulle carte giudiziarie, sono alimentate appunto dall'esigenza di questo *quid pluris*, nell'attuazione del diritto: richiamo ad un'*implicita* volontà "del legislatore" o "della legge", riferimento ai precedenti e alla tradizione giuridica, appello all'equità, ecc. Non che su tutto ciò si disputi, nei tribunali, in via generale ed astratta; è tipico, tuttavia, che se ne discuta in concreto, in relazione a un caso di vita che cerca per così dire la sua regola.

Normalmente c'è una parte che assume una data interpretazione di certi fatti e di certe disposizioni e una parte che sostiene che si debba far luogo, per quei fatti e per quelle disposizioni (anche quando non se ne facciano entrare in gioco altri), a un'interpretazione diversa<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Non di rado le parti convergono sui principi e norme da applicare, ma

A volte taluna di queste tesi contrapposte risulta subito infondata, ma altre volte il giudice è l'arbitro di un conflitto tra interpretazioni *possibili*, "di fatto" e "di diritto"<sup>11</sup>. Ciò che ci si attende da lui non è un discorso sull'interpretazione in genere, o un'esegesi dottrinale di determinate disposizioni, ma è qualcosa di più specifico, di estremamente e talvolta terribilmente specifico: la giusta soluzione ("right answer"), in quel dato *contesto*, di quel dato *caso*, e un discorso atto a spiegare perché la giusta soluzione sia quella e non altra.

## 12. 'Autorità-prestigio' ed 'autorità-potere'

Come mostrano le precedenti osservazioni, il compito del giudice è alquanto diverso da quello del giurista teorico, ed occorre trarne le debite conseguenze sul piano sistematico.

Non si toglie nulla all'alta funzione della dottrina, dello studio scientifico del diritto, ma anzi se ne rivendica il ruolo più autentico, se si prende coscienza di questa diversità e si dice che l'autorità del giudice e l'autorità della dottrina sono entità sovrapponibili solo in parte.

Per esprimere appropriatamente questo concetto, è necessario distinguere tra quelle che si possono denominare 'autorità-prestigio' ed 'autorità-potere'.

L'autorità della dottrina si risolve tutta, nell'epoca attuale, in termini di autorità-prestigio. Le statuizioni del giudice possono avere, a loro volta, maggiore o minore autorità-prestigio, ma si caratterizzano principalmente sotto il profilo dell'autorità-potere, in quanto risolvono, con effetti *obbligatori* e, se necessario, *coercitivi*, situazioni controverse.

Inoltre le sentenze delle magistrature superiori esprimono anche il potere, che queste hanno, di porre rimedio all'eventuale errore del giudice, riformando o annullando le pronunce di grado inferiore. E tale potere si spinge fino alla possibilità di qualificare come *errore* anche quella che, in certi casi, è semplicemente un'opinione (o un'opzione) interpretativa non condivisa.

Il massimo dell'autorità-potere, dal punto di vista giuridico anche se non sempre dal punto di vista sociologico, attiene alla magistratura di suprema istanza, in quanto essa rende decisioni irrevocabili, almeno con i mezzi di impugnazione ordinari.

attribuiscono loro un senso differente. Altrettanto è a dirsi per i *topoi* giuridici, tant'è che la convergenza su di essi può caratterizzarsi come un accordo su formule vuote, che viene meno appena si precisi il loro contenuto (cfr. Struck, *op. cit.*, p. 47).

<sup>11</sup> Secondo F. Rigaud, *La loi des juges*, Paris, 1997, la principale funzione dei giudici, prima ancora che di risolvere i contrasti tra interessi (sia individuali sia collettivi), è quella di dirimere i conflitti tra le leggi, non ultimi, nell'esperienza dell'Unione europea, quelli tra diritto comunitario e diritto interno degli stati membri.

### 13. *Elementi di indeterminazione del sistema giuridico*

Non sempre è agevole, e determinato in modo univoco, il problema di demarcare l'ambito applicativo di una disposizione. Ciò anche quando si tratti dell'unica disposizione in gioco per un dato punto di decisione, e si caratterizzi – secondo il tenore letterale dell'art. 12 delle preleggi – come “una precisa disposizione”.

La problematicità si accresce allorché si rileva una lacuna e quindi si deve fare ricorso, per ricavare la norma applicabile, agli strumenti di integrazione previsti dall'ordinamento.

Altra situazione irriducibile alla linearità della formalizzazione e del calcolo si ha quando occorre contemperare regole o criteri applicabili in modo elastico e in combinazione tra loro, come nel caso della disciplina delle immissioni prevista nell'art. 844 cod. civ. Qui si tratta appunto di coordinare ben quattro criteri (di cui i primi tre si sostanziano in “concetti mobili”): la “normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi”, le “esigenze della produzione”, le “ragioni della proprietà”, la “priorità di un determinato uso”.

Nell'esempio delle immissioni si ha l'impiego di una molteplicità di parametri previsti da una *stessa* disposizione; ma nella prospettiva sistemica il problema può essere ancora più complesso. Regole e principi non sono isolati, ma stanno (“vivono”) in un sistema. Ciò vuol dire possibilità di collegamenti plurimi e di influenze articolate, e messa in atto di cambiamenti a catena, che incidono *direttamente* su un dato elemento – per esempio abrogando o modificando una certa disposizione – ma che presto o tardi ci si rende conto che toccano *di riflesso* anche altri elementi del sistema.

Siamo in presenza, nelle varie ipotesi sopra individuate, di una serie di limiti alla formalizzazione del giudizio giuridico, che sono, al tempo stesso, restrizioni all'applicabilità dell'informatica metadocumentaria in questo campo. Resta esclusa, in particolare, la possibilità di rimpiazzare sentenze del giudice con sentenze del computer che siano classificabili come prodotti culturali dello stesso tipo.

Altro è l'interazione tra uomo e computer, largamente e positivamente affermatasi anche nel mondo del diritto – e, in specie, da una parte la vocazione documentaria dell'informatica, dall'altra la sua formidabile capacità di riproduzione e combinazione di standard –, altro è l'affidamento al computer di compiti interamente sostitutivi rispetto all'uomo. Non va dimenticato, a questo proposito, che nell'attività di giudizio sono impegnati i caratteri più profondi della personalità e quindi si è agli antipodi dalla razionalità meccanica, dal “pensiero calcolante” della macchina.

#### 14. *Antinomie giuridiche e criteri per affrontarle*

In ogni ordinamento giuridico che storicamente si conosca si è manifestata la classica dicotomia legge – consuetudine. Negli ordinamenti statali, in specie, le fonti del diritto sono non una ma più, sulla base, appunto, di questi due prototipi generali.

I conflitti tra disposizioni si risolvono in base a diversi principi, e tra questi, data la pluralità dei fatti di produzione normativa, è naturale vi sia, in primo luogo, il *principio di gerarchia*. Ma non sempre la sua applicazione è agevole, perché esso va coordinato col principio di competenza e con quello che si può chiamare di complementarità delle fonti.

In particolare, la disciplina prevista dalla fonte subordinata può assumere o no, in concreto, valore integrativo rispetto a quella dettata dalla fonte principale, sicché può essere dubbio, in ordine a una data questione, se valga *solo* questa disciplina o *anche* l'altra.

Le disposizioni si stratificano nel tempo, e i loro conflitti, quando esse sono paritetiche, cioè sullo stesso piano gerarchico, si risolvono in base al criterio della prevalenza della *disposizione più recente*. Così pure, il conflitto tra disposizioni di diversa portata si risolve secondo il criterio che la *disposizione speciale* deroga a quella generale: criterio che è un riflesso del principio di giustizia (“*suum cuique tribuere*”, secondo la celebre definizione ulpiana<sup>12</sup>).

Può darsi però che questi due criteri, cronologico e di specialità, vengano a loro volta in conflitto, e si tratta, allora, di sapere quale di essi sia prioritario.

Tendenzialmente prevale il canone di specialità, nel senso che una disposizione più generale successiva lascia in vita una disposizione speciale precedente: “*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*”<sup>13</sup>. Ma per giungere a tale conclusione, occorre escludere, in via interpretativa, quindi attraverso una valutazione da fare caso per caso, in base alla *ratio legis* e ai dati specifici del problema, che la disposizione più generale abbia implicitamente efficacia abrogante.

Dunque possono venire in conflitto non solo le disposizioni, ma altresì i criteri per risolvere i conflitti tra queste. Possono aversi cioè antinomie non solo di primo, ma anche di secondo grado<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> *D.* 1, 1, 10; v.a. *Inst.* 1, 1.

<sup>13</sup> Questa *regula iuris* (cfr. *D.* 1, 3, 28: “*Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint; idque multis argumentis probatur*”) si pone come limite alla più ampia massima: “*lex posterior derogat legi priori*” (cfr. *D.* 1, 4, 4: “*constitutiones posteriores fortiores sunt prioribus*”).

<sup>14</sup> V. ad es. G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959 (ri pubbl. in Id., *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, parte I), p. 8. Sul principio di giustizia come referente ultimo per il superamento delle antinomie, v. N. Bobbio, *Sui criteri per risolvere le antinomie*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 95 ss. e

Chi deve dare una soluzione, anche a tale riguardo, per dirimere una controversia che ponga il problema, è, ancora una volta, il giudice. E per il suo giudizio è decisiva, per due diversi motivi, la considerazione del caso concreto.

Un primo motivo è che il giudice deve pronunciare in relazione al caso e non in via generale: divieto degli *arrêts de règlement*, stabilito espressamente – v. ad esempio l'art. 5, tuttora in vigore, del *code Napoléon*<sup>15</sup> – o per implicito in tutti gli ordinamenti moderni.

L'altro motivo è che il caso specifico offre elementi di valutazione *ulteriori* rispetto ai termini generali del problema. Questi infatti sarebbero di per sé insufficienti a risolverlo, per il fatto stesso che in via generale ed astratta è possibile sia l'una sia l'altra soluzione.

### 15. Interesse e prospettive di studio dell'ermeneutica giudiziaria

Il rapporto tra processo e giudizio e l'importanza decisiva della considerazione del caso concreto, per risolvere la controversia secondo giustizia, delineano, nel vasto ambito dell'ermeneutica giuridica, un'ermeneutica regionale più circoscritta che ha, in parte, caratteri propri, e che si può denominare "ermeneutica giudiziaria".

Le peculiarità del contesto giudiziario come contesto di decisione (e di giustificazione di ciò che viene deciso), le implicazioni del carattere autoritativo delle pronunce dei giudici, la tensione dialettica tra caso e regola (la riduzione del caso a mera proiezione di una regola è una semplificazione giuspositivistica che ha fatto il suo tempo) meritano una considerazione autonoma rispetto ad altri problemi filosofico-giuridici. Altrettanto è a dirsi per la questione della creatività giurisprudenziale e della sua conciliabilità con l'applicazione di regole preesistenti, per il rapporto del giudice con la tradizione, per la ricerca dei fondamenti del "precedente" quale termine di confronto della giurisprudenza con se stessa; e via enumerando.

La vocazione ermeneutica di giurisprudenza e dottrina manifesta delle diversità di cui non si può dar ragione senza specificare e rendere ben distinto il discorso su queste due componenti del sapere giuridico. Distinzione, tuttavia, non vuol dire separatezza: le influenze reciproche di giurisprudenza e dottrina sono innegabili; e altro è rilevare l'autonomia, maggiore o minore, di un tema, altro sarebbe considerarlo in modo irrelato, ignorando le connessioni disciplinari e interdisciplinari di quel che si assume ad oggetto di studio.

Il rilievo che il giudice procede – istituzionalmente – caso per caso ed ha un compito eminentemente pratico non toglie, ma al contrario giustifica, uno

specificamente p. 115 ss.

<sup>15</sup> "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

specifico interesse ermeneutico per la sua opera. In essa, interpretazione della legge ed interpretazione del “fatto” s’intrecciano strettamente e s’illuminano a vicenda. E questo loro reciproco illuminarsi ha un significato profondo per tutta l’esperienza giuridica<sup>16</sup>.

Se è connaturale ad essa che l’interpretazione dei fatti sia in relazione alle norme, non è meno vero che, a sua volta, l’interpretazione delle norme, per essere concreta e sagace, deve misurarsi attentamente con gli elementi fattuali a cui queste hanno riferimento.

Il “fatto” che viene in considerazione nel mondo del diritto non è mai un’entità puramente naturalistica, avulsa da influenze culturali; si presenta sempre qualificato o qualificabile in relazione a ciò che la legge prescrive, vieta, autorizza, protegge. Ma bisogna essere consapevoli, altresì, che l’interpretazione normativa è vuota astrazione se non va al di là del segno linguistico e non si collega con avvedutezza ai fatti sottostanti, reali o ipotetici.

Ad esempio occorrerà chiedersi: *questo* modo di giocare è conforme alle regole del gioco? *questo* comportamento è fedele al patto? *questo* danno si può qualificare come ingiusto e quindi come tale da comportare risarcimento?

Regole e principi giuridici si riferiscono sempre a classi di fatti; ed è indispensabile, per comprendere a fondo lo spirito della legge, saper guardare a questi fatti, saperli immaginare o rivivere. Lo richiede anzitutto la dimensione semantica del linguaggio naturale, in cui sono *necessariamente* scritte, oggi come ieri, nella civiltà tecnologica avanzata come in epoca arcaica, le tavole della legge.

<sup>16</sup> Con felice metafora, K. Engisch parla di un continuo “andirivieni dello sguardo” (“Hin- und Herwandern des Blickes”) dal fatto alla norma e dalla norma al fatto (*Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, p. 15).