

CLAUDIO LUZZATI

Cercando di dimenticare Savigny

ABSTRACT

This article is a contribution to the discussion regarding Aurelio Gentili's 2013 book *Il diritto come discorso*. From the said volume, the author fully approves: a) the criticism of the old positivism's conception that a lawyer does nothing but explore the mysterious object that is "legal reality", and b) the interest in argumentative techniques as instruments for internal control of discourses. The author of this article proposes admitting that the knowledge of literal normative meanings, when believed to be relevant, requires at the level of the collective (much less so at the individual level) a judgment, which demonstrates participation. These meanings are, moreover, far from being fixed entities, always changing. Within these limits, it should be admitted that there is not only an *ordo ordinans*, made by the jurists, using the confused materials extracted from the sources, but that we may also observe, and must rediscover, an *ordo ordinatus*, which results from both legislative activity and previous interpretations – that an individual interpreter cannot but recognize. In short, a dialectic relationship between the two orders, between the activity of lawyers and the products of these activities, is thus established.

Il presente scritto è un contributo alla discussione del libro di Aurelio Gentili, *Il diritto come discorso del 2013*. Del predetto volume si approvano senza riserve a) la critica alla concezione del vecchio positivismo, secondo il quale il giurista non farebbe altro che esplorare un misterioso oggetto denominato "realtà giuridica", e b) l'interesse per le tecniche argomentative quali strumenti di controllo interno dei discorsi. Sul piano propositivo, l'autore della recensione ammette che la conoscenza dei significati normativi letterali, quando la si ritiene rilevante, comporta a livello collettivo (ma assai meno al livello dei singoli) un giudizio partecipante. Tali significati, del resto, lungi dall'essere entità fisse, sono sempre in movimento. Ciò stabilito e con questi limiti, occorre ammettere che non c'è solo un *ordo ordinans* imposto dai giuristi sui confusi materiali estratti dalle fonti, ma si può scorgere, e si deve ritrovare, anche un *ordo ordinatus*, frutto tanto dell'attività legislativa quanto delle

precedenti interpretazioni, che il singolo interprete non può far a meno di riconoscere. Insomma: tra i due ordini, fra le attività dei giuristi e i prodotti di tali attività, si stabilisce un rapporto dialettico.

KEYWORDS

interpretation, literal meaning, general principles, abuse of law

interpretazione, significato letterale, principi generali, abuso di diritto

CLAUDIO LUZZATI*

Cercando di dimenticare Savigny

Premessa – 1. La critica alla concezione tradizionale – 2. Contro il «libertinaggio argomentativo» – 3. Una modesta proposta.

Premessa

Il libro che siamo chiamati a commentare è un libro che merita grande attenzione sia per i contenuti sia per il brio e la spregiudicatezza dell'esposizione. Pur essendo una raccolta di scritti, il volume raggiunge una considerevole unità tematica incentrata sull'argomentazione dei giuristi, cioè, diremmo noi analitici, sulla pragmatica¹.

Aurelio Gentili è uno scrittore molto efficace e pieno di *wit*, sempre in agguato per sorprenderti con le sue battute mordaci, sempre curioso e pronto a percorrere la strada inconsueta delle verità scomode. I cambiamenti di scenario sono repentini. Non dice mai quel che ti aspetteresti che dicesse. Almeno non quel che ti aspetteresti da un civilista.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Milano.
E-mail: claudio.luzzati@unimi.it

¹ GENTILI 2013. Una precedente versione di questo scritto è stata presentata a un convegno sul volume organizzato dall'Università di Roma Tre il 22 novembre 2013.

Basterebbe ricordare l'idea ricorrente che se bastasse il buonsenso il diritto non sarebbe mai stato inventato²; o l'incipit bruciante di uno dei saggi qui raccolti: «È stato detto che le parole servono a nascondere il pensiero. Che i concetti servano a farne a meno?»³. O si pensi infine all'osservazione dissacrante sulle difficoltà di cambiare cultura, e gabbana, dove riprende il Salammbô di Flaubert per dirci che ai civilisti rischia di capitare quel che capitò ai «pacifici sacerdoti di Thanit, dal manto azzurro ed eunuchi, che nel crollo di Cartagine per salvarsi si volsero ai culti dei sacerdoti guerrieri di Baal, dal mantello rosso e dai riti fallici: mutarono il manto; ma non poterono cambiare il resto»⁴.

D'altra parte, l'autore teorizza apertamente il suo modo di scrivere; lo fa in una pagina in cui dà qualche consiglio agli avvocati: proposizioni concise, progressione logica lineare; espressioni incisive che si imprimano bene nella mente di quel lettore frettoloso che è il magistrato⁵. Ma in

² GENTILI 2013, 439: «C'è indubbiamente molto buon senso nella maggior parte delle sentenze sull'abuso del diritto. Non in tutte però. E comunque, anche alle altre il giurista positivista potrebbe ben obiettare che se valesse il buon senso il diritto non sarebbe stato inventato». Cfr. anche 517.

³ GENTILI 2013, 227 ss. Il saggio, intitolato *I concetti nel diritto privato europeo*, era destinato agli Atti del Convegno Sisdic di Capri del 16-18 aprile 2009.

⁴ GENTILI 2013, 132-133.

⁵ GENTILI 2013, 517. L'opposto di questo modello è lo stile curialesco. Anzitutto c'è l'esigenza di farsi capire, «perché i giudici non si convinceranno mai di una tesi che non capiscono. Questo significa allontanarsi da uno stile tradizionale che probabilmente risale al Dottor Balanzone e che trasforma il discorso dei giuristi in una burbanzosa lingua cancelleresca seicentesca, fatta di periodi interminabili, di atti prolissi, di concetti aggrovigliati, che indiscutibilmente sono i più idonei a non farsi capire» (516-517).

fondo siamo tutti, chi più chi meno, lettori frettolosi. Va aggiunto che in realtà giova molto ai contenuti e alla chiarezza dell'esposizione lo stile proprio della miglior giurisprudenza analitica di Gentili, il quale, oltre a conoscere gli strumenti logico-linguistici propri di quel metodo, li usa in modo pervasivo: l'autore è attentissimo a non confondere la sfera delle valutazioni con quella delle prescrizioni e si sofferma a chiarire con puntiglio le differenze fra discorsi-oggetto e meta-discorsi.

Dunque, nonostante il volume faccia parte di un Trattato di diritto privato e sia ponderoso – sfiora le 600 pagine – non annoia mai. Il che è raro nelle nostre discipline.

Una parte degli scritti qui raccolti mi erano già noti. Peraltro l'averli pubblicati tutti assieme costituisce un valore aggiunto, in quanto il lettore medio, che abbiamo detto essere un po' distratto, riesce a cogliere in una seconda lettura contestualizzata aspetti nuovi che a un primo tempo gli erano sfuggiti. Vi sono molti motivi che si richiamano e si sostengono l'un l'altro, che appaiono e scompaiono come in un riuscito brano musicale. L'ordine impresso dall'autore è comunque chiaro: si parte dalla teoria delle fonti, e lì ci si chiede se l'argomentazione dei giuristi sia una fonte (o, volendo, un "formante"⁶) tra le altre o qualcosa di assai più assorbente. Ed è vera la seconda alternativa. Lo si vede bene quando Gentili passa a contestare la vecchia idea che si dia una scienza del diritto con un proprio oggetto preconstituito all'interpretazione (e alle relative argomentazioni degli interpreti). In quella sezione emerge che la logica e le argomentazioni dei giuristi sono l'elemento assorbente; che manca del tutto una organizzazione concettuale e

⁶ Cfr. p. es. SACCO 1989. La nozione di formante, che è piuttosto generica, è stata peraltro analizzata criticamente in uno scritto inedito di SCARPELLI (mns.).

contenutistica preesistente all'interpretazione, quello che una volta si denominava sistema intrinseco e che il giurista dovrebbe solo scoprire senza aggiungere nulla di suo.

Essendo l'argomento assai vasto qui mi limiterò a discutere alcuni dei punti che mi sono parsi centrali. Incomincerò accennando alla parte su cui sono d'accordo senza riserve, mi riferisco alla critica accurata, al trattamento all'acido cinico, cui Gentili sottopone il positivismo tradizionale. Cosa che per la verità gli riesce piuttosto bene. Ciò detto, farò leva su alcuni problemi secondo me irrisolti all'interno delle tesi di Gentili, e così passerò agli aspetti più delicati, rispetto ai quali il teorico è stimolato ad aggiungere qualche doverosa riflessione, forse una proposta integrativa. La mia esposizione si divide quindi in tre parti: 1) il plauso per la critica alla concezione tradizionale, 2) l'enucleazione di quelli che mi paiono alcuni motivi di ambiguità, o di dubbio sincero, che si scorgono tra le pieghe del libro e, infine, 3) la rilevazione di alcuni aspetti che Gentili avrebbe, a mio avviso, dovuto considerare e che, invece, non ha considerato, il che avrebbe naturalmente raddoppiato la mole, già ragguardevole, del suo tomo. Conto però in un seguito corposo.

1. *La critica alla concezione tradizionale*

Cominciamo dalla parte più facile: gli elogi. In tutta la raccolta il positivismo tradizionale, che ancor oggi sopravvive a sprazzi, specie come apologia dell'operato dei giudici, viene additato come una concezione insostenibile. Quella parvenza di oggettività che viene attribuita a tale concezione

⁷ Cfr. LOSANO 2002. È ancor oggi una lettura interessante LAZZARO 1970.

dipende in notevole misura dall'equivoco concettuale in cui cade chi scambia gli enunciati ufficiali, le disposizioni, con le norme, ossia i contenuti di significato che vengono attribuiti alle disposizioni dagli interpreti⁸. L'idea che si dia una "realtà giuridica" è qualificata come una fola: nessuno può pretendere che il discorso del giurista dipenda dalla realtà giuridica e non piuttosto quest'ultima dal discorso del giurista⁹. Viene troncata alla radice ogni visione ontologica, *à la* Kelsen. Gentili bolla senza appello quel mondo immaginario chiamato «con un inavvertito ossimoro "realtà" giuridica»¹⁰. Al vecchio scienziato del diritto, che muove dal suo ideale dell'*ordo ordinatus*, il comportamento effettivo dei giuristi, attanagliati dai dubbi, schiacciati dalle antinomie, doveva apparire – commenta Gentili – vano e illusorio, come il *samsara* appariva al savio buddista: un vuoto agitarsi degli uomini inconsapevoli¹¹. D'altronde, la volontà del legislatore non è che «pura allegoria»¹². Al massimo si potrà dire che un atto è voluto perché è stato prodotto conformemente alle meta-norme di produzione. Tuttavia non si può certo dire che una delle possibili interpretazioni

⁸ GENTILI 2013, 73: «Né i testi né i comportamenti producono però le norme: *ex facto non oritur jus*. Le norme, consuetudinarie o legali, il loro senso, la loro validità sono piuttosto frutto dell'argomentazione e del discorso dell'interprete. Che non si limita a stabilirne il senso, ma anche l'esistenza: perché dipende dall'interprete stabilire, sia pure razionalmente e non a capriccio, se un testo è legge, se un comportamento è consuetudine. E ne decide la validità, perché dipende dall'interprete stabilire se dalla loro stessa struttura, o dal rapporto con le leggi e i fatti, derivino obiezioni che scalzano il valore vincolante delle norme». Cfr. anche 193.

⁹ GENTILI 2013, 85 ss. e 91.

¹⁰ Sono parole dell'autore, cfr. GENTILI 2013, 493.

¹¹ GENTILI 2013, 312.

¹² GENTILI 2013, 362-363.

di una stessa disposizione è proprio quella voluta dal legislatore, perché si presupporrebbe un dato psicologico che o non esiste o è giuridicamente irrilevante. Il vecchio imperativismo non sta in piedi: non c'è un'intenzione effettiva da constatare¹³. Il diritto, di conseguenza, è sempre *in fieri*, è sempre diritto vivente¹⁴. Naturalmente, lo scaltro avvocato continuerà a utilizzare il linguaggio oggettivista e constataativo, dovrà mostrare di condividere – anche se non le condivide – le finzioni culturali che i giudici come ceti utilizzano in chiave difensiva, cercando, però, di far breccia, sotto la dura scorza della fredda esposizione tecnica, sul loro senso di giustizia, qualunque cosa sia¹⁵.

¹³ Il vecchio giurista, sedicente scienziato, «credeva fermamente che conoscere il diritto significasse constatare la volontà del legislatore, e così verificare quali fatti giuridici abbiano prodotto quali effetti giuridici. Ma oggi» – ribadisce Gentili – «questo approccio è insostenibile» (GENTILI 2013, 501).

¹⁴ GENTILI 2013, 351. Poche pagine più in là, discutendo del passaggio di fatto dal diritto vigente al diritto vivente, l'A. nota come i giuristi spesso non si soffermino sulle vistose debolezze del diritto vivente, innanzi tutto sulla sua mancanza di una legittimazione democratica. E commenta: «Ma queste risposte, sufficienti o insufficienti che siano, spesso neppure vengono date, perché [...] la dottrina giuridica sembra affascinata dalla sua potenza creatrice. O forse» – egli aggiunge – «più semplicemente dal suo libertinaggio argomentativo». Su questo tema e sui sottili *distinguo* di Gentili rispetto al realismo giuridico tornerò quanto prima.

¹⁵ D'altra parte, Gentili annota che la giurisprudenza civilistica declama un metodo, il cognitivismo, che non pratica, aggiungendo: «E io ho troppa stima dei giuristi positivi per crederli ingenui: in realtà essi a mio giudizio ben lo sanno [che la giurisprudenza e la dottrina sono creative]. Constato tuttavia che ciò non li induce a cambiare. E mi par di intuire che la renitenza sia corroborata dalla convinzione, scientificamente cinica ma realistica, che dopotutto in tal modo

Non mi dilungo, dato che su queste critiche, demolitive della vecchia e nuova giurisprudenza dei concetti e dell'idea del giurista scienziato seminata da Savigny, è arduo dissentire; passo perciò alla seconda e alla terza parte del mio schema. Non posso farlo, però, senza aver notato che Gentili va ben oltre le critiche ovvie, su cui siamo tutti scontatamente d'accordo, ad un modello inadeguato, bensì ci fornisce un'alternativa al veteropositivismo che, se non è schiettamente realistica, poco ci manca. Non solo si interessa al diritto in azione, al diritto in una prospettiva rimediale, ma afferma anche apertamente che il ragionamento dei giuristi, così come viene svolto – nonostante alcune importanti cautele e perplessità su cui dovrò tornare – finisce coll'averne un ruolo costitutivo di quell'*ordo ordinans* a cui l'autore guarda con favore, un favore in parte, ma soltanto in parte, giustificato. Qui assistiamo a un'immensa opera di scomposizione e di ricomposizione, in cui le fonti tradizionali si limitano a fornire esclusivamente i materiali grezzi. Accade un po' quel che accadeva alle colonne dei templi pagani le quali, debitamente rovesciate, servivano a costruire la basiliche cristiane. Questo brusco spostamento ha riflessi anche sui problemi probatori (sembra quasi che i fatti non esistano e vengano riassorbiti dalle decisioni endoprocedurali; ma sorvolero sul punto, perché il suo esame mi porterebbe via troppo tempo)¹⁶.

2. *Contro il «libertinaggio argomentativo»*

Veniamo allora agli aspetti di questa rappresentazione del diritto che l'autore stesso vede come delicati. Gentili

assolvono efficacemente la funzione di governare il traffico giuridico» (GENTILI 2013, 87).

¹⁶ Faccio rinvio a FERRER BELTRÀN 2004 e 2007.

riassume il suo programma di ricerca in un brano dove afferma di voler offrire una «prospettiva non cognitivista ma non irrazionalista, che della mancanza di fondamenti faccia il proprio metodo, e non il proprio problema»¹⁷. Egli, in effetti, si scaglia senza riserve contro quello che, con formula assai felice, denomina «libertinaggio argomentativo», e che, se ben capisco, è lo sfruttamento di determinati ruoli cruciali nel sistema, nonché della fiducia e dell'autorità che questi comportano, per compiere operazioni creative del tutto incontrollabili sul piano del ragionamento¹⁸, assumendo un atteggiamento autoreferenziale che travalica il pur lecito (nel caso dell'avvocato, per lo meno) uso strategico

¹⁷ GENTILI 2013, 494-495, dove l'A. osserva che giudici e avvocati sono cognitivisti, «Perché [...] il cognitivismo, pur fittiziamente, tacita l'angoscia di trovare un fondamento obiettivo al discorso. Se apre gli occhi, se riconosce che il suo discorso ha argomenti ma non ha fondamenti, il giurista tradizionale prova la vertigine del vuoto e sprofonda nel nichilismo. Distolto dalla constatazione e restituito alla giustificazione, non è più capace di giustificarsi e giustificare il proprio dire. Potrà perciò rinunciare alle sue finzioni solo quando gli sarà indicato qualcosa che sostituisca le illusorie certezze metafisiche che gli offre la sua realtà immaginaria. Ciò è del resto normale: chiunque non sopporta il dubbio si rifugia in una fede. Per smuovere i giuristi dal loro atteggiamento, per distogliere le forme della retorica del processo civile dalle finzioni, occorrerebbe dunque fornire a giudici e avvocati qualcosa di più corretto del cognitivismo giuridico, e di più efficace della metafisica giuridica che lo accompagna. Offrire loro una prospettiva non cognitivista ma non irrazionalista, che della mancanza di fondamenti faccia il proprio metodo, e non il proprio problema. Una prospettiva cioè per la quale il diritto non è fatto ma discorso sul fatto, la legge non è diritto ma una sua fonte, la forza non ne è elemento ma oggetto, i legislatori producono solo disposizioni e non norme, e l'interpretazione le sceglie, non le constata».

¹⁸ Cfr. GENTILI 2013, 86 e 469.

delle argomentazioni¹⁹. Il terreno della mera suggestione non è il terreno adatto per il dibattito fra giuristi: sarebbe come camminare sulle sabbie mobili. Del resto, sia chiaro, le argomentazioni per Gentili non giungono a nessuna verità, o a qualcosa che equivalga alla verità. Egli dissente energicamente dagli amici studiosi di retorica che cercano di dimostrare il contrario²⁰. Ma, se di verità non si tratta, comunque qualche pietra di paragone intersoggettiva dovrà pur esservi anche perché, analizzando il testo, è difficile non notare come sia vitale per Gentili il problema del controllo delle argomentazioni. Lo testimonia l'insistenza per nulla occasionale con cui l'autore tratta la questione dell'abuso del diritto nella parte centrale del volume, in un nutrito drappello di saggi, addirittura tre, che sembra sproporzionato rispetto ad un tema, che, per quanto emergente, non potrà mai aspirare a un ruolo centrale nel dibattito civilistico. E questa attenzione non dipende soltanto dai limiti del concetto di fattispecie e dal fatto che l'abuso è, o si avvicina a, una clausola generale²¹. Lo si vede dal furore implacabile, quasi che la sua penna fosse intinta nel curaro, con cui smonta le argomentazioni che sorreggono la notissima sentenza Cass. 18.9.2009 n. 20106, la quale scomodava incongruamente il principio costituzionale di solidarietà a

¹⁹ GENTILI 2013, 179, dove, peraltro, l'A. ci tiene a ribadire che le tesi dell'avvocato – suppongo quelle che esulano dalla materia strettamente probatoria – possono essere strategiche, furbesche, ma non false. In tema d'interpretazione non si danno infatti tesi vere o false.

²⁰ Cfr. per tutti CAVALLA 2011, 143 ss. A favore di un recupero del pensiero dialettico, si veda il recente ZANUSO 2013.

²¹ Essendo la letteratura in materia sterminata, mi limiterò a due sole segnalazioni bibliografiche: ATIENZA, RUIZ MANERO 2000 e VELLUZZI 2012, che si conclude proprio con un saggio di GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento* (149-186), ora in GENTILI 2013, 419-471.

scapito dell'autonomia privata in una causa dove gli ex concessionari della Renault avevano contestato alla casa automobilistica il recesso *ad nutum* dal rapporto, peraltro esplicitamente previsto dal contratto²².

Come minimo, un pubblico controllo delle motivazioni potrà aversi sul piano, talvolta scivoloso, della coerenza degli argomenti usati. E qui il tributo alla scienza come rigore di bobbianiana memoria è un atto pressoché dovuto²³. D'altro canto, a Gentili non sfugge di certo che si possono raccontare parecchie storie parallele tutte egualmente coerenti. Di conseguenza, come sussiste la necessità di un controllo interno sul ragionamento e sul cammino per giungere dalle premesse alla conclusione, sorge altresì la necessità di un controllo esterno sulle premesse medesime²⁴.

E qui non si può evitare di percepire una certa tensione dell'autore, che da un lato liquida senza appello la decrepita scienza del diritto, ma poi non riesce ad elaborare criteri di giudizio che siano in qualche misura indipendenti dalle particolarità della situazione analizzata. Un ritorno alla scienza del diritto, con le sue pretese cognitivistiche, è fuori questione. Ma Gentili vorrebbe scongiurare (non si capisce come, però) anche una resa al nichilismo e una *démarche* verso il realismo giuridico.

A tale ultimo proposito, si cerca di segnare un confine con le teorie realistiche che riducono il diritto alle ideologie e alla politica. Mi colpisce, in particolare, la circostanza che l'autore si guardi dal fondare il diritto su un potere ultimo, ma, disdegnando la massima *ex facto oritur ius*²⁵, piuttosto

²² GENTILI 2013, 401-418. Si tratta di una decisione molto commentata, cfr. fra i molti D'AMICO 2010 e MAUGERI 2010.

²³ Cfr. GENTILI 2013, 220, in relazione a BOBBIO 1994.

²⁴ GENTILI 2013, 511.

²⁵ GENTILI 2013, 190 e 208-209.

cerchi di fondare la sovranità sul diritto²⁶. Questo è un altro significativo elemento di lontananza dal realismo giuridico, come lo sono la sua preoccupata attenzione verso la retroattività²⁷ e la sua insoddisfazione per quella retorica deteriore che, più che instaurare convinzioni ragionevoli, agisce sui nostri bassi istinti come una pubblicità ingannevole.

3. *Una modesta proposta*

Questi dubbi e ambiguità e, aggiungerei, queste finezze, del testo, mi autorizzano a rivolgere a Gentili una proposta di completamento delle sue tesi. E con ciò passo alla sezione conclusiva dei miei rilievi. Se l'autore mi consente di difenderlo da una parte di se stesso, dal suo eccesso di cinismo, mi permetto di ritornare alla questione della sparizione, vera o presunta tale, dell'oggetto della scienza giuridica. Prendo le mosse dalla svolta linguistica nel corso della quale il positivismo analitico di Hart, con la sua *open texture*, rese inattuale il positivismo dogmatico, quello dell'unica risposta corretta, tanto per intenderci. Si trattò, com'è noto, di un tentativo di compromesso tra formalismo e scetticismo. Non importa ora il fatto che tale compromesso, essenzialmente semantico, oggi mostri la corda di fronte alle esigenze della pragmatica e della teoria dell'argomentazione; qui importa invece la circostanza che i positivisti analitici, pur smontando criticamente, pezzo per pezzo, il cielo dei concetti e l'imperativismo, mantennero, mediante un imponente lavoro di trasposizione teorica, un oggetto di conoscenza, uno strano oggetto che non è propriamente un oggetto: le convenzioni linguistiche e i significati. È

²⁶ GENTILI 2013, 127.

²⁷ GENTILI 2013, 29 ss.

evidente che l'interprete non può andare alla ricerca della volontà del legislatore – reale o ipotetico che sia – dato che qui siamo di fronte semplicemente a un'immagine metaforica, il cui potenziale teratologico, peraltro, è spesso sottovalutato. Tuttavia, l'interprete non può esimersi dal ragionare, almeno all'inizio, entro il “quadro” linguistico, magari per riformulare i significati correnti delle parole o per staccarsene completamente con ardite stipulazioni, che vanno, comunque, agganciate ai, o tradotte nei, discorsi ordinari. Il totale scetticismo circa la possibilità di comunicare non è una posizione sostenibile. Non ci crede neppure Humpty Dumpty – il fortunato personaggio di Lewis Carroll – il quale, lungi dal parlare un suo incomprensibile linguaggio privato, è perfettamente in grado di riformulare le proprie ardite creazioni definitorie nel linguaggio della sua interlocutrice, l'ingenua Alice. La vera disputa tra i due è su «chi è che comanda» al linguaggio, se sia cioè consentito di staccarsi dalla “lettera”, ampiamente intesa e quindi plurivoca ed indeterminata, della legge, oppure l'interprete debba praticare una fedeltà stretta e rinunciataria al dettato legislativo, limitandosi, quando osa molto, a timide ridefinizioni dei termini²⁸. D'altra parte, non ci si faccia ingannare dalla variabilità contestuale: variabilità non vuol dire inconoscibilità. Anzi, è vero esattamente il contrario: il contesto storico e gli aspetti intertestuali permettono di precisare il contenuto di una comunicazione, scartando numerose interpretazioni palesemente errate o ultronee, quanto meno sul piano storico-filologico, e sempre che non si percorra, come spesso accade, la strada di un'interpretazione il cui criterio di successo consista nel sapersi adeguare a situazioni nuove.

²⁸ Cfr. CARROLL 1871, 268-269; e SCARPELLI 1971, 179-203, spec. 193 ss.

D'altra parte, come dicevamo, il "quadro" linguistico è in qualche misura elusivo per almeno tre ragioni.

A) Innanzi tutto, i significati sono instabili e mutevoli: dipendono da processi di consolidazione, da effimere convergenze d'opinioni; e anche quando sembrano stabili, sono scossi da movimenti disgregativi, da continui bradisismi, che passano pressoché inavvertiti.

B) In secondo luogo, i significati, quali regole d'uso dei termini, più che essere un dato empirico, sono la registrazione delle disposizioni dei parlanti a fornire risposte che l'ambiente considera "appropriate". A parte il fatto che la nozione di "appropriatezza" è normativa, è chiaro che, non essendo possibile etichettare tutti i possibili contesti, ottenendo insieme di condizioni necessarie e sufficienti, posto che il mondo è vario e ci mette sempre di fronte a situazioni impreviste, emerge anche che in certi casi non vi è nessuna risposta (indeterminatezza), mentre in altri di risposte ve ne sono troppe (ambiguità). E, si badi, questo non è dovuto alla sottigliezza caudica degli interpreti maliziosi, ma è un dato epistemologico ineliminabile, che può essere variamente valutato secondo le diverse situazioni e le finalità che ci si propone.

C) Infine, i giudizi sui significati non sono, a livello collettivo, giudizi distaccati, bensì sono giudizi partecipanti, che si riflettono sul fenomeno esaminato. Se tutti sono d'accordo che il significato corrente di un lemma del dizionario italiano in un certo contesto è S, è poi problematico dire che, in realtà, tutti i parlanti competenti sbagliano e, invece, il significato di quel termine è un altro (naturalmente ben più complessa è la domanda che verte su quel che voleva dire un autore, quando un autore esiste, che, in un dato testo ha utilizzato determinati sintagmi: perché qui, trattandosi di un atto di comunicazione, entrano in gioco le conoscenze implicite del mondo, l'enciclopedia insomma).

Credo che nell'ottica di questo cognitivismo debole il teorico si salvi distinguendo tra la creatività del singolo interprete e la creatività del complesso dei soggetti che svolgono attività interpretative sulle medesime disposizioni. La creatività del singolo interprete, per quanto possa essere ardita, è pur sempre la goccia nel mare: nella migliore delle ipotesi potrà valere come una proposta azzeccata e/o autorevole che, forse, la comunità degli interpreti accoglierà. Ad ogni modo, il singolo avrà davanti una serie di elementi inoppugnabili, che sono poi il risultato di precedenti interpretazioni. In ciò il giudice, ma anche lo studioso, si muove in uno spazio di intersoggettività. Parlo di intersoggettività e non di oggettività perché, come ho detto, a livello collettivo, i significati non sono indipendenti dalle opinioni degli interpreti. Però, i singoli, salvo che desiderino parlare una incommunicabile lingua privata, non possono non prendere atto delle interpretazioni che sono state date in precedenza.

In breve, sintetizzando brutalmente una questione complessa, mi pare che la contrapposizione di Gentili tra un *ordo ordinatus* (per lui inesistente) e un *ordo ordinans* (l'unico vero ordine), la quale anima tutto il suo libro, sia troppo drastica e non tenga conto del fatto che l'interpretazione è un'impresa non solo individuale (del singolo interprete che argomenta), ma anche collettiva. Insomma, il singolo che interroga la legge per estrarne dei significati, non solo crea un ordine con i suoi argomenti, ma deve anche constatare – uso una parolaccia che Gentili eviterebbe – un ordine che, lo dico tra mille avvertenze, c'è già, che disegna un ventaglio di scelte che precedono quella specifica lettura, e dipendono dall'incontro dell'opera comunicativa degli estensori dei testi di legge con l'ininterrotta opera esegetica dei giuristi, dei pubblici funzionari e, diciamo, dei cittadini. In definitiva, vorremmo essere tutti “protestanti”, anti-conformisti, vorremmo appellarci al libero convincimento e a un'astratta razionalità; però le prassi interpretative dei

giuristi non possono che essere, lo dico a malincuore, “cattoliche”, non possono non presupporre un “clero” conformista che con la propria opera collettiva contribuisca a formare un ordine in qualche misura dato e cogente tutelando le attese dei consociati²⁹.

Ovviamente, il giurista-interprete possiede gli strumenti per staccarsi dal dato linguistico. Tipici in questo senso sono il ricorso alla *ratio* e il richiamo ai principi, impliciti o espliciti. A dirla in un modo diverso, il rigore delle leggi dipende anche dagli atteggiamenti dei giuristi. E questa è la ragione per cui, come bene intravede Gentili, bisogna rivedere il compromesso hartiano e integrarlo sul terreno della pragmatica. C'è bisogno di un compromesso tra argomenti inclusivi, che allargano l'orizzonte ed argomenti escludenti, che lo restringono. L'interpretazione per i giuristi non può mai consistere nel cogliere l'intenzione di un soggetto autentico o immaginario: per questo si elaborano i criteri o standard di successo dell'interpretazione che variano secondo le esigenze pratiche dei diversi settori. Ma è altresì vero che un momento constattivo è ineliminabile: ci vuole un orizzonte. Anche se l'interpretazione non si limita a dichiarare l'esistenza di certi usi, una cosa è indubbia: la consapevolezza del codice linguistico, attraverso il quale si

²⁹ Sulla dicotomia fra interprete “protestante” e interprete “cattolico”, cfr. DWORKIN 1986, 413; PATTERSON 2010; BARBERIS 2012; VIGNUDELLI 2012; e PAJNO 2013, cap. V, in part. 169. Sull'argomento bisognerebbe consultare anche JORI 1995, 109-44, dove si introduce la nozione “cattolica” del linguaggio giuridico come linguaggio amministrato. Ma, in fondo sul versante “cattolico” s'era già mosso HART 1965, quando, a proposito della norma di riconoscimento, aveva fatto riferimento alle pratiche dei giudici e dei pubblici funzionari, anziché alle libere convinzioni dei cittadini.

esplica la comunicazione, resta uno strumento del quale l'interprete non può fare a meno.

A questo punto, per concludere, abbozzo la mia proposta. Occorre studiare l'interazione fra l'*ordo ordinatus*, che dipende dalle altrui attività e che il giurista in qualche modo si "ritrova", e l'*ordo ordinans* di colui che si accinge ad una nuova interpretazione e vuole argomentarla in modo soddisfacente. Qui vi è una lunga strada da percorrere. In particolare, è necessario evidenziare, come accennavo, quali siano gli argomenti che servono a fissare, o a bloccare, le precedenti interpretazioni-risultato e quali, invece, siano quelli atti ad estenderle, a superarle, a restringerle o ad eluderle. Tra i primi vi sono tutti i formalismi, a partire dall'inquadramento del tema del dibattimento processuale e dal passaggio in giudicato: si tratta per lo più di ragioni escludenti, ragioni per non prendere in esame altre ragioni, che pure spesso vi sarebbero³⁰. Tra i secondi, ossia tra le ragioni inclusive, spiccano la defettibilità e il richiamo ai principi³¹.

Non aggiungo altro. Il lavoro da fare è molto. Aspetto lumi dai prossimi saggi di Aurelio, che, ne sono certo, saranno stimolanti e divertenti come il libro di cui abbiamo discusso in questa sede.

³⁰ Cfr. RAZ 1990 e JORI 1980.

³¹ Mi permetto di rinviare a LUZZATI 2012.

Riferimenti bibliografici

- ATIENZA M., RUIZ MANERO J. 2000. *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, il Mulino.
- BARBERIS M. 2012. *Una teoria "protestante" dell'interpretazione costituzionale*, in «Diritto & questioni pubbliche», 12, 2012, 533-545.
- BOBBIO N. 1994. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), rist. come *Scienza giuridica* in ID, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 337-345.
- CAVALLA F. 2011. *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli, Jovene.
- CARROLL L. 1871. *Through the Looking Glass and What Alice Found There*, in GARDNER M. (ed.), *The Annotated Alice*, Harmondsworth, Penguin, 1970.
- D'AMICO G. 2010. *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in «I contratti», 1, 2010, 11-23.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)-London, Belknap-Harvard University Press.
- FERRER BELTRÀN J. 2004. *Prova e verità nel diritto*, Bologna, il Mulino.
- FERRER BELTRÀN J. 2007. *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè.
- GENTILI A. 2013. *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè.
- HART H. L. A. 1965. *The Concept of Law* (1961), Torino, Einaudi.
- JORI M. 1995. *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1995*, Torino, Giappichelli, 109-144.
- JORI M. 1980. *Il formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè.
- LAZZARO G. 1970. *Sistema giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, Utet, 459-464.

- LOSANO M. G. 2002. *Sistema e struttura nel diritto*, Milano, Giuffrè.
- MAUGERI M. 2010. *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 6, 2010, 319-336.
- PAJNO S. 2013. *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, Giappichelli.
- PATTERSON D. 2010. *Diritto e verità*, ed. italiana a cura di M. Manzin, Milano, Giuffrè.
- RAZ J. 1990. *Practical Reason and Norms* (1975), Oxford, Oxford University Press.
- SACCO R. 1989. *Introduzione al diritto comparato* (III ed.), Torino, Giappichelli.
- SCARPELLI U. (mns.), *Formanti nel diritto*, manoscritto non pubblicato.
- SCARPELLI U. 1971. *Il metodo giuridico*, in ID., *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982, 179-203.
- VELLUZZI V. (ed.). 2012. *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, Ets.
- VIGNUDELLI A. 2012. *Amicus Plato... Botta e risposta con Mauro Barberis*, in «Diritto & questioni pubbliche», 12, 2012, 547-561.
- ZANUSO F. (ed.). 2013. *Custodire il fuoco. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, Angeli.