

Il Giudice interprete e l'etica pubblica Brevi note

*Giuseppe Cricenti**
Consigliere della Corte di Cassazione

Riassunto

Si intende mettere in luce come il problema della creatività del giudice sia un problema epistemologico e non ideologico, come invece è tendenzialmente considerato. Viene dunque affrontata la questione da due punti di vista, che sembrano quelli dominanti: il primo, adottato da alcuni teorici analitici, che fa prevalentemente leva sul significato del testo; il secondo, quello ermeneutico, che invece fa leva sulla comprensione del testo. Si verifica dunque una nozione di creatività alla luce di queste due impostazioni. Si conclude nel senso che, se è vero che v'è una espansione della giurisprudenza nella regolamentazione dei rapporti, è anche vero che questa espansione non ha a che fare con la questione della creatività dell'interprete, ma con il bilanciamento dei poteri.

Parole chiave: creatività interpretazione, ruolo politico del giudice, separazione dei poteri.

Abstract. *The Judge's Creativity and the Public Ethics. Short Notes*

The aim of this paper is to highlight how the problem of the creativity of the judge is primarily an epistemological issue and not, as it tends to be considered, an ideological one. The author addresses the issue from two perspectives that seem to be dominant: the first, adopted by some analytical theorists, focuses on the meaning of the text; the second, the hermeneutic one, focuses on the understanding of the text. A notion of creativity is tested in light of these two approaches. The author concludes that, while it is true that there is an expansion of the jurisprudence regulating the relationships, it is also true that this expansion has nothing to do with the issue of the creativity but with the balance of powers.

Keywords: statutory interpretation, political role of the judge, division of powers

DOI: 10.32049/RTSA.2021.2.03

1. L'uso alternativo del diritto, oggi. L'approccio di politica del diritto

La tendenza, degli stessi magistrati, di assegnarsi un ruolo attivo nella promozione di valori e nella scelta degli interessi cui assegnare tutela preminente, ha manifestazioni diverse.

All'inizio degli anni Settanta del Novecento, un gruppo di magistrati, seguendo una proposta teorica del momento, ha preso a rivendicare un uso alternativo del diritto¹. La tesi di fondo di questa proposta nasceva dalla constatazione della inadeguatezza dei concetti giuridici rispetto al mutare delle esigenze sociali, in quanto strutture astratte, prive di

* Le opinioni qui espresse lo sono a titolo personale e non impegnano l'organo di appartenenza. L'Autore fa presente che questo articolo è preliminare ad uno studio di maggiore approfondimento.

¹ La proposta di un uso alternativo del diritto nasce, a dire il vero, da un gruppo di studiosi, per iniziativa di Pietro Barcellona, come sviluppo delle idee raccolte in un convegno catanese del maggio del 1972, poi raccolte in due volumi editi da Laterza. Si veda P. Barcellona (1973). A distanza di tempo, una lettura di quella esperienza e dei suoi sviluppi è stata compiuta da M. Cossutta (2011).

storicità, nella quale i giuristi erano costretti a sussumere le sopravvenienze, costringendole dentro lo schema della categoria sempre uguale a se stessa, e così privandole del loro valore di novità. Questa indifferenza del concetto al mutare dei tempi impediva anche al giurista di fare una qualsiasi critica del modello di sviluppo sociale (Barcellona, 1973, p. XVI).

Davanti a questo problema, posto dalla “a-storicità” delle categorie e dei concetti giuridici, le soluzioni dei protagonisti si divisero tra chi indicava come momento privilegiato dell’uso alternativo del diritto quello della innovazione legislativa, lasciando dunque al Parlamento di adeguare le strutture alle esigenze politiche e sociali (Rodotà, 1973, p. 229 ss.) e tra chi invece vedeva nell’attività della magistratura il luogo ideale per affermare le esigenze della “realtà sociale”, che altro non erano se non i bisogni dei più deboli e dei ceti marginali, contro l’astrattezza del metodo logico- formale (Ferrajoli, 1973, p. 105 ss.; De Giovanni, 1973, p. 254 ss.)²: lo strumento normativo cui ci si richiamava per una attuazione di questo proposito era fornito dal secondo comma dell’articolo 3 della Costituzione e dalla indicazione ivi contenuta di rimuovere gli ostacoli alla eguaglianza ed alla libertà dei cittadini.

Dunque, la via indicata per compiere questa rivoluzione appariva quella interpretativa, anche se non mancava l’avvertimento che sarebbe stata una strada destinata al fallimento, in quanto le categorie concettuali che ci si proponeva di rivedere o di superare erano comunque espressione di una ideologia tradotta nei codici, che non poteva essere sovvertita senza cambiamenti radicali, non solo sul piano formale o delle strutture interpretative, ma anche dei modelli culturali che caratterizzavano l’interprete, ossia se non invocando un modello di giudice-interprete radicalmente diverso rispetto a quello fino a quel momento dominante³.

Almeno due sono i risultati di quella riflessione: intanto, quello di una nuova prospettiva con cui guardare alla norme della Costituzione, che, proprio a partire da quel momento, cominciarono a non essere più viste come linee programmatiche, ossia come

² Entrambi mettevano in evidenza la necessità di mettere in discussione l’uso complessivo del diritto operato dalle classi dominanti.

³ Di Majo (1973), avvertì che, assegnando l’uso alternativo del diritto alla giurisprudenza, il giudice dovesse avere «il coraggio di vivere *politicamente* anche il proprio mestiere di giudice e non preoccuparsi continuamente di dare a ritroso una veste giuslegalistica alle proprie attività» (p. 159).

raccomandazioni rivolte al potere pubblico di dare attuazione ai precetti in esse contenute, ma come norme direttamente applicabili nei rapporti tra privati ed in quelli tra privati e potere pubblico; il secondo risultato è stato quello di dichiarare l'essenziale funzione politica del giudice-interprete in una particolare dimensione, ossia quella del giudice che si fa portatore del sentire comune sui bisogni sociali, anche se secondo criteri non meramente individuali e soggettivi, ma per l'appunto raccordando l'applicazione del diritto alla oggettiva esperienza sociale⁴.

L'idea che la funzione del giudice interprete fosse politica, fosse quella di adeguare le categorie o comunque di interpretare la legge tenendo conto del sentire sociale, del contesto sociale e politico della sua applicazione, ha subito, sin dall'inizio, delle critiche severe. Si trattava infatti di una tesi che sosteneva la politicità del diritto, o meglio dei processi interpretativi, non tanto per ragioni epistemologiche, quanto per ragioni ideologiche: i concetti ed i procedimenti interpretativi formali che ne facevano uso erano, secondo i fautori della politicità della interpretazione, strumenti di conservazione dei rapporti sociali e politici esistenti e dunque di garanzia dei rapporti di forza esistenti a scapito dei soggetti più deboli, ed il proposito era, per l'appunto, quello di critica e superamento di questo assetto.

Non è un caso che le censure immediatamente rivolte a questa impostazione facevano leva sulla necessità che l'interprete fosse fedele alla legge; che il superamento dei significati di quest'ultima avvenisse solo ad opera di un'altra legge e che il compito dell'interprete non potesse neanche spingersi ad una critica del diritto, che spetterebbe invece ad altre scienze dello spirito: la filosofia, la sociologia, la politica cui compete di stabilire ciò che, al di là del diritto, è razionale o giusto o conveniente (Nicoló, 1993, p. 61 ss.; Santoro Passarelli, 1988, p. 25; Scarpelli, 1968, p. 13 ss.). Per contro, il giudice che si svincola dalla legge o che cerca di superarla si atteggia a piccolo despota (Scarpelli, 1970, p. 658) e l'usurpazione della legge da parte del giudice è un atto di disobbedienza (Satta, 1970, p. 12).

In gran parte queste critiche erano dunque determinate dalla stessa prospettiva con cui si guardava al giudice interprete: quella ideologica. Erano ragioni ideologiche a sostenere un

⁴ Tra i primi promotori, in sede teorica, della natura politica dell'interpretazione Lombardi Vallauri (1974, p. 8 ss). Questa tesi è riecheggiata anche in esponenti del pensiero ermeneutico come Zaccaria (1979, p. 632 ss).

ruolo politico della magistratura ed, allo stesso modo, ideologiche le critiche che a quel modello di giudice venivano rivolte; la tensione era tra fedeltà ed infedeltà alla legge, e dunque tra due modelli ideologici di giudice. Del resto, che la questione sia stata posta, e come vedremo in gran parte lo è anche oggi, sul piano ideologico è presto dimostrato dal fatto che non furono solo giuristi “di sinistra”, per non dire almeno in quel momento “marxisti”, a propugnare un modello di interpretazione sensibile a criteri sociali o politici, ma impostazioni simili erano sostenute anche da posizioni cattoliche, che ancora prima avevano messo in discussione l’obbligo del giudice di attenersi alla legge, vincolandolo al diritto naturale (Fassò, 1972, p. 897 ss.)⁵.

Gli ambiti chiaramente ideologici di questa polemica sono stati indicati da Bobbio (1968, p. 1439 ss.) con il sottolineare che così come politica era la rappresentazione del giudice interprete, per così dire, infedele alla legge e disposto a superarla in nome del sentire sociale, allo stesso modo politica era la visione opposta, che imponeva fedeltà dell’interprete non rappresentata come valore in sé ma come funzionale alla conservazione di un certo assetto di potere.

2. Un diverso approccio di politica del diritto: la separazione dei poteri

Si è ripercorsa questa vicenda, sia pure in estrema sintesi, a significare che la questione del giudice interprete è tutt’oggi posta nei termini – a loro volta politici, come si accennato – della sua fedeltà alla legge.

Negli ultimi venti anni, per cause complesse, non solo è progressivamente cresciuto l’intervento dei giudici in rapporti sociali e politici precedentemente esenti da “giurisdizionalizzazione” ed è aumentato tra l’altro quantitativamente in quelli che già erano oggetto di pronunce giudiziarie, ma soprattutto è sempre più diffusa la convinzione di una crescente ed abnorme infedeltà del giudice alla legge, che si esprime mediante sentenze

⁵ Significative le posizioni di Cotta (1971, p. 182 ss.), che proprio da giurista cattolico attribuisce all’interprete, più che al legislatore, il compito di aggiornare il sistema normativo.

creative, che fanno della giurisprudenza una fonte di diritto, contro la regola costituzionale che vuole invece il giudice soggetto alla legge.

Si è sottolineato che «i giudici sempre più spesso ritengono di essere arbitri della “giustizia” e ciò fanno dando, nell’applicazione quotidiana, prevalenza ad interpretazioni, talora autenticamente creative, per adeguare il testo della legge (ingiusta) ai valori recepiti in Costituzione, spesso in nome del principio di eguaglianza sostanziale dettato dall’articolo 3 2 comma; e ciò senza passare per il vaglio della Corte Costituzionale» (Verde, 2012, p. 182)⁶.

Non si possono trascurare, sotto questo aspetto, nemmeno i tentativi di configurare l’interpretazione “creativa” come illecito disciplinare, in proposte di legge di qualche anno fa, poi abortite, perlomeno davanti alla constatazione dell’impossibilità di sanzionare un’interpretazione giudiziale che rispetti la regola posta dall’articolo 12 delle Preleggi (Romboli, 2004, p. 338 ss.)⁷.

Né la prospettiva cambia riferendo la fedeltà della legge al principio della separazione dei poteri. Qui non si può ovviamente tracciare un quadro delle questioni relative a questo assetto dello Stato moderno; si vuole invece mettere in luce come anche la prospettiva che guarda alla infedeltà del giudice come ad un attentato alla separazione dei poteri, tanto da far parlare di un passaggio dallo “Stato di diritto” allo “Stato di giurisprudenza”⁸ (Krynen, 2002, p. 219 ss.; Pimentel, 2007, p. 9 ss.), si pone in un’ottica ideologica, o, al meglio, di politica del diritto.

Anche qui occorre intanto chiarirsi, al di là delle affermazioni astratte sulla relazione che di fatto intercorre tra principio della separazione dei poteri e ruolo del giudice nella

⁶ Sulla stessa linea Valditara (2015), il quale, inoltre, chiaramente riconduce la questione ad una matrice culturale ed ideologica (p. 69 ss.), che affonda le sue cause anche nella politicizzazione della magistratura (p. 23 ss.) ed è propenso a ritenere l’interpretazione creativa come una interpretazione *contra legem* (p. 26 ss.).

⁷ La bibliografia sulla cosiddetta creatività della giurisprudenza è vasta. Ovviamente non può darsi qui riferimento completo ed esauriente a tutti gli studi disponibili. Il tema peraltro non necessariamente è oggetto di studi dedicati – ma tra questi ultimi basterebbe Ferrajoli (2018) –, in quanto tendenzialmente la questione è oggetto di analisi nell’ambito di ricerche di più vasto orizzonte, condotte su tempi comprensivi di quella, come l’interpretazione, la separazione dei poteri, il ruolo del giudice, l’argomentazione giuridica a via dicendo. Oltre a quelli discussi nel testo, si può far utile riferimento intanto agli scritti di Guastini (1993; 2011) ed inoltre a Pino (2013), Diciotti (1999), Bobbio (1977), Tarello (1980), McCormick (1978), Taruffo (2001), Villa (2018), Von Wright (1989). Di sicura utilità anche per i giuristi Mathieu-Poletti (1998), Eco (1990).

⁸ Sugli usi della formula “separazione dei poteri” e soprattutto sul legame di tale formula con la teoria dell’interpretazione, v. Barberis (2004, p. 1 ss.).

interpretazione, se è vero che del principio in questione possono darsi almeno tre versioni (Barberis, 2004, p. 2-8): una descrittiva, che si limita per l'appunto a descrivere come i poteri sono distinti tra loro, dalla quale non può ricavarsi un divieto di interpretazione “creativa” del giudice, poiché da una descrizione non si ricava una regola, dal modo di essere di un ordinamento non si ricava come deve operare uno dei poteri che lo compongono; una del bilanciamento dei poteri, che indica quale è la distribuzione ottimale delle funzioni perché si abbia ottimale bilanciamento, che non è affatto incompatibile con la produzione giudiziale di diritto, ma anzi, nell’ottica per l'appunto del bilanciamento, addirittura la promuove, come vedremo alla fine di questo scritto; la terza quella della separazione dei poteri in senso normativo, ossia come dottrina che prescrive che i poteri debbano essere separati, che esclude, sì, la produzione di diritto ad opera dei giudici, ma in un senso normativo, ossia nel senso «che afferma – non che i giudici *non producono diritto*, bensì – che i giudici *non debbano produrlo*» (p. 3).

Dunque, un problema di compatibilità tra principio della separazione dei poteri e “creazione” giudiziale del diritto può porsi solo in relazione a quest’ultima dottrina — normativa e non descrittiva — della separazione dei poteri.

Ma, anche in tal caso, serve evitare l’equivoco iniziale: il problema non è ideologico, ma epistemologico. È necessaria avvertenza che occorre capirsi su cosa si intende per creazione del diritto, e poi, di conseguenza, si dovrà ammettere la compatibilità tra separazione dei poteri e “creazione” giudiziale, semplicemente osservando che un conto è la creazione di norme da parte del legislatore, che è creazione di regole generali ed astratte, un altro è la “creazione” di norme da parte del giudice che invece è creazione di regole del caso concreto e questo basta ad evitare l’incompatibilità posto che il principio della separazione vieta al giudice di sostituirsi al legislatore nella produzione di norme astratte (Barberis, 2004, p. 17 ss.).

Si tratta dunque di affrontare la questione da un punto di vista epistemologico, prima ancora che ideologico.

3. La questione in termini epistemologici. Disposizione e norma

Secondo un particolare punto di vista, che sembra simile per alcuni versi al precedente inizialmente ricordato, ma che se ne discosta per l'angolo visuale non politico, ma filosofico, una sentenza, per essere giusta, non deve costituire la mera applicazione di un significato precedente, ossia di una regola di diritto precedente. Per essere giusta una decisione deve invece appropriarsi della regola preesistente, farla propria, confermarne il valore con un atto di interpretazione restauratrice, come se la regola preesistente non esistesse, ossia come se il giudice fosse lui a crearla: se la decisione si limita a ripetere il significato della legge, se consiste semplicemente nell'applicazione della regola data, potrà dirsi legale, conforme al diritto, ma non giusta⁹.

Tuttavia, questa funzione è paradossale: o il giudice segue ciecamente una regola preesistente, ed allora è un mero calcolatore, ripete, in una serie di casi, significati già dati e non fa giustizia, oppure crea la regola, interpretandola liberamente in funzione del caso, ed allora la sua decisione sarà arbitraria e quindi, allo stesso modo, per altri versi, allo stesso modo, ingiusta¹⁰.

Questo paradosso, o questa aporia, tra l'applicazione di una regola data e la creazione di una nuova regola presuppone un angolo visuale filosofico particolare e superato: quello (proprio di Frege ed Husserl) che identifica il significato in un ideale "essere in sé", puro oggetto del pensiero, a-storico ed a-temporale e distinto dai significati che, attraverso il riferimento ad una realtà empirica sono assegnati alla frase o al discorso nei vari contesti¹¹.

Secondo questa impostazione, un testo (compreso quello normativo) si intende attraverso la sola analisi del linguaggio, momento in cui si esaurisce il comprendere¹². Invece, lo

⁹ Derrida (1994, p. 12 ss., ma specialmente p. 47 ss.): «*Une décision qui ne ferait pas l'épreuve de l'indécidable ne serait pas une décision libre, elle ne serait que l'application programmable ou le déroulement continu d'un processus calculable. Elle se-rait peut-être légale, elle ne serait juste*» (p. 53).

¹⁰ In molti punti del testo Derrida parla di performativo, ossia di un linguaggio che produce effetti modificativi della realtà nel momento in cui è pronunciato e ritiene performativo il linguaggio che fonda e caratterizza l'interpretazione, in una particolare visione, dunque, della creatività: «*Le surgissement même de la justice et du droit, le moment instituteur, fondateur et justificateur du droit implique une force performative, c'est-à-dire toujours une force interprétative et un appel à la croyance*» (p. 32).

¹¹ Per un esame critico v. Habermas (1996, p. 21 ss).

¹² Ma v. la critica di Dummet (1983), secondo cui «l'analisi del linguaggio non ha nessuna stretta connessione con il comprendere» (p. 30).

vedremo meglio in seguito, l'analisi del linguaggio fornisce al testo una delimitazione di significati possibili che ha però bisogno di essere riferita ad un caso concreto ed i modi di questo riferimento sono rilevanti¹³.

Quel che merita qui osservare è che, ancora una volta, siamo un piano diverso da quello epistemologico, dal quale occorre guardare all'attività del giudice interprete.

Per meglio intendersi, da un punto di vista epistemologico che il giudice crei diritto vuol dire che pone una norma che nel contenuto non è identica ad alcun'altra e non può essere dedotta da alcun'altra (Bulygin, 1967, p. 164 ss.), ma questa definizione non è scontata e va chiarita.

Secondo un fortunato schema, sfruttato dagli analitici, altro è la disposizione, altro è la norma: quest'ultima è l'esito della interpretazione della prima¹⁴. Così, si propone di definire “disposizione” ogni enunciato normativo contenuto in una fonte di diritto e “norma” il contenuto di significato; conseguentemente, l'operazione che, partendo dalla disposizione, giunge alla norma, ossia che ricava la norma da una disposizione, è, per l'appunto, l'interpretazione (Guastini, 2011, p. 63 ss.). Detto in sintesi, ad ogni disposizione possono corrispondere più norme, sia in quanto in essa espressamente contenute, sia per l'ambiguità di significato della disposizione, ossia per il fatto che essa può intendersi in modi diversi (Guastini, 2011, p. 65 ss.), e, data questa sua ambiguità, può dunque portare ad affermare più norme compatibili con il suo testo. Conseguentemente possono esservi norme espresse, ossia che sono esplicitamente contenute in una disposizione (la prova della simulazione può essere data con ogni mezzo dai creditori, art. 1417 c.c.), ma possono anche esservi norme inesprese, che si ricavano per via interpretativa: l'analogia è un criterio di interpretazione che consente di ricavare una norma non espressa (diritto del comodatario ai miglioramenti della cosa data in comodato, non espressamente prevista) da una norma espressa (diritto del conduttore ai miglioramenti, art. 1592 c.c.)¹⁵.

¹³ Questa distinzione tra intendere un testo – attività secondo cui, specie per pensatori di matrice analitica, si esaurisce l'interpretazione – e comprendere invece un testo, in relazione al caso concreto, che più o meno corrisponde ad una visione ermeneutica dell'interpretazione, non sono poi così distanti. Non è questa la sede per un confronto. Mi pare sufficiente il rimando a Viola (1994, p. 63 ss).

¹⁴ Almeno in Italia la distinzione risale a Crisafulli (1964, p. 195 ss).

¹⁵ Sulla distinzione tra norme espresse e inesprese, v. Barberis (2019, p. 179 ss).

In questa prospettiva, dunque, l'interpretazione è quel procedimento con cui si ricava una norma da una disposizione; la norma è l'esito dell'interpretazione e non la precede.

Quando allora può dirsi creativa?

Per intenderlo, in questa prospettiva, occorre considerare l'intero processo interpretativo che, data una disposizione, vi ricava una norma: un primo momento sarebbe costituito dall'interpretazione cognitiva o scientifica, ossia il momento della attribuzione alla disposizione di una serie di significati possibili (la disposizione X può significare A, B, C)¹⁶. Più precisamente, l'interpretazione cognitiva, che sembra costituire il primo momento del processo interpretativo, consiste «nell'identificare, di un testo normativo, i diversi possibili significati (tenendo conto delle regole della lingua, delle diverse tecniche interpretative in uso, delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.), *senza sceglierne alcuno*» (Guastini, 2011, p. 27 ss.).

A questo momento segue l'interpretazione decisoria, che consiste nello «scegliere un significato determinato, scartando i rimanenti» (Guastini, 2011, p. 27 ss.). Se risulta più o meno chiaro il criterio della interpretazione cognitiva, ossia come si arriva ad attribuire ad una disposizione la cornice di significati possibili, vale a dire se è chiaro che in questo momento l'interprete ha dei criteri guida (lettera della disposizione, tecniche interpretative in uso, ecc.), non è però chiarissimo quale criterio debba guidare il giudice nella scelta, tra i significati possibili, di quello da riferire al caso concreto. Sappiamo che secondo Kelsen quella scelta è un atto di volontà e non di conoscenza ed in questo c'è già un elemento di creazione da parte del giudice, mentre secondo Bulygin la scelta tra i significati possibili si attua mediante deduzione, la norma è dedotta da uno dei possibili significati della disposizione ed il giudice giustifica questa deduzione mediante la motivazione, il che esclude che la decisione, se si mantiene nei termini di una deduzione motivata, si possa ritenere creativa (Bulygin, 1967, p. 170), tale essendo solo quella che non risulta da una motivata deduzione, ossia quella norma individuale, regola del caso concreto, che non è motivatamente dedotta da una norma generale.

¹⁶ Questa ricostruzione appartiene già a Kelsen (1960), che nel capitolo VIII descrive la disposizione come una cornice di significati all'interno del quale l'interprete sceglie quello da riferire al caso concreto.

Secondo Guastini, invece, la decisione è creativa quando il giudice sceglie un significato non compreso tra quelli identificabili in sede cognitiva (2011, p. 30 ss.).

Non è ovviamente possibile in questa sede una ricostruzione più accurata di queste tesi, ma mi pare si possa dire che, mentre nel primo caso (Kelsen, 1960) la decisione è di suo creativa, consistendo in un atto di volontà che porta il giudice a scegliere tra i significati consentiti dalla “cornice” quello che si adatta al caso; nel secondo caso (Bulygin, 1967) la decisione è creativa quando la norma particolare, ossia quella del caso, non è dedotta da una generale, come avviene ad esempio nell’interpretazione analogica; nel terzo (Guastini, 2011) la decisione è creativa quando adotta, per il caso concreto, un significato che non è tra quelli riconducibili alla norma secondo i criteri dell’interpretazione cognitiva.

4. L'approccio ermeneutico

V'è però un'altra prospettiva da cui guardare al giudice interprete ed è quella ermeneutica.

Essa condivide con la prospettiva prima richiamata (che, come si è visto, non è tipica solo degli analitici), l'idea secondo cui il testo non ha un unico significato, o comunque un significato univoco, né tanto meno quello dato dall'intenzione dell'autore (Ricoeur, 1989, p. 107 ss.), e, si può dire, è anche condivisa la tesi secondo cui, pur avendo o potendo avere un testo una pluralità di significati, non tutti sono compatibili con quel testo, la cui polisemia non è illimitata, essendovi vincoli che restringono lo spettro delle soluzioni ipotizzabili, ed in primo luogo il vincolo letterale e testuale, che è inteso come limite alla serie di possibili costruzioni di significato (Alexy, 1998, p. 170 ss.; Ricoeur, 1989, p. 32 ss.).

Dove la concezione ermeneutica si differenzia è nel modo di concepire sia la ricognizione dei significati del testo (quella che prima si è detta interpretazione cognitiva) sia la scelta dei significati da riferire al caso concreto.

Mentre nella prima prospettiva l'interpretazione cognitiva prescinde dal caso concreto e si opera seguendo le disponibili tecniche di interpretazione, per gli ermeneutici il significato

potenziale del testo è costantemente determinato dal contesto, dal caso concreto che condiziona l'assegnazione di senso alla norma (l'interpretazione cognitiva) e ne viene condizionato a sua volta, secondo quello che è noto come circolo ermeneutico¹⁷.

Un esempio può chiarire la differenza.

Un tale entra in un supermercato e, lanciando dell'acido muriatico addosso alla cassiera, si impossessa dei soldi: la questione è se la rapina sia aggravata dall'uso delle armi.

Il primo tipo di approccio risolve il caso dapprima individuando i significati che sono riferibili alla disposizione sull'aggravante, ed, in particolare, usando i criteri interpretativi conosciuti, individua quali siano i significati, possibili e compatibili con la disposizione, del termine "arma", così che la conclusione di questa ricognizione non potrà che essere negativa: né l'interpretazione letterale né quella sistematica, ossia facendo ricorso alle leggi speciali che definiscono o elencano cosa si intende per arma, è possibile dire che l'acido muriatico lo sia. Scelto dunque il significato della norma, ossia quello che fa coincidere l'arma con un oggetto espressamente ritenuto tale da una legge o con un oggetto che ha l'attitudine ad offendere, o entrambi, si conclude che la norma così individuata, ossia attraverso la ricognizione dei possibili significati della disposizione non si applica al caso.

Questa impostazione positivista considera momenti separati, da un lato, l'interpretazione della norma – che si svolge nei due momenti della interpretazione cognitiva e della interpretazione pratica, ossia della ricognizione dei significati ascrivibili al testo e della scelta di uno di essi – e, dall'altro lato, la ricostruzione del caso concreto. Sulla interpretazione della norma non esercita alcuna influenza la concreta vicenda.

Invece la teoria ermeneutica ritiene impossibile intendere la norma senza una "precomprensione" del caso, ad esempio, senza chiedersi se l'acido muriatico, *in quel caso*, sia stato usato proprio come arma: se l'interpretazione della disposizione, vale a dire del concetto di arma, è fatta attraverso questo condizionamento, ossia influenzando la cognizione del testo in base alla precomprensione del caso, il risultato può cambiare.

¹⁷ La letteratura è ovviamente vastissima, ma per una efficace difesa della "circolarità nella individuazione del diritto", basti il riferimento a Kaufmann (2003, p. 115 ss).

Si intende allora che il momento di creatività insito nel circolo ermeneutico non è nella creazione di una norma nuova, ma è nella sostituzione di una espressione della regola ad un'altra¹⁸, tenendo tuttavia fermo che la funzione paradigmatica del testo *garantisce l'identità della norma nella molteplicità delle interpretazioni*, oltre che garantire la distinzione tra produzione ed applicazione della norma, tra legislazione e giurisdizione.

In altri termini, il significato attribuito ad una disposizione in vista di un caso concreto diventa "norma" solo in quel caso, così che ogni altra applicazione di quella norma richiede una nuova interpretazione, essendo nuovo e diverso il caso cui va applicata (Ascarelli, 1969, p. 140 ss.; Mengoni, 1996, p. 16 ss.). Quella norma del caso concreto diventa, a sua volta, testo suscettibile di interpretazione future, in quanto precedente, con il quale le successive decisioni devono confrontarsi in un modo che il conflitto interpretativo è conflitto di norme.

5. Creatività ed etica pubblica

Una sintetica conclusione può trarsi.

La questione della creatività della interpretazione giudiziale è una questione prevalentemente se non esclusivamente epistemologica; vederla sotto l'aspetto della politica del diritto o sotto una qualche indicazione ideologica è fuorviante e porta, come si è visto, ad indicare come creative decisioni che costituiscono errori o che, per contro, rimangono nell'ambito dei plausibili significati del testo.

¹⁸ Penso di fare scandalo se, a sostegno di una conclusione propria della teoria ermeneutica, cito, a dimostrazione di quanto si va dicendo, persino Wittgenstein (2009), n. 201: «Il nostro paradosso era questo: una regola non può determinare alcun modo d'agire, poiché qualsiasi modo d'agire può essere messo d'accordo con la regola. La risposta è stata: Se può essere messo d'accordo con la regola, potrà anche essere messo in contraddizione con essa. Qui non esistono, pertanto, né concordanza né contraddizione. Che si tratti di un fraintendimento si può già vedere dal fatto che in questa argomentazione avanziamo un'interpretazione dopo l'altra; come se ogni singola interpretazione ci tranquillizzasse almeno per un momento, finché non pensiamo a un'interpretazione che a sua volta sta dietro la prima. Vale a dire: con ciò facciamo vedere che esiste un modo di concepire una regola che non è un'interpretazione, ma che si manifesta, per ogni singolo caso d'applicazione, in ciò che chiamiamo "seguire la regola" e "contravvenire ad essa". Per questa ragione esiste una tendenza a dire che ogni agire secondo una regola è un'interpretazione. Invece si dovrebbe chiamare "interpretazione" soltanto la sostituzione di un'espressione della regola a un'altra».

Per contro, l'idoneità ad innovare il sistema dei precedenti significati, propria della giurisprudenza, nei termini in cui si è visto sopra, non va confusa in un unico discorso con ciò che modernamente si chiama “giurisdizionalizzazione” di sempre più settori della vita pubblica e privata, ossia della tendenza ad affidare ai giudici la soluzione di conflitti che in passato erano risolti dalla politica o da altri sistemi normativi (Hirschi, 2004; Tape e Valinder, 1995).

È questo un fenomeno che, da un lato, ha cause che non sono ovviamente nella distorsione della funzione giudiziaria, ma semmai in quella di altre, e che, per altro verso, ha posto i giudici nella necessità di decidere su casi il più delle volte non disciplinati e dunque inevitabilmente a “creare” la regola, facendoli in tal modo apparire usurpatori della funzione legislativa¹⁹. È successo con un intero settore dell'etica pubblica, quello della bioetica, dove i giudici sono stati investiti del giudizio su casi non disciplinati, dallo statuto dell'embrione fino all'eutanasia (Cricenti, 2017), e dove questa loro giurisdizione è apparsa, per l'appunto, a molti creativa, ma solo se le cose si guardano dal punto di vista non epistemologico, come si è messo in luce fino ad ora²⁰.

Allo stesso modo può dirsi nel diritto penale, dove, se è vero che l'etica pubblica tende sempre di più a coincidere con il sistema delle fattispecie di reato (Donini, 2014, p. 34 ss.), è pur vero che l'affermazione di questo modello poco ha a che fare con la creatività delle Corti e molto ne ha invece con un processo incontrollato di sostituzione di un sistema normativo, quello penale, ad un altro, quello morale, favorito oltre che dai processi politici imbelli – e lo dimostra il fatto che alle preoccupazioni sulla invenzione pretoria del concorso esterno in associazione mafiosa non ha fatto seguito alcun aggiustamento normativo – dalla stessa esclusività della regola giuridica rispetto alle altre.

In conclusione, se l'etica pubblica è oggi, in una misura non accettabile, governata dai giudici, ciò avviene per un difetto di bilanciamento dei poteri e non per la prevaricazione dell'uno sull'altro: nella discussione se sia bene affidare determinate materie al legislatore,

¹⁹ Si veda il caso Englaro, Cass. 21748 / 2007, su cui è stato, per l'appunto, sollevato conflitto di attribuzione (Corte cost. n. 334 del 2008, che lo risolve negativamente).

²⁰ Significativamente Rothmayr e L'Esperance (2007, p. 191 ss.), dove si prospetta la tesi di una incidenza delle Corti in Canada, Svizzera e Stati Uniti, sulle politiche pubbliche in materia di bioetica.

anziché lasciarle alla regolamentazione delle Corti – soluzione, quest'ultima, caldeggiata da chi vede nella decisione giudiziaria uno strumento più duttile, una soluzione non definitiva e dunque sempre suscettibile di revisione – non c'è che una terza via, che vede il legislatore attento ad integrare la regola del caso, quando ve ne sia bisogno ad impedire che si universalizzi in un modo non desiderato.

Bibliografia

- Alexy R. (1998). *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Ascarelli T. (1969). Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. In Ascarelli T., *Problemi giuridici*, I, Milano: Giuffrè.
- Barberis M. (2019). Lo que los juristas no dicen. Norma no expresadas y despositivización. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 9: 179. DOI: 10.35292/ropj.v9i11.6.
- Barberis M. (2004). Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. In Comanducci P., Guastini R., a cura di, *Analisi e diritto 2004*. Torino: Giappichelli.
- Barcellona P., a cura di (1973). *L'uso alternativo del diritto*. I-II. Roma-Bari: Laterza.
- Bobbio N. (1968). Quale giustizia o quale politica? *Il Ponte*, 12: 1437.
- Bobbio N. (1977). *Dalla struttura alla funzione*. Roma-Bari: Laterza.
- Bulygin E. (1967). Sentenza giudiziaria e creazione di diritto. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1: 165.
- Cossutta M. (2011). *Interpretazione ed esperienza giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*. Trieste: Eut.
- Cotta S. (1971). *La sfida tecnologica*. Bologna: il Mulino.
- Cricenti G. (2017). *I giudici e la bioetica*. Roma: Carocci.
- Cricenti G. (2006). Intenzione del legislatore e cultura dell'interprete. In margine ad una recente decisione in materia di procreazione assistita. *Rivista di diritto civile*, 2: 405.
- Crisafulli V. (1964). Disposizione e norma. *Enciclopedia del Diritto*, XIII. Milano: Giuffrè.

- De Giovanni B. (1973). Significato e limiti del riformismo giuridico. In Barcellona P., a cura di, *L'uso alternativo del diritto*, I-II. Roma-Bari: Laterza.
- Derrida J. (1994). *Force de loi*. Paris: Galilee.
- Diciotti E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli.
- Di Majo A. (1973). Proposte per un avvio di discorso teorico sull'“uso alternativo” del diritto. In Barcellona P., a cura di, *L'uso alternativo del diritto*, I-II. Roma-Bari: Laterza.
- Donini M. (2014). *Il diritto penale come etica pubblica*. Modena: Mucchi.
- Dummet M. (1983). *Filosofia del linguaggio. Saggio su Frege*. Casale Monferrato: Marietti.
- Eco U. (1990). *I limiti dell'interpretazione*. Bompiani: Milano.
- Fassò G. (1972). Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà sociale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1: 897.
- Ferrajoli L. (1973). Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria. In Barcellona P., a cura di, *L'uso alternativo del diritto*, I-II. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli L. (2018). *Contro il creazionismo giudiziario*. Modena: Mucchi.
- Guastini R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Guastini R. (2011). *Interpretare ed argomentare*. Milano: Giuffrè.
- Habermas J. (1996). *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Bari: Laterza.
- Hirschl R. (2004). *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Kaufmann A. (2003). *Filosofia del diritto ed ermeneutica*. Milano: Giuffrè.
- Krynen J. (2002). *L'État de Justice. France. L'emprise contemporaine des juges*. Paris: Gallimard.
- Lombardi Vallauri L. (1974). *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofico-giuridica*. Firenze: Teorema.
- Mathieu V., Poletti L. (1998). *Il problema della fedeltà ermeneutica*. Armando: Roma.
- McCormick N. (1978). *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Mengoni L. (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè.

- Nicolò R. (1993). *L'esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquant'anni*. In Nicolò R., *Raccolta di Scritti*, III. Milano: Giuffrè.
- Pimentel C.M. (2007). De l'État de droit à l'État de jurisprudence? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs. In Pariente A., a cura di, *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*. Paris: Dalloz.
- Pino G. (2013). Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1: 77.
- Ricoeur P. (1989). *Dal testo all'azione*. Milano: Jaka Book.
- Rodotà S. (1973). Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati nell'intervento pubblico. In Barcellona P., a cura di, *L'uso alternativo del diritto*, I-II. Roma-Bari: Laterza.
- Romboli R. (2004). Sul progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario. *Quaderni costituzionali*, 2: 362. DOI: 10.1439/13497.
- Rothmayr C., L'Esperance A. (2007). Le recours à la justice pour le patients chercheurs et groupes religieux dans le domaine de la biomedicine. In Commaille J., Kaluszynski M., eds., *La fonction politique de la justice*. Numero speciale di *Sociologie du travail* [En ligne], 51 : 2. DOI: 10.4000/sdt.16665.
- Santoro Passarelli F. (1988). Quid ius? In Santoro Passarelli F., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*. Napoli: Jovene.
- Scarpelli U. (1968). L'educazione del giurista. *Rivista di diritto processuale*, 1: 1.
- Scarpelli U. (1970). I magistrati e le tre democrazie. *Rivista di diritto processuale*, 3: 646.
- Tape C.N., Valinder E.T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Tarello G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè: Milano.
- Taruffo M. (2001). *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1: 11.
- Valditara G. (2015). *Giudici e legge*. Roma: Pagine editore.
- Verde G. (2012). *Il difficile rapporto tra giudice e legge*. Napoli: ESI.

- Villa V. (2018). La distinzione tra disposizione e norma nella teoria giuridica di Tarello. *Diritto e questioni pubbliche*, 1: 225.
- Viola M. (1994). La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto. In Jori M., a cura di, *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Torino: Giappichelli.
- Von Wright G.H. (1989). *Norma e azione*. Bologna: Il Mulino.
- Wittgenstein L. (2009). *Ricerche filosofiche*. Torino: Einaudi.
- Zaccaria G. (1979). L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto. *Rivista di diritto civile*, 6: 603.