

V

IL RUOLO DEL GIUDICE  
NELL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

MARIO DOGLIANI \*

1. A Bologna, organizzato dalla casa editrice il Mulino, si è tenuto recentemente un seminario sullo stesso tema che stiamo qui oggi trattando. L'andamento di quel seminario mi colpì molto: la gran parte dei presenti – studiosi di primissimo livello – considerava ciò che è accaduto in questi anni, nella legislazione e nella discussione pubblica, a proposito del ruolo dei giudici e della riforma dell'ordinamento giudiziario, come una mera regressione; come il portato di una cultura vecchia o sbagliata, o misera. La critica svolta era sostanzialmente solo parentetica: è stata aperta una parentesi, la nostra cultura, sostenuta dai nostri studi sull'ordinamento giudiziario, è stata spazzata via dagli Hyksos, sono arrivati i barbari ... ma la parentesi potrà essere chiusa; e ciò che dicevamo è, e continua ad essere, giusto. La riforma dell'ordinamento giudiziario in atto, dunque, ivi compreso il tentativo – sopra ogni altra disciplina, sintomatico – di sottoporre ad un controllo disciplinare l'attività interpretativa, veniva così imputata ad un'interruzione verificatasi nella cultura giuridica, ad un regresso, ad una sopravvenuta barbarie.

Non ritengo sia del tutto giusto fermarsi a giudizi di questo tipo, perché bisogna saper vedere, nelle vicende della storia e della politica, dei sintomi di fenomeni più profondi. Il fatto che si sia progettata, e in parte – e, ammettiamo pure, forse solo provvisoriamente – realizzata una riforma dell'ordinamento giudiziario incardinata sull'idea che il giudice è la bocca della legge, che deve essere la bocca della legge, e che se non è la bocca della legge è un giudice che sbaglia, è un giudice che usurpa una funzione non sua, che lede i diritti del

---

\* *Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Torino.*

popolo sovrano... il fatto stesso – dicevo – che sia stato possibile progettare e approvare – ad opera di una larga maggioranza parlamentare, composta di forze politiche che hanno un larghissimo seguito nel paese – una riforma di questo tipo, è evidente sintomo del fatto che persistono, nell’opinione pubblica (ma anche nell’opinione colta e in parte dell’opinione specialistica) i presupposti affinché una riforma di questo tipo possa essere pensata come suscettibile di essere condotta con successo. Se una riforma tesa a presentare il giudice come un soggetto che deve svolgere un’attività pressoché integralmente vincolata, controllabile non solo nei gradi successivi di giurisdizione, ma anche in sede disciplinare (data l’oggettiva e immediata conoscibilità dei vincoli); se una riforma improntata all’idea del giudice come applicatore passivo di una legge chiara e autoevidente ha potuto essere progettata, e in parte realizzata, significa che l’idea che il giudice servitore della legge, esecutore della legge, applicatore passivo della legge... è un’idea ancora viva, è un’idea alla quale ci si può ispirare per condurre una martellante campagna di opinione pubblica e parlamentare. Un’idea certo giudicata come sbagliata (ed anzi, falsa) da alcuni circoli intellettuali e da alcuni settori del mondo giuridico: settori che sono certamente maggioritari tra i professori, ma che non è affatto detto lo siano tra gli avvocati e gli stessi magistrati.

Se un’idea giudicata falsa dalla parte più riflessiva e sofisticata dei giuristi è giudicata invece come buona e giusta da una parte rilevante dell’opinione pubblica, ed espressiva del tipo di giudice che vorrebbe avere ed in cui riporrebbe la propria fiducia, è non solo opportuno, ma assolutamente necessario e urgente, chiedersi se alcune idee correnti sul ruolo del giudice, e prima ancora sul ruolo dell’interpretazione e della scienza giuridica, non abbisognino di qualche messa a punto.

L’ordinamento giudiziario, così com’è organizzato, che idea di giudice presuppone? Ma prima ancora: il ruolo della giurisdizione e del controllo di costituzionalità, che idea di giudice, di interpretazione e di scienza giuridica presuppongono?

2. Com’è noto, fino alla metà del Novecento è stata dominante l’idea secondo la quale il diritto scritto è composto da un insieme di enunciati (o disposizioni) che hanno uno e un solo significato vero; e che quest’unico significato vero può essere attinto dall’attività interpretativa del giudice, presentata come un’attività di tipo conoscitivo. Interpretare il diritto è conoscere il significato incorporato nei testi, che preesiste all’interpretazione, come un oggetto dato, come un insieme di concetti già formulati; oppure conoscere la volontà del legislatore, anch’essa incorporata nei testi e intesa anch’essa come un dato oggettivo.

vo, come un atto di volontà già formulato. Questo è il nucleo della tesi cognitivista, o formalistica. Oggi i filosofi del diritto ritengono che questa tesi non sia una teoria, ma una dottrina: non una rappresentazione di ciò che i giudici (ma in genere gli interpreti) fanno, ma di ciò che essi dovrebbero fare, o, meglio, di ciò che sarebbe desiderabile che essi potessero fare. Quest'ultima precisazione dimostra che il formalismo è piuttosto un'ideologia: una tesi sulla legittimazione del giudice e, prima ancora, del diritto; ma anche una tesi che presenta margini di ambiguità e che è servita a porre il presupposto, seppur indiretto, per praticare il controllo politico sui giudici. Torneremo più avanti sull'alternativa dottrina/teoria. Per ora accontentiamoci di notare che la tesi per cui il diritto è composto da un insieme di disposizioni le quali hanno un unico significato esatto, giusto, corretto e che la scoperta di questo significato giusto, corretto è l'esito di un'attività di tipo conoscitivo, che si svolge secondo le regole controllabili (attraverso una attività, ovviamente, sempre di carattere cognitivo) della logica giuridica, ha avuto importantissime conseguenze ordinamentali. Innanzi tutto è stata il fondamento della burocratizzazione dell'attività giudiziaria. Parificando i giudici agli esperti di una tecnica (di una qualunque tecnica) ha posto le basi per accomunare il loro *status* a quello di tutti i funzionari pubblici (che nell'ottica dello stato legale-razionale sono applicatori di tecniche selezionati sulla base del loro sapere). Se l'interpretazione e l'applicazione del diritto è un'attività analoga all'ingegneria ferroviaria, non c'è ragione per cui lo status dei giudici sia diverso da quello degli ingegneri delle ferrovie. Ma questa parificazione mostra il suo lato ideologico (intendendo qui "ideologia" come occultamento della realtà per interessi di potere) nel momento in cui la "correttezza" dell'esercizio dell'attività giudiziaria viene garantita non solo attraverso la tecnica nomofilattica interna del giudizio di cassazione, ma attraverso i ben più diretti e brutali meccanismi indiretti del controllo governativo sulle carriere. Non è il caso di intrattenersi su questo punto, perché è a tutti noto come la "nullificazione" del potere giudiziario – auspicata da Montesquieu affinché i cittadini temessero le leggi e non i giudici (laddove il giudice dell'*ancien régime* era paventato come una figura arbitraria) – sia stata attuata dallo stato liberale non istituendo giurie temporanee e giudici vaganti, ma facendo dei giudici un corpo di funzionari dello stato sottoposti a quel potente strumento di omologazione e disciplinamento che è il controllo delle carriere: la discrezionalità ministeriale in materia di nomine, promozioni, trasferimenti... Di qui la doppiezza di un ordinamento che, da un lato, diceva di presupporre l'attività interpretativa come un'attività cognitiva, e quindi controllabile nell'esattezza del suo svolgersi; ma che, dall'altro, affidava il raggiungimento dell'uniformità giurisprudenziale non tanto al rispetto delle regole proprie di tale attività, ma all'esercizio della forza amministrativa nel condizionare i giudici.

Questo meccanismo è stato scardinato dalla nostra Costituzione con l'introduzione del Consiglio Superiore della Magistratura: novità che costituisce – questo è il punto che vorrei sottolineare – un altissimo atto di omaggio al cognitivismo giuridico autorappresentantesi come teoria. Il cognitivismo viene assunto, se così si può dire, al suo stato puro (intellettualmente e moralmente), e viene depurato del suo profilo cinico-ideologico. Eliminare in radice il meccanismo amministrativo di controllo è stato possibile, infatti, perché si aveva fede nel fatto che l'attività giudiziaria, perfettamente libera da vincoli autoritativi e amministrativi, si sarebbe dispiegata come un'attività produttiva di certezza. E avrebbe prodotto certezza proprio perché si sarebbe dispiegata come un'attività sorretta solo da regole di carattere logico: dalle regole poste da una scienza che avrebbe garantito la buona amministrazione del diritto. In questo senso si è trattato di un atto di fiducia estrema: vengono decapitati i poteri di controllo esterno perché si è convinti che il diritto come “giurisprudenza scientifica” potrà esprimersi liberamente, non solo garantendo gli stessi risultati di certezza, ma garantendoli davvero, e meglio, non essendo più inquinato dalle intromissioni usurpatrici del governo. La Costituzione del '47, dunque, e le norme sull'ordinamento giudiziario che ad essa si ispirano, possono essere viste come un monumento eretto alla scienza del diritto intesa come scienza cognitiva, al carattere conoscitivo dell'interpretazione del diritto, alla forza delle regole che disciplinano questa attività umana.

3. Nel giro di pochi anni, nel decennio che va dai primi anni Cinquanta ai primi anni Sessanta lo scenario culturale cambia radicalmente.

Alle teorie cognitivistiche vengono contrapposte teorie scettiche ed eclettiche, espressive di un movimento di pensiero che ha la sua più elaborata formulazione in tre opere: *On Law and Justice*, di Alf Ross (1952), *Reine Rechtslehre*, di Hans Kelsen (1960) e *The Concept of Law*, di Herbert L.A. Hart (1961). Questi studi hanno formulato compiutamente non tanto la distinzione tra enunciato e significato (di per sé implicita in ogni concezione riflessiva di un ordinamento che conosca il diritto scritto), ma la tesi della non biunivocità della relazione tra l'uno e l'altro (riprendendo suggestioni che – da fine Ottocento, e nei primi decenni del Novecento – erano state avanzate dalla scuola del diritto libero e poi dal decisionismo). Questa tesi ha sconfitto l'idea secondo la quale l'interpretazione, inclusa quella giudiziale, è atto di conoscenza del significato dei testi normativi (inteso o come contenuto concettuale o come intenzione dell'autorità che quei testi ha prodotto), e conseguentemente l'idea secondo la quale ogni testo normativo ha un solo significato vero ed ammette una sola interpretazione corretta.

Molto lontano da queste conclusioni porta la teoria della non biunivocità tra enunciato e norma. Da essa consegue, infatti, una concezione dell'interpretazione come attività di decisione, o di ascrizione. Non è possibile qui intrattenersi sulla variante estrema della teoria scettica (secondo la quale prima dell'interpretazione non esiste alcun significato) se non per rilevare come essa finisce per negare qualunque efficacia vincolante al diritto scritto, per cui tutto il diritto si ridurrebbe alle decisioni dei giudici. Tesi estrema – che segnerebbe il fallimento del tentativo, consapevolmente perseguito da quasi tre millenni, di fissare il diritto con la scrittura – che va respinta non solo perché rende impossibile distinguere tra espressioni significanti ed espressioni prive di qualsivoglia significato, ma perché è inapplicabile al diritto che istituisce gli organi costituzionali: la produzione legislativa del diritto sarebbe impossibile se i componenti del Parlamento non “conoscessero” le regole istitutive dell'organo rappresentativo e l'interpretazione giudiziaria (presunta fonte di tutto il diritto) non potrebbe esistere se i giudici non “conoscessero” le regole istitutive dei loro uffici (Guastini, Barberis).

L'affermazione secondo la quale prima dell'interpretazione non esiste “un solo” significato equivale a dire che tutti gli enunciati presentano una cornice determinabile di significati possibili. L'attività decisoria, o ascrittiva, dell'interprete si svolge, dunque, una volta che egli abbia acquisito i risultati di una previa attività cognitiva, oggetto della quale è, appunto, il significato nella sua dimensione aperta a più determinazioni possibili. Il punto è molto importante giacché sottolinea come le regole linguistiche – e le definizioni elaborate dalla cultura giuridica – circoscrivano un'area di significati possibili, o tollerabili, che vincola, loro tramite, l'interprete.

4. Si è prima accennato al fatto che i modi di concepire l'interpretazione (le tesi che su di essa sono state formulate) possono essere teorie o dottrine (o dottrine travestite da teorie). Sono teorie se mirano a descrivere ciò che l'interpretazione è, e dunque ciò che gli interpreti fanno. Sono dottrine se mirano a prescrivere ciò che l'interpretazione dovrebbe essere, e dunque ciò che gli interpreti dovrebbero fare. Sono dottrine travestite da teorie se fingono di descrivere ciò che l'interpretazione è, e ciò che gli interpreti fanno, ma in realtà prescrivono ciò che l'interpretazione dovrebbe essere, e ciò che gli interpreti dovrebbero fare. Le teorie, conoscitive, sono composte di proposizioni suscettibili di essere giudicate in termini di vero/falso, mentre le dottrine, normative, sono suscettibili solo di giudizi di valore/disvalore intorno alle prescrizioni che formulano. La precisazione è importante perché per i giuristi è vitale rispondere al quesito: il cognitivismo interpretativo è una teoria insostenibile o una dottri-

na (travestita da teoria) da (disvelare in quanto tale, ma da) continuare a prendere sul serio per il problema cui tenta di rispondere?

Attribuire al cognitivismo l'idea che tutti gli enunciati abbiano un significato unico, ed autoevidente, sarebbe imputargli troppa ingenuità, e costruire un bersaglio di comodo. Non si può ipotizzare che abbia ignorato che, scorrendo qualunque repertorio di giurisprudenza, balzano agli occhi differenti interpretazioni, sincroniche e diacroniche. Né che abbia ignorato come la scienza del diritto – rendendo palesi, attraverso la discussione scientifica, per natura pubblica, le diverse possibilità interpretative – abbia sempre presupposto il fatto che l'interpretazione sia un'attività che comporta una scelta tra più opzioni possibili. A fronte di queste osservazioni si potrebbe chiudere la discussione dicendo che il cognitivismo è in realtà una dottrina travestita da teoria. Questo spostamento di piano implica due passaggi. Il primo consiste nel sottolineare che il vero cuore del formalismo non è una teoria degli enunciati (non afferma che gli enunciati sono chiari), ma una teoria dell'interpretazione (afferma che l'interpretazione è un'attività sottoposta a vincoli logici il cui rispetto è, anche giuridicamente, dovuto). Il contrasto tra formalismo e scetticismo (nelle sue diverse versioni) si verrebbe dunque a configurare in questi termini: che per quest'ultimo le tecniche interpretative (gli argomenti) sono solo le giustificazioni che, *ex post*, sorreggono e rendono accettabile la decisione ascrivibile effettuata, e come tali sono oggetto di descrizione, mentre per il primo sono percorsi obbligati dello scegliere, e come tali sono oggetto di prescrizione. Fin qui il formalismo sarebbe ancora una teoria cognitiva dell'interpretazione, perché consisterebbe in un discorso descrittivo di regole e della loro applicazione, intesa come un'attività che conduce ad esiti (logicamente) dovuti.

Più che la distinzione tra disposizione e norma, è la critica alla possibilità di configurare la teoria dell'interpretazione come una teoria (logicamente) vincolante che è risultata esiziale per il cognitivismo. Se in esso si può vedere una ricapitolazione dei fondamenti della cultura giuridica che è stata dominante dagli inizi dell'Ottocento, si deve però riconoscere che questa stessa cultura ha posto le basi per la propria smentita. Una volta accolti come idonei a sostenere le conclusioni interpretative i numerosi argomenti, o canoni, ricevuti dalla tradizione (anche trasformando in interpretativi quelli che, nella lunga storia dell'*interpretatio*, erano sorti come produttivi) (Tarello), una volta cioè ammesso, in sede scientifica, un catalogo di argomenti ben più ampio di quello che, *in extremis*, l'art. 12 delle preleggi ha ancora voluto sancire (con scarse indicazioni che appaiono una reazione volontaristica all'irrisolto conflitto tra ideologia e prassi, già pienamente disvelato), era inevitabile che l'edificio del cognitivismo crollasse in sede teorica. Per sostenerlo si sarebbe, infatti, dovuto dimostrare l'esistenza di criteri idonei a gerarchizzare gli argomenti: si sarebbe cioè dovuto

dimostrare che l'utilizzazione, in concreto, di ogni argomento è preceduta dall'esistenza di una regola che ne impone, in quel caso, la scelta. Ma è un'impresa impossibile; e questa impossibilità, di dimostrare come dovuta la scelta di un argomento a preferenza di un altro, dimostra che essa è guidata dalla necessità di giustificare la scelta di una determinata interpretazione a preferenza di un'altra: dunque, dimostra il carattere decisorio dell'interpretazione medesima.

Accertata la sconfitta del cognitivismo come teoria, per sostenere che si tratta in realtà di una dottrina bisogna chiarire in che senso esso consista in una serie di prescrizioni. Chiarimento che potrebbe spiegare anche perché, alla sconfitta del cognitivismo sul piano teorico, non abbia affatto corrisposto una sua sconfitta sul piano pratico, e cioè nella *communis opinio* di giudici, avvocati e studiosi cd. positivi. Ma prima di affrontare questo tema è opportuno completare l'esposizione dei modi con cui il termine "interpretazione" viene inteso dalle teorie che potrebbero essere definite "non pure", o "inclusive", o anche, sotto diverso aspetto, "istituzionali".

5. Si tratta di definizioni che possono essere riferite a procedimenti diversi. Innanzi tutto a quello che consiste nell'attribuire un particolare "rilievo" o "valore" ad una fonte, sia essa concreta o tipica. Valore che può essere inteso come conseguenza di una scelta assiologica effettuata all'interno di un pantheon di credenze morali, o di un universo di ideologie politiche, oppure come conseguenza dell'attribuzione di un "posto" all'interno di uno schema concettuale articolato (di una dogmatica). Se viene intesa come l'esito di un giudizio scientifico, rientra nel consueto procedimento consistente nell'utilizzare, nel corso dell'interpretazione, concetti prodotti dalla dogmatica per qualificare gli oggetti delle opzioni in gioco. In questo caso non individua un modo autonomo di concepire l'interpretazione, perché l'elaborazione dei concetti scientifici, per quella parte in cui essi consistono nella generalizzazione di contenuti di disposizioni, presuppone che le disposizioni medesime siano già state interpretate; e l'applicazione di tali concetti nel corso dell'interpretazione presuppone che per lo meno la cornice di significati possibili delle disposizioni interpretande sia già stata determinata. Sfugge a questa obiezione l'ipotesi in cui la collocazione dogmatica sia riferita ad una fonte tipica, perché tale operazione può prescindere dai contenuti di quest'ultima, ma dipendere unicamente da modelli dottrinali (ad esempio, la nozione di costituzione dal modello "costituzionalismo"; quella di legge dal modello "stato di diritto" e "forma di governo parlamentare"...). In questo caso è anche difficile distinguere se l'attribuzione di un particolare "rilievo" discenda da un giudizio scientifico o da un giudizio di valore (incorpo-

rato nel modello): ma sta proprio nell'attraversamento di questo confine l'interesse di questo modo di concepire l'interpretazione. Se viene inteso nel senso che l'interpretazione dei testi normativi richiede necessariamente la "comprensione" dei valori presupposti (dal loro contenuto e dalla loro forma tipica), allora esso rappresenta una forma particolare di cognitivism, oggi sostenuta dal cd. neocostituzionalismo. Secondo questo modo di vedere i significati che l'interprete non ascrive, ma scopre, sono i principi etico-politici, o di "morale istituzionale", presupposti dai documenti normativi: principi che costituiscono la causa e il parametro dell'eccezione di incostituzionalità e che guidano (sono in grado di guidare) l'interpretazione degli enunciati in modo stringente, facendo rivivere il dogma cognitivista.

Il termine interpretazione può essere infine inteso, nel suo più ampio significato, come ricerca delle norme vigenti applicabili ad un caso concreto finalizzata alla scelta della norma da concretizzare per risolverlo. L'insieme di queste attività potrebbe essere descritto in termini di circolo ermeneutico, ma qui ci limitiamo ad enumerare le funzioni, ulteriori all'attribuzione di senso ad un testo dato, che questa definizione immette nel concetto d'interpretazione saldandolo con quello di applicazione. Funzioni che consistono: nel rilevare tutte le norme applicabili al caso (il che implica non solo censire tutti i significati di un enunciato dato, ma individuare tutti gli enunciati dai quali sia possibile ricavare una norma applicabile al caso); nell'accertare la validità delle fonti che contengono tali enunciati; nel risolvere le antinomie (anche potenziali, decidendo se evitarle, o no, preventivamente, attribuendo agli enunciati significati non antinomici; e, se no, applicando il criterio risolutore); nell'integrare le lacune (anche potenziali, decidendo se evitarle, o no, preventivamente, attribuendo agli enunciati significati non generatori di lacune; e, se no, applicando il criterio integratore, che può condurre alla produzione di una norma non consistente in un significato attribuibile ad un enunciato rinvenibile in una fonte valida); nel formulare, infine, la norma applicabile al caso.

Le due definizioni d'interpretazione sopra descritte – che sono concettualmente distinte, ma che possono essere sostenute congiuntamente – potrebbero essere definite come "istituzionali" perché tendono a sottolineare la responsabilità dell'interprete nei confronti del contesto in cui opera. Preoccupate del rischio che la filosofia del diritto, nella ricerca dell'estrema oggettività analitica, finisca per consegnare all'arbitrio l'interpretazione, cercano di saldarla o ad un sistema di valori presupposti (cui l'interprete deve fare riferimento esplicito e consapevole, com'è nella prima tesi esposta) o a una fitta rete di concetti dogmatici (a loro volta incorporanti valori, cui l'interprete fa riferimento anche in modo irriflesso e implicito, com'è nella seconda). A proposito di quest'ultima, è evidente, infatti, che il motivo per cui si unificano in un solo procedimento



interpretazione e applicazione sta nel sottolineare come l'attribuzione di significato alla disposizione sia vincolata da tutta la successiva serie di operazioni che l'applicazione comporta, fortemente condizionate, queste ultime, dalle tradizioni culturali e dalle opzioni di valore incorporate nei concetti dogmatici. Il riferimento ai valori è qui mediato e quanto più possibile oggettivo: i valori sono quelli istituzionalizzati nella scienza giuridica. A proposito della prima tesi, è altrettanto evidente che il motivo per cui si sostiene che l'interpretazione è un'attività che acquista il suo significato genuino solo se è svolta per dare soluzione ad una specifica controversia sta nell'introdurre come criterio guida dell'attività interpretativa l'interrogativo "di giustizia" che il caso concreto pone all'interprete (Zagrebelsky). Il nesso tra attività ascrivibile e valori è qui apertamente conclamato, ed è oggettivo solo se questi ultimi vengono intesi come un qualcosa di simile ai contenuti di una consuetudine (MacCormick).

6. Nel linguaggio della dottrina italiana la distinzione tra enunciato, oggetto dell'interpretazione, e significato, esito dell'interpretazione, viene comunemente espressa con la coppia di termini: disposizione/norma. Nell'uso corrente – non solo delle corti e del foro, ma anche degli studiosi – il termine "norma" viene però tuttora utilizzato anche per indicare la disposizione. Questa persistente confusione è tanto più sorprendente in quanto la necessità di tener ferma la distinzione tra i due termini non deriva soltanto da un'esigenza di chiarezza, ma è imposta dagli sviluppi del diritto positivo: la natura delle sentenze interpretative, di accoglimento e di rigetto, della Corte costituzionale – così come delle ordinanze d'inammissibilità per mancata ricerca dell'interpretazione "adeguata" (e cioè modificatrice di precedenti interpretazioni non costituzionalmente "adeguate") – non può essere espressa, infatti, se non ricorrendo a questa coppia di concetti e valorizzando la loro reciproca autonomia. La persistenza di questa confusione costituisce uno dei sintomi dello iato che, in materia d'interpretazione, divide il linguaggio riflesso delle teorie da quello irriflesso dalle concezioni diffuse, e che genera anche dure contrapposizioni politiche. Questa irrisolta problematicità va spiegata. Non basta richiamare l'importanza del tema. Altro è infatti che un problema continui a ripresentarsi a causa della sua fundamentalità, altro che il mondo all'interno del quale il problema è discusso non riesca ad accumulare i risultati delle riflessioni critiche. Basta scorrere gli scritti di teoria generale per constatare come, dai filosofi, siano ritenute sorprendentemente arretrate le concezioni tuttora egemoni nelle corti, nel foro e in buona parte dell'accademia, che continuano a riferirsi alla volontà del legislatore, alle norme come comandi impartiti da qualcuno, all'interpretazione come accertamento del contenuto di questa volontà... Le ragioni di questa scissione sono state così, ragionevolmente,

ricostruite: «I giuristi fanno i conti da due secoli con un dilemma (...) fondamentale. (...) da un lato, molti giuristi condividono (qualche versione de) la dottrina della separazione dei poteri, e in particolare la tesi che al giudice spetti solo applicare il diritto creato dal legislatore; d'altro lato, gli stessi giuristi, o almeno gran parte di essi, condividono anche (qualche versione de) la teoria giusrealista dell'interpretazione, e specialmente la tesi che anche il giudice più fedele alla legge non possa non creare diritto [in qualche senso di "creare"]. La contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli consiste appunto in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo» (M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti su «Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale», Padova, 2004, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it))

Se entrambi i corni del dilemma sono fondati, la ragione di fondo della capacità di resistenza dimostrata dal cognitivismo è facile da individuare: sta nel persistere della pretesa di configurare la decisione giudiziaria sempre e solo come applicazione di una volontà altrui (della volontà del rappresentante), e non come manifestazione della volontà del "piccolo uomo" che fisicamente la pronuncia. Qui sta il nodo. È la pretesa di de-soggettivizzare l'applicazione del diritto che non può essere aggirata. Ma come può essere garantita, se il giusrealismo si dimostra inattaccabile?

Potrebbe esserlo in due modi, uno soggettivo ed uno oggettivo. Il modo soggettivo sta nel presentare il cognitivismo come una dottrina. Ciò non significa affatto dire che, potendo gli assiomi del cognitivismo essere intesi solo come miti (giacché come elementi teorici sono falsi), come tali vengono prescritti. Una dottrina prescrive di perseguire fini indimostrabili sul piano dei valori, non fini *soi disant* scientifici una volta che ne sia stata dimostrata la falsità. L'unico modo per poter configurare il cognitivismo come una dottrina è farne una dottrina morale. L'interprete deve comportarsi "come se" un'interpretazione esatta, così definibile in quanto si dimostri inattaccabile da tutte le altre ipotizzabili, possa essere raggiunta; e dunque non deve arrestarsi, nell'ascrivere significati agli enunciati, finché non si sia convinto che non esiste interpretazione migliore di quella che ritiene di dover pronunciare.

7. L'incipit della molto bella e, come sempre, molto profonda, relazione tenuta da Gaetano Silvestri, su *L'organizzazione giudiziaria*, al già citato Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, dedicato a «Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale», offre notevoli spunti per chiarire in che cosa consista il "modo oggettivo" cui si è fatto cenno.

È una relazione inconsueta. Normalmente, infatti, i diversi ordinamenti giuridici positivi vengono collocati lungo un'unica linea ordinante che procede da un minimo a un massimo di indipendenza della giurisdizione. Linea cui è sotteso un giudizio di valore che procede parallelamente. Maggiore è l'indipendenza, migliore è l'ordinamento. Detto in altre parole, la valutazione dei diversi ordinamenti positivi viene, di consueto, compiuta alla luce di un unico idealtipo, e cioè alla luce di un'unica nozione ideale di giurisdizione (quella che incorpora il valore della sua massima indipendenza).

La relazione, invece, nega che sia storicamente possibile assumere una definizione "assoluta" della giurisdizione come attività *di legis executio* a indipendenza garantita e rafforzata. E conseguentemente assume i due idealtipi che si sono storicamente intrecciati (per lo meno sul piano delle ideologie costituzionali) – quello fondato sulla separazione e quello fondato sulla compenetrazione tra giurisdizione e politica – come configuranti una "difficile alternativa": entrambi con "buone frecce nei loro archi".

La scelta di Silvestri è giusta sul piano della storia costituzionale, ed è opportuna, perché ci ricorda come – soprattutto nei momenti, come quello che stiamo attraversando, in cui la lotta per la costituzione si è fatta più aspra – il costituzionalista non debba mai atteggiarsi a difensore di luoghi comuni, di principi dati per scontati ed autoevidenti. Solo scavando nei conflitti politici e nei dilemmi intellettuali cui le norme costituzionali vogliono rispondere si può fare del buon costituzionalismo.

Da questo punto di vista sarebbe interessante ripercorrere le suggestioni che ancora non moltissimi anni fa – ma sembrano passati secoli – venivano coltivate intorno a forme di incisiva partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia; o meglio, alla sua "socializzazione", come si diceva. Sarebbe interessante ripercorrerle e tenere vivo un quadro che – come dimostrano gli studi di Finley sulla democrazia, anche giudiziaria, ateniese – pone sfide non facili sul terreno del rapporto tra democrazia e ruolo delle élites (come indubbiamente sono i corpi giudiziari). Ma Silvestri non vuole allargare oltre misura il quadro. Vuole porre un problema specifico, interno alla storia del costituzionalismo moderno, che mi sembra possa essere così riassunto.

Se si ammettono le buone ragioni storiche del modello illuminista, che per sostituire alla paura dei giudici il timore della legge ipotizzava la nullificazione del potere giudiziario come potere cetuale, attraverso la sua dissoluzione in una funzione esercitabile *in toto* da giudici temporanei (dopo che la scienza della legislazione avesse guidato la produzione di leggi chiare e semplici, e avesse così eliminato la necessità dell'*interpretatio*); se si critica lo sviluppo che di questa prospettiva venne dato nello stato di diritto, ove la nullificazione del potere giudiziario fu perseguita riducendo i giudici a funzionari controllati dal governo,

ma contestualmente teorizzando l'applicazione del diritto come tecnica retta solo da concetti scientifici e da regole logiche, resta da chiedersi: quante di queste ragioni sono ancora buone e attuali? quali buone frecce questo modello può ancora scoccare?

La risposta di Silvestri muove dal riferimento ai due diversi modelli di diritto che sono presupposti dai due modelli di ordinamento giudiziario: diritto come insieme di leggi (nel modello della compenetrazione) e diritto come insieme di norme (nel modello della separazione). Anche ad ammettere che le norme siano, sempre e solo, significati attribuiti ad enunciati legislativi, resta tra i due modelli una differenza sostanziale, perché il primo (o meglio, la sua definizione convenzionale) incorpora la presunzione della possibilità di individuare significati "esatti" degli enunciati.

Più che di buone ragioni del modello di ordinamento giudiziario fondato sulla compenetrazione, si dovrebbe parlare – se questa ricostruzione del pensiero di Silvestri è fedele – di sue buone ragioni indirette, e cioè di buone ragioni del modello di diritto legislativo presupposto. E ciò perché – sembra facile indurre – è preziosa la sua ambizione di voler configurare la decisione giudiziaria sempre e solo come applicazione di una volontà altrui, della volontà del rappresentante di tutto il popolo.

La relazione di Silvestri contiene dunque una presa di distanza dall'enfasi, oggi molto diffusa, intorno al valore, e al primato, del diritto giurisprudenziale; e configura come difficile la scelta tra modelli di organizzazione giudiziaria che valorizzino più o meno il ruolo del diritto legislativo.

Qui sta il nodo. Se non si affronta di petto il modello della compenetrazione, sotto il profilo dei meccanismi disciplinari attraverso i quali è stato in realtà instaurato (troppo facile sarebbe in quest'ottica la sua condanna), ma lo si affronta di spigolo, sotto il profilo della sua pretesa di de-soggettivizzare l'applicazione del diritto, la questione si pone in tutta la sua difficoltà (come ha dimostrato Nicolò Zanon nella profonda e problematica relazione su «La responsabilità dei magistrati», che ha tenuto al Convegno dell'Associazione dei costituzionalisti, più volte richiamato). Essa si articola in due distinti problemi. Ferma restando l'intangibilità dell'indipendenza garantita e rafforzata dei giudici (perché altrimenti si ricadrebbe nell'ottica del ricorso a strumenti esterni di disciplinamento, che in effetti sono stati "il braccio secolare" del cognitivismo nello stato liberale), è rappresentabile un modello di organizzazione giudiziaria che limiti la discrezionalità interpretativa? e, in caso di risposta positiva, che la limiti valorizzando il ruolo della legge scritta?

Alla prima domanda la risposta è: in parte sì. Chi sostiene il contrario, e ricorda il fallimento in cui sono incorsi tutti i tentativi dei grandi legislatori di imbrigliare l'interpretazione, confonde piani diversi. Non si tratta infatti di

sostenere che è possibile legiferare sull'interpretazione tipizzando i canoni ermeneutici e gerarchizzandoli; e cioè, in concreto, che sia possibile limitare l'uso degli argomenti diversi da quello *a contrario* e da quello psicologico (dell'intenzione del legislatore storico). Diamo per scontato che l'attività interpretativa come attività intellettuale non sia, in astratto, suscettibile di essere limitata da divieti legislativi. Ma l'interpretazione giudiziaria non è – solo – un'attività intellettuale libera. È un'attività istituzionalizzata e controllata, attraverso il sistema dei gradi di giurisdizione; è una funzione pubblica. Ai fini del discorso che qui interessa, la *summa divisio* è tra attività interpretativa controllata e attività interpretativa controllante. La discrezionalità della prima è evidentemente limitata dalla seconda (e non vale il riferimento alla distinzione tra sistemi a precedente vincolante e a precedente persuasivo: distinzione ormai, per generale ammissione, sfumata). Il problema che presenta l'attività controllante attiene – per sua natura – solo alla sua legittimazione, non alla pratica possibilità del suo efficace esercizio. Si potrà discutere sui suoi presupposti epistemologici (anche se più nessuno pretende di configurarla come scoperta di *veritas* anziché come esercizio di *auctoritas*), ma il profilo esterno, effettuale, delle sue potenzialità di controllo, non cambia. Dunque lo schema kelseniano della interpretazione “esatta” in quanto (culturalmente e autoritativamente, in senso giurisdizionale) dominante, è senza smagliature.

Per rispondere alla seconda domanda occorre sottolineare, preliminarmente, che – dal punto di vista della valorizzazione del diritto scritto per garantire la presenza della volontà “terza” tra giudice e parti – non è affatto detto che un sistematico, severo, occhiuto esercizio del controllo da parte delle giurisdizioni più alte realizzi, di per sé, una funzione nomofilattica. Potrebbe infatti realizzare sì un disciplinamento della giurisprudenza diffusa, ma in funzione nomopolemica, e dunque un modello di massima separazione e di massima svalorizzazione del diritto legislativo. Affinché il controllo sulla giurisdizione diffusa si traduca in una funzione letteralmente nomofilattica è necessario che il giudice “di chiusura” sia orientato a questo fine. Ma come può, la legge, vincolarlo in tal senso? Il problema si ripropone: qui sta il suo nucleo concettuale.

Il modello costituzionale – date le premesse da cui muovevano i costituenti, di fedeltà al diritto legislativo – è, come già abbiamo sottolineato, un grandissimo atto di fiducia nella forza della scienza del diritto, perché è fondato sull'ipotesi che la giurisprudenza sia un'attività capace di produrre certezza attraverso un autocontrollo di tipo esclusivamente culturale, tanto che, eliminando gli strumenti amministrativi indiretti di conformazione – attraverso la piena garanzia dell'indipendenza interna ed esterna – la certezza dell'interpretazione si sarebbe raggiunta, non solo lo stesso, ma in modo finalmente pieno, al riparo da ogni deviazione.

Sulla base di queste premesse la *pars destruens* dei principi che hanno ispirato la c.d. riforma dell'ordinamento giudiziario, è facile. Si tratta di un disegno che intende reintrodurre meccanismi amministrativi indiretti di conformismo interpretativo. Data l'impossibilità di imbrigliare legislativamente l'interpretazione, il disegno è dunque razionale rispetto allo scopo, ma è inaccettabile alla luce del principio d'indipendenza.

La *pars construens* è più complessa. Occorre affrontare la difficile scelta di cui parla Silvestri: se perseguire il principio della separazione oppure il principio della compenetrazione (ridefinito come principio che tende alla valorizzazione del diritto legislativo e alla desoggettivizzazione, per quanto possibile, della sua applicazione).

Se si opta per la separazione, occorre mettere in conto che la scelta può condurre a esiti diversi: se la separazione viene intesa in modo diffuso, conduce ad un ordinamento ricco, ma privo di centro, data la fine dell'illusione relativa alla possibilità che la scienza del diritto possa "trovare" le uniche interpretazioni vere ed esatte; se la separazione viene intesa in modo accentrato, conduce ad un ordinamento che sarà coerente, ma che potrà esserlo tanto in senso nomofilattico che nomopolemico. Se si opta per la compenetrazione, data, anche qui, la fine dell'illusione relativa alla possibilità che la scienza del diritto possa "trovare" le uniche interpretazioni vere ed esatte, intrinseche ai testi nel loro sistema, sarà giocoforza ricorrere a sistemi di controllo accentrato, ma resterà aperto il problema di imprimere alle giurisdizioni di chiusura un orientamento favorevole alla valorizzazione del diritto legislativo. Il problema potrà essere risolto – sempre dando per scontata l'esclusione di ogni forma di meccanismi volti a produrre estrinseco conformismo – solo attraverso una forte legittimazione del diritto legislativo agli occhi di tali giurisdizioni. Il nodo politico-culturale è ineliminabile.

Da questo punto di vista ci si potrebbe chiedere fino a che punto il modello della separazione e quello della compenetrazione siano, in radice, effettivamente diversi. L'uno eviterà di essere anarchico, l'altro di essere o nomopolemico o autoritario, solo se, l'uno e l'altro, avranno alle spalle una solida, per quanto intellettualmente dialettica e moralmente aperta, cultura politica. È solo quest'ultima – che nell'ottica che qui interessa si presenta come cultura costituzionale – che unifica (perché fornisce i criteri per selezionare le interpretazioni da affermare come prevalenti, e dunque più "esatte") e rende scientificamente trattabile (perché fornisce temi ricostruttivi di lungo periodo) l'applicazione del diritto.

Il punto cruciale sta nel chiedersi se le suggestioni che continua ad esercitare il modello della compenetrazione siano ancora difendibili, dopo che sono venute meno le sue premesse epistemologiche (anche se non quelle morali). Il pro-

blema sta tutto nella possibilità di imprimere alle giurisdizioni di chiusura un orientamento favorevole alla valorizzazione del diritto scritto (ovviamente compreso quello costituzionale): a quel tipo di valorizzazione che può essere riflessivamente praticata da chi è consapevole degli spazi che il realismo consegna agli interpreti; e potrà essere risolto – sempre dando per scontata l’esclusione di ogni forma di meccanismi volti a produrre estrinseco conformismo – solo attraverso una forte legittimazione di tale diritto agli occhi di queste giurisdizioni. Il nodo politico-culturale è ineliminabile. Non si tratta affatto di tornare a teorizzare che il diritto positivo è anche giusto. Si deve solo prendere atto del fatto che, se si vuole evitare che la giurisdizione venga percepita come arbitrio, è necessario che tra i giudici – soprattutto tra quelli cui è attribuita la funzione di controllo – rimanga fermo il principio per cui la sola interpretazione “dicibile” è quella di cui si ha la certezza morale che sia insuperabile. Solo questa lotta con l’angelo garantisce la terzietà oggettiva della legge. Ma solo una legge nobile garantisce che questa lotta valga la pena di essere intrapresa.