

L'interpretazione dell'interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini*

Abstract: Nonostante il carattere ferreo e roccioso della “costruzione” teorica di Riccardo Guastini, se mettiamo – come i raddomanti – l’orecchio per terra alla ricerca di qualche movimento nascosto, o fuor di metafora di qualche dubbio, possiamo percepire chiaramente un lento ma ben identificabile smottamento verso la teoria ermeneutica dell’interpretazione giuridica. Ed è questo fenomeno carsico che intendo qui illustrare con particolare riferimento a *Interpretare e argomentare* del 2011.

È questa un’occasione che aspettavo da molto tempo, da più di un decennio. Approfittare di un incontro destinato ad onorare un grande studioso ed un caro amico per consumare la propria vendetta può essere considerato inopportuno e poco elegante. Ma non si tratta solo di un fatto personale. Ho pensato alla folla di studiosi i cui scritti o relazioni sono stati aggrediti e devastati dalla feroce acribia di Riccardo. Ho pensato a tutti gli sventurati che lo hanno avuto come referee dei loro articoli. Ho pensato a tutti i giuspositivisti derelitti da lui tacciati di giusnaturalismo occulto. Vorrei dare voce a questa folla di dannati della filosofia del diritto, tra cui ci sono anch’io.

Il 16 maggio del 2000, per iniziativa del compianto amico Alfonso Catania, è stato presentato presso l’Università di Salerno (Fisciano) un volume che ho scritto insieme a Giuseppe Zaccaria intitolato “Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica”. I relatori erano il qui presente Riccardo Guastini e il giurista Pietro Perlingieri. Conservo ancora gli appunti di quell’incontro.

* Intervento nel Convegno su “Interpretazione giuridica e teoria del diritto” in occasione dei 70 anni di Riccardo Guastini (Genova, 21-22 ottobre 2016).

Sarebbe eufemistico definire la relazione di Riccardo “non molto favorevole”. Credo che niente sia restato in piedi sia sul versante della teoria del diritto sia in quello della teoria dell’interpretazione. Riccardo ha mostrato tutto il suo sbigottimento per il fatto che il diritto non fosse considerato una tecnica sociale che prescinde del tutto dal suo contenuto e soprattutto da una finalità immanente come la giustizia. Ha sostenuto che il libro non si occupava del diritto, ma di una cosa nebulosa e gelatinosa chiamata da alcuni “esperienza giuridica”. Ha dichiarato che il diritto non ha nulla a che fare con la ragionevolezza, che di fatto il giudice applica il diritto che gli pare e che l’argomento *ex auctoritate* non è per nulla ragionevole. Ha ovviamente ribadito che dalla teoria giuridica bisogna espungere tutti i giudizi di valore, che, pertanto, il giudizio di validità è un giudizio di fatto e che la conformità alla costituzione deve intendersi in senso concettuale e non in senso valutativo. Comunque, il fenomeno del costituzionalismo è cosa contingente che certamente non cambia la natura del diritto. Per quanto riguarda la teoria ermeneutica, l’accusa è stata quella di voler conoscere il senso delle cose più svariate e peregrine, di non avere un suo concetto di significato fino al punto di cercare il significato anche nei comportamenti. Ma soprattutto ha palesato il suo smarrimento di fronte al guazzabuglio tra creazione e applicazione del diritto, alla confusione tra interpretazione dei giuristi e applicazione dei giudici, alla svalutazione della sussunzione, cioè della norma generale ed astratta. A suo avviso la teoria ermeneutica è ossessionata dal caso concreto in modo sicuramente patologico, cioè fino al punto di considerare i casi concreti quasi come esseri viventi. I casi non hanno esigenze o desideri, ma è l’interprete che proietta in essi le sue insane pulsioni. Riccardo ha concluso con una feroce critica alla sedicente “giustizia del caso concreto”. Insomma, un disastro.

Il secondo relatore, Pietro Perlingieri, probabilmente impietositosi per gli effetti di una presentazione così *tranchant*, si è al contrario industriato nel cercare di

mostrare che la teoria ermeneutica descrive in modo efficace i processi reali dell'interpretazione dei giuristi e dei giudici, dandone una giustificazione del tutto soddisfacente. È inutile dire che ne è nato un diverbio che stava per degenerare in atti di violenza fisica. Per la virulenza dell'attacco nei confronti del povero Perlingieri Riccardo sembrava considerarlo come l'autore del libro o comunque il responsabile principale delle idee in esso contenute. Di questo io e Zaccaria sul momento eravamo contenti e speravamo che anche tutti gli altri presenti lo pensassero. Solo alla fine, all'uscita dall'aula, dopo aver ringraziato Riccardo per l'ingrato compito della lettura di un libro così disgustoso, gli chiesi se almeno c'era qualcosa nel libro che gli era piaciuta. Certamente sì – mi rispose –, la copertina per esempio! Da quel momento il demone della vendetta ha cominciato a covare nel mio spirito. Tuttavia da quell'episodio accademico ho tratto alcune considerazioni utili.

La prima è ovviamente che, se inviti Riccardo a presentare un tuo libro, vuol dire che sei un sadomasochista. La seconda è, però, in contrasto con la prima: se vuoi che Riccardo legga un tuo libro, devi invitarlo a presentarlo. La terza è che Riccardo fa per amicizia cose che gli ripugnano sul piano teorico. Com'è ben noto, per lui tutti i giudizi di valore sono radicalmente soggettivi, ma proprio per questo ben più assoluti di quelli che si spacciano per oggettivi. Per inciso noto che è vero che anche i noncognitivisti hanno una morale, ma non è vero – come afferma Riccardo – che ritengono che non sia l'unica vera, almeno non nel suo caso. Pertanto, attraverso l'amicizia, che è per lui un valore assoluto, puoi tentare di scalfire il suo ferreo e roccioso apparato concettuale. Dico "scalfire", perché questo è il massimo che puoi sperare.

Quando nel 2011 è stato pubblicato *Interpretare e argomentare*, che può essere considerata come la *summa* organica della teoria dell'interpretazione giuridica di Riccardo Guastini, mi sono rallegrato nel constatare che alcune volte è citato il libro sull'ermeneutica giuridica oggetto di quella drammatica presentazione. Anzi ne sono

rimasto sbalordito, perché era la prima volta che ciò accadeva. Intendiamoci, non già che Riccardo abbia cambiato idea e neppure lo cita per aspetti di grande rilievo, eppure lo cita, cioè ammette che esista e che abbia una qualche dignità teorica. S'intravede anche la ragione per cui la teoria ermeneutica ha acquistato ai suoi occhi una certa qual attrattiva, pur sempre modesta: egli la considera una teoria scettica, ancor più estrema della propria, perché – a suo parere – vanifica del tutto la consistenza di enunciati normativi precostituiti, avvalorando gli impulsi emotivi dei giudici.

Nel 2014 in un articolo sullo stato dell'arte delle teorie dell'interpretazione¹ Riccardo ritorna a parlare di ermeneutica e addirittura la promuove al rango di concezione alternativa a quella analitica. Quale onore! Ovviamente la liquida velocemente con l'accusa di occuparsi solo della giurisdizione e non della dottrina, di voler mettere il naso nel processo mentale dei giudici e nel guazzabuglio delle loro pulsioni emotive mediante "congetture" di dubbia scientificità e, quel che è peggio, di approvare il loro comportamento apertamente ideologico.

Ora io qui non starò a difendere l'ermeneutica giuridica da questa caricatura. Basti pensare che il pensiero di Gadamer, a cui m'ispiro, prende le mosse proprio dal rifiuto del carattere psicologistico dell'interpretazione e che l'ermeneutica giuridica è stata elaborata negli ultimi decenni soprattutto dalla scienza giuridica tedesca, cioè, guarda caso, proprio dai giuristi. Il fatto è che, come non c'è una religione senza preti², così non ci sono preti senza una religione. Se – come nota Riccardo – nella teoria ermeneutica mancano i preti, cioè i giuristi, allora ribatto io che nella teoria analitica manca la religione, cioè il diritto. Non so cosa sia più grave. Ma forse non è vera né l'una né l'altra cosa. Non voglio litigare per questo, in quanto è mia convinzione che Riccardo si stia pericolosamente (per lui) avvicinando

¹ *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in "Lavoro e Diritto", 28, 2014, n. 2-3, pp. 231-244.

² *Ibidem*, p. 233.

all'ermeneutica ben più di quanto creda e voglia. Ed è questo che vorrei ora argomentare.

Riccardo sostiene che la teoria dell'interpretazione è «un discorso analitico e descrittivo intorno a ciò che l'interpretazione di fatto è»³ e sostiene anche che il primo compito di una teoria dell'interpretazione consiste nel costruire un concetto di interpretazione mediante una opportuna ridefinizione⁴. Come si sa, le ridefinizioni sono forme di stipulazione, cioè decisioni di attribuire ad un'espressione in uso un significato più preciso. Non sono atti di cognizione, ma di ascrizione di significati⁵, cioè decisioni. Ora non vedo come possa autodefinirsi “puramente descrittiva” dell'interpretazione com'è di fatto una teoria il cui primo compito è quello della ridefinizione dei concetti, cioè scelte e decisioni linguistiche e concettuali. Qualsiasi descrizione, infatti, presuppone necessariamente una preliminare concezione e delimitazione di ciò che ci si accinge a descrivere. Ogni descrizione concettualmente promettente è preceduta dalla decisione di orientarsi in un senso o in un altro. Gli ermeneutici la chiamano “precomprensione”, che a Riccardo non piace, ma non bisogna fare questione di parole. In questo caso c'è una precomprensione di ciò che conta come interpretazione giuridica. Si tratta ovviamente di un insieme di fenomeni confusi di varia natura. Il teorico deve chiarire le proprie precomprensioni, ridefinirle e, se del caso, correggerle. Ribadisco che qui siamo sul piano logico e concettuale e non già di stati mentali e psicologici. Alle precomprensioni non si sfugge. Persino la teoria dell'interpretazione di Riccardo ha le proprie precomprensioni e delimitazioni dell'interpretazione giuridica. Vediamo ora quali sono.

La più macroscopica di queste delimitazioni di campo è quella che riconduce l'interpretazione giuridica al genere dell'interpretazione testuale e che individua i

³ *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, p. 407.

⁴ *Teorie dell'interpretazione*, art. cit., p. 231.

⁵ *Ibidem*, pp. 239-240.

testi di cui si occupa in quei documenti normativi che sono considerati come le fonti del diritto. A questa si aggiunge l'ulteriore restrizione dei soggetti interpretanti da considerare. L'oggetto dell'analisi di Riccardo sono solo i discorsi dei giuristi riguardanti il contenuto normativo delle disposizioni ufficiali e il loro ambito di applicazione⁶.

Tutto ciò non è così "descrittivo" come sembra, sia perché preliminarmente taglia fuori dalla teoria dell'interpretazione giuridica i fatti e gli atti umani non giuridicamente normativi, ed anche la consuetudine, molto maltrattata da Riccardo nella misura in cui è irriducibile a testi scritti, sia perché la dottrina delle fonti del diritto, al cui interno si colloca questa teoria dell'interpretazione, è a sua volta una costruzione della scienza giuridica. Tutto questo discorso dipende, dunque, da una costruzione dogmatica. Insomma, per Riccardo il fenomeno dell'interpretazione giuridica, con queste restrizioni, è ricondotto totalmente al collegamento di significati alle disposizioni normative. È una visione in fondo molto tradizionale con una certa inclinazione a privilegiare l'interpretazione letterale, ma non intendo qui discuterla per restare al suo interno.

Se la teoria non è puramente descrittiva, tanto meno lo è il suo oggetto, cioè l'interpretazione, che ha per così dire un ruolo organico all'interno della macchina del diritto. Infatti senza l'interpretazione non si avranno norme, ma solo enunciati normativi o formulazioni di norme. Potremmo dire che l'interpretazione ha nel diritto un ruolo rivelativo di norme; io lo chiamerei nomopoietico se questo aggettivo non fosse usato da Riccardo per indicare specificatamente la creazione di norme. Comunque, questa è una conferma del carattere singolare, autoriflessivo, della scienza giuridica, che è parte del suo stesso oggetto. È una delle cose che abbiamo imparato da Giovanni Tarello. Ma da essa dovremmo trarre tutte le necessarie conseguenze. La più importante tra esse è quella della profonda

⁶ *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 7-8.

differenza tra metodo empirico e interpretazione. Finché si concepisce l'interpretazione nell'ottica della rappresentazione della realtà, allora la nostalgia del metodo empirico non è del tutto abbandonata. Essa resta sullo sfondo attraverso la delusione nel constatare con sofferenza ed indignazione la tendenza creativa anche nell'interpretazione operata dalla scienza giuridica.

Con tutti i caveat metodologici, le ridefinizioni e le restrizioni già dette, il panorama metagiurisprudenziale dell'interpretazione com'è di fatto risulta disarticolato in concetti indubbiamente più precisi: interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria; interpretazione decisoria e interpretazione creativa; interpretazione in astratto e interpretazione in concreto; sussunzione in astratto e sussunzione in concreto; interpretazione decisoria propriamente detta e costruzione giuridica. A questo punto però non so più cosa l'interpretazione giuridica sia. Più che di interpretazione si dovrebbe parlare di una legione di "interpretazioni giuridiche". Perché considerare queste attività così diverse come tutte appartenenti al genere "interpretazione giuridica", ammesso che questo genere esista? Bisognerebbe trovare un analogato principale, ma l'analogia non è molto amata da Riccardo il cui ideale scientifico è quello dell'univocità dei concetti. Certamente si potrebbe dire che ciò che v'è di comune è l'attività di attribuire in qualche modo significati a testi normativi. Ma sarebbe troppo esile: tra mera cognizione e decisione c'è un abisso, così come c'è tra decisione giustificata e mera creazione. Riccardo – com'è ben noto – è uno strenuo sostenitore della netta divisione tra intelletto e volontà; conseguentemente, se l'attività interpretativa si attribuisce all'uno, non dovrebbe attribuirsi all'altra, a meno che non si ammetta contraddittoriamente una possibile cooperazione tra l'uno e l'altra.

Certamente bisogna ricordare che questa teoria intende descrivere come l'interpretazione di fatto è ed è vero che gli interpreti del diritto pongono in essere le più diverse ed eterogenee operazioni logiche e concettuali. Far ordine è

necessario ed è senz'altro compito della teoria. Ma mettersi a distinguere all'interno dell'attività interpretativa gli atti di conoscenza dagli atti di volontà è cosa ben diversa dal considerare ognuna di queste parti come una distinta e autonoma forma di interpretazione. A rigore si dovrebbe dire che l'attività interpretativa è molto complessa e non già che è un'espressione generica per indicare tante forme d'interpretazione eterogenee oppure si dovrebbe dire che alcune di queste forme sono legittime o "commendevoli" (come direbbe Tarello) e altre arbitrarie o spurie, alcune sono interpretazione vera e propria e altre forme apocriefe d'interpretazione. Ed infatti Riccardo propende per quest'ultima via. Ma a questo punto si scopre che l'attività in senso lato interpretativa è il luogo delle manipolazioni più indecenti e delle interpolazioni più fantasiose dei giuristi. C'è però una graduazione che va dall'interpretazione decisamente "vera" qual è quella in astratto, considerata come l'interpretazione per eccellenza in quanto attribuisce significati a enunciati normativi completi quasi si trattasse di una traduzione⁷, a quella decisamente "falsa" qual è quella creativa, che attribuisce significati "nuovi" di fantasia. Questi a me sembrano sotto sotto giudizi di valore, ma mi sbaglierò perché io li vedo dappertutto. Sicuramente però quel che resta del descrittivismo della teoria si è dissolto del tutto. Non sarò certamente io a strapparmi le vesti. Anzi ne sono contento.

Ancora più lo sono quando constato il ruolo crescente assunto da quella forma che Riccardo chiama "interpretazione decisoria". In questo caso l'interprete sceglie il significato da assegnare ad un enunciato normativo, mentre nell'interpretazione cognitiva si limita a compilare la lista dei significati ammissibili. Quando la scelta avviene nell'ambito di questa lista, che per altro è contraddittoriamente allargata ai significati in uso che si aggiungono in seguito a causa di interpretazioni creative imprevedibili⁸, allora il risultato non sarà creativo. Da ciò risulta – a mio modesto parere – che la vera interpretazione giuridica è proprio questa decisoria non

⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁸ *Ibidem*, p. 36.

creativa. Infatti, l'interpretazione cognitiva che elenca i significati in astratto ammissibili non è una vera interpretazione, ma una predizione di interpretazioni altrui, come d'altronde Riccardo riconosce⁹. Il concetto di interpretazione è legato alla prima persona. Chi interpreta sceglie in prima persona. Il giurista sceglie. Se elenca i significati ammissibili, è per valutarli e scegliere quello che ritiene più adeguato o corretto. L'interpretazione in astratto è decisoria se vuole risolvere i problemi interpretativi. La cognizione è volta alla decisione. È questo che fanno di solito e di fatto i giuristi. Ebbene, l'interpretazione decisoria di Riccardo è molto simile alla concezione ermeneutica dell'interpretazione giuridica, ovviamente con alcune non trascurabili differenze.

Riassumo così molto sinteticamente queste somiglianze. Anche nell'interpretazione decisoria come nell'ermeneutica si riconosce che nell'attività interpretativa necessariamente concorrono intelletto e volontà, ma per Riccardo ovviamente restano rigorosamente separati in quanto egli rigetta la portata cognitiva del processo di deliberazione e della ragion pratica (non per niente è direttore responsabile di una rivista ad essa dedicata). Per l'ermeneutica, invece, il processo interpretativo è una forma di deliberazione, proprio perché gli enunciati sono indeterminati e bisogna scegliere tra i diversi significati. Il giurista delibera sul significato degli enunciati normativi sulla base di argomenti ragionevoli. Se fossero puramente razionali o deduttivi, allora non vi sarebbe più scelta possibile. Se c'è scelta, o c'è la ragionevolezza o c'è il lancio dei dadi. Ma Riccardo non ama la ragionevolezza. La considera al pari della ben nota foglia di fico che copre le pulsioni più basse e gli interessi più subdoli.

Inoltre, l'interpretazione decisoria è inevitabilmente un'applicazione in omaggio alla tesi ermeneutica che ogni vera interpretazione è un'applicazione della legge. Infatti, una decisione è un'applicazione. D'altronde, se si sostiene una teoria del

⁹ *Ibidem*, p. 29 n. 45.

significato come uso, allora – come aveva già notato Wittgenstein – non si può più separare interpretazione da applicazione, Giustamente, infatti, Riccardo nota che applicare una disposizione vuol dire usarla e che uno dei modi di usarla è quello di attribuirle un significato e non un altro¹⁰. Certamente, nel caso dell'interpretazione dei giuristi, bisogna distinguerla dall'applicazione in concreto, cioè in presenza di un caso concreto, e tuttavia anche l'interpretazione decisoria in astratto è un'applicazione della legge (ovviamente in astratto).

L'interpretazione decisoria costituisce, dunque, una cerniera fra la disposizione e il caso concreto. Abbiamo bisogno di raccordi fra conoscenza e volontà per intendere il processo di interpretazione e di applicazione della legge in modo unitario, cioè come formazione e determinazione della legge che in tal modo si fa regola del caso concreto, cioè diritto. Ma il pensiero analitico detesta i raccordi e ama le dissezioni. Nel pensiero di Riccardo mancano le cerniere, ben più necessarie nel pensiero che nell'abbigliamento.

Avrei molte altre cose da aggiungere, ma non voglio infierire ulteriormente. D'altronde sono ben consapevole che le mie sono solo punture di spillo per Riccardo. Non riesco ad essere così cattivo come vorrei, soprattutto con un amico. Al contrario di san Paolo, vorrei fare il male e faccio il bene. Forse dovrei diventare un emotivista, ma non ci riesco. Insomma, del libro *Interpretare e argomentare* non mi è piaciuta solo la copertina, ma anche la bibliografia finale!

Quando nel 2013 la *Rivista di filosofia del diritto*, di cui allora ero direttore, organizzò un focus di discussione su *Interpretare e argomentare*¹¹, nel leggere i contributi mi accorsi con stupore che quello di Enrico Diciotti esordiva con la frase questo è «a mio parere il miglior libro sull'interpretazione giuridica pubblicato nella nostra lingua». In più, questa frase era ripresa e ripetuta nell'introduzione di Vito Velluzzi. Non è certamente una cosa che può fare piacere ad uno che ha pubblicato

¹⁰ *Ibidem*, p. 254.

¹¹ Cfr. *Interpretazione e costruzione del diritto. Riflessioni su Interpretare e argomentare di Riccardo Guastini*, a cura di V. Velluzzi, in "Rivista di Filosofia del diritto", 2, 2013, 1, pp. 73-136.

sullo stesso tema e per giunta in italiano, cioè il libro della famigerata presentazione del 2000 nel frattempo arrivato alla sua XIV edizione. Mafia analitica! (ho pensato). Ma non ho battuto ciglio, contrario come sono ad ogni forma di censura. Per fortuna un referee anonimo sembrò venire in mio soccorso, notando che l'espressione forse era esagerata. Com'è ben noto, il potere assoluto oggi appartiene ai referee, specie se anonimi. Ma Enrico la modificò scrivendo «pubblicato nella nostra lingua negli ultimi decenni», salvando così, ad esempio, *L'interpretazione della legge* di Giovanni Tarello, ma non certamente il mio che era stato pubblicato nel 1999. Pazienza! Mi sono consolato pensando che forse Enrico si riferiva alla svolta ermeneutica di Riccardo.

Francesco Viola
(22 ottobre 2016)