

GIOVANNI D'AMICO\*

## L'insostituibile leggerezza della fattispecie

### ENGLISH TITLE

The Irreplaceable Softness of the Legal Provision

### ABSTRACT

The text analyzes the topic of the *legal provision*, first by pointing out Natalino Irti's last works about the so-called *crisis of the legal provision*. Trying to highlight legal problems concerning lacunas and general clauses, the Author looks for a contact between the judicial hermeneutics and a kind of critical legal positivism.

The conclusion is that our legal orders cannot refuse benefits produced by a regulation based on the legal provision. It does not mean that we have to deny the judge's work in interpreting and arguing norms but this discretionary activity cannot cut off values as *certainty* or predictability through a general and abstract legal provision.

### KEYWORDS

Legal Provision – Legal Case – Certainty/Predictability – Hermeneutics – Legal Positivism.

### 1. PREMESSA

La crisi della dottrina (tradizionale) del «positivismo giuridico» (crisi ormai risalente, e il cui inizio può collocarsi nei primi decenni del secolo scorso) si caratterizza, pur nella varietà dei modi e degli esiti in cui essa si è manifestata, per due aspetti che sono in qualche modo costantemente presenti nelle concezioni «anti-positivistiche»: la critica del «normativismo» e l'enfatizzazione dell'importanza del momento «giudiziale» del diritto.

Si tratta di due aspetti che richiamano con tutta evidenza i concetti evocati dal titolo dell'odierno Incontro («Crisi della fattispecie, primato del caso, concetto di legalità»), l'antinormativismo potendo essere collegato alla cosiddetta «crisi della fattispecie», e il «primato del caso» alla rivalutazione

\* Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

del ruolo dell'interpretazione nel processo di realizzazione degli ordinamenti giuridici.

Per la verità, va subito aggiunto che i «collegamenti» or ora evocati non hanno carattere di necessità: e così, ad esempio, la critica del positivismo giuridico non implica che si abbraccino necessariamente posizioni (radicalmente) «antinormativiste», potendo limitarsi a prendere di mira solo (la centralità del)la «legge», come accade, ad esempio, in una delle concezioni oggi più diffuse nel panorama delle dottrine giuridiche, la cosiddetta *ermeneutica giuridica*, che costituirà il termine dialettico di riferimento delle considerazioni che seguiranno. Per altro verso, la rivalutazione del momento «ermeneutico» non implica necessariamente che si debba affermare il cosiddetto «primato del caso» (come fa l'indirizzo «ermeneutico», or ora ricordato), potendo quella rivalutazione essere tenuta ferma, senza che sia messo in discussione quello che potremmo definire (per contrapposto) il «primato della norma».

Quanto appena detto consente di indicare sin dall'inizio quello che costituirà in qualche modo il motivo conduttore del mio intervento: ossia cercare di mostrare che esiste un possibile punto di contatto (o terreno) nel quale possono incontrarsi (e conciliarsi) gli assunti fondamentali dell'*ermeneutica giuridica* e quelli di un moderno *positivismo critico*<sup>1</sup>. A condizione – come vedremo (*infra*, § 4) – che siano mantenuti fermi alcuni punti teorici fondamentali, tra i quali quello che postula la distinzione tra l'attività di (mera) «interpretazione» della legge e l'attività di «integrazione» dell'ordinamento (quale si realizza, ad esempio, in sede di riempimento di eventuali «lacune», oppure in sede di concretizzazione delle clausole generali).

## 2. LA FATTISPECIE (ASTRATTA) E LA SUA «CRISI»

Uno dei punti che marcano una distanza (apparentemente incolmabile) tra le teorie cosiddette «cognitivistiche» dell'interpretazione (ritenute proprie – anche se non in via esclusiva – della concezione «positivistica» del diritto) e le teorie più recenti, ispirate alla filosofia ermeneutica, risiede senza dubbio nella funzione che, nelle due impostazioni, viene attribuita al «caso»<sup>2</sup> (intendendo

1. Risulterà chiaro più avanti il significato che attribuiamo all'espressione «positivismo (giuridico) critico», ma sin da ora possono indicarsi, tra gli aspetti che connotano questa rinnovata concezione positivista, la rinuncia all'idea della «completezza» degli ordinamenti giuridici e il riconoscimento di un essenziale (ed ineliminabile) momento «valutativo» che caratterizza l'attività di interpretazione ed applicazione del diritto (abbandonando concezioni, ormai superate, che configuravano quest'attività come un'attività di tipo «logico-deduttivo»).

2. Individua nella dialettica tra elemento normativo ed elemento fattuale «l'idea fondamentale del movimento ermeneutico» M. Vogliotti, 2016, 110. Nella dottrina italiana cfr., sin d'ora, F. Viola, 2007 e, per l'uso specifico dell'espressione «*primato del caso*», G. Zaccaria, 2012, 707.

per tale il fatto o caso della vita, che viene prospettato nel giudizio e che il giudice dovrà regolare in base a diritto).

Per le prime – si suole affermare – l'interpretazione ha la funzione di «rispecchiare ciò che la disposizione racchiude, senza aggiungere o togliere nulla»<sup>3</sup>. Per le seconde, invece, la «norma» (che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale) non è (quasi mai) integralmente determinata dalla «legge», in quanto le decisioni del giudice contengono elementi creativi che dipendono dalla sua scelta, cioè dalla sua volontà discrezionale, e che in particolare discendono dall'incidenza che sulla ricostruzione del significato (possibile) della disposizione di legge ha il «caso» *che deve essere deciso*<sup>4</sup>.

Si innesta precisamente su questo punto il problema della cosiddetta *crisi della fattispecie*<sup>5</sup>, che i recenti, suggestivi interventi di Natalino Irti hanno riportato al centro del dibattito giuridico<sup>6</sup>.

Il tema ha certamente un carattere generale, ma è opportuno avvertire subito che esso si manifesta in forme e con effetti profondamente diversi *nei vari settori dell'ordinamento*, essendo intuitivo che il fenomeno non presenta gli stessi caratteri (e non si espone alle medesime obiezioni) nel diritto civile e nel diritto penale<sup>7</sup>, nel diritto amministrativo e in quello previdenziale o tributario (e così via).

Il dato appena segnalato può considerarsi condiviso. Ricorrente è, ad esempio, il riconoscimento della specificità di un settore come quello del diritto penale, sebbene anche in esso sia dato riscontrare, nei tempi più recenti, un ampliamento notevole degli spazi riconosciuti all'interpretazione, spesso giustificato da una formazione disordinata, frammentaria e contraddittoria della legislazione, oltretutto dall'esistenza di una «pluralità di fonti» (in particolare, sovranazionali), non di rado utilizzata per superare (in maniera talora disinvolta, se non spregiudicata) letture ritenute troppo «rigide» dei testi normativi nazionali<sup>8</sup>. Peraltro, vale a ribadire – se mai ce ne fosse bisogno – la diversità di valutazioni che possono farsi con riferimento alla normativa di carattere civilistico e a quella penalistica, la diversa considerazione che – nei

3. Riassume così l'essenza delle teorie «cognitivistiche» dell'interpretazione, G. Zagrebelsky, 2008, 166.

4. Ivi, 167.

5. È inutile indugiare, in questa sede, sulla nozione di «fattispecie» (che diamo, in qualche modo, per scontata): cfr., comunque, nell'ambito di una letteratura assai ampia, almeno D. Rubino, 1939; F. Carnelutti, 1940; E. Betti, 1950; R. Scognamiglio, 1954; C. Maiorca, 1960.

6. Cfr. N. Irti, 2014a, 2014b, 2015a, 2015b, 2016a (che raccoglie i precedenti saggi sul tema), 2016b.

7. Un quadro illuminante (e ricchissimo di indicazioni dottrinali e giurisprudenziali) si legge, a proposito del diritto penale, in un recentissimo contributo di V. Manes, 2018.

8. In argomento, nell'ambito di una letteratura ormai copiosissima (e di cui non si può dare, certamente, conto in questa sede), cfr. G. Fiandaca, 1997 e 2017; O. Di Giovine, 2006; M. Donini, 2011; Aa.Vv., 2016.

due settori – riceve la tecnica delle «clausole generali». Mentre in ambito civilistico il ricorso a queste formule normative – «indeterminate» e «aperte» a criteri valutativi extralegali – non suscita (almeno *come tale*) obiezioni particolari (salvo stigmatizzarne, talora, l'*abuso* da parte del legislatore), in ambito penalistico le valutazioni sono alquanto diverse, in quanto si ritiene che le clausole generali compromettano la solidità del «tipo», trasformandolo in un «semilavorato a necessario completamento giurisprudenziale», che costituisce «la più eloquente riprova del parziale fallimento della garanzia democratica della riserva di legge nel contesto attuale»<sup>9</sup>. Di qui la raccomandazione (in certo senso opposta a quella abituale per un civilista, per il quale la tecnica della clausola generale è funzionale alla ricerca di una regola *che tenga conto delle circostanze del caso concreto*) di procedere ad una interpretazione «tassativizzante» e «tipizzante» (e perciò conforme ai principi costituzionali in materia penale)<sup>10</sup>.

Si rafforza, in definitiva, la constatazione che (anche – sebbene non solo – per le ragioni sopra indicate) le nuove visuali «ermeneutiche» abbiano trovato terreno fertile non tanto tra gli studiosi del «diritto pubblico» (dove prevalgono, anzi, atteggiamenti prudenti, quando non affatto critici), quanto piuttosto tra i «privatisti»<sup>11</sup>.

Tornando, adesso, agli interventi di Irti sul tema della «crisi della fattispecie», va evidenziato come essi abbiano soprattutto inteso sottolineare l'essenzialità del carattere della «generalità» e «astrattezza» (proprio della «fattispecie») per consentire alle norme giuridiche di svolgere la funzione fondamentale loro propria, di regolare le azioni umane *per il futuro*, permettendo di *prevedere/calcolare ragionevolmente* (attraverso la valutazione circa la riconducibilità o meno di quelle azioni alla «fattispecie astratta» delineata dalla norma) il giudizio che esse riceveranno da parte dell'ordinamento giuridico. La «calcolabilità» – scrive Irti, rifacendosi alla riflessione di Max Weber – è un elemento essenziale della modernità giuridica, e, in particolare, essa costituisce un elemento essenziale dello sviluppo del moderno capitalismo<sup>12</sup>.

9. Così G. Fiandaca, 1997 e 2017. Sui problemi che la normazione contenente «clausole generali» pone in materia penale, cfr. – *ex professo* – D. Castronuovo, 2017.

10. Cfr. V. Manes, 2018, 62-4. Un esempio recente è dato dalla sentenza del 31 maggio 2018, n. 115 (in «Foro it.», 2018, I, 2219 ss.), con cui la Corte costituzionale (Pres. ed est. Lattanzi) ha chiuso la famosa «vicenda Taricco».

11. Documenta assai bene questa differenza, da un lato, l'insieme di voci raccolte, sotto il titolo «*Giudici e legislatori*», sul secondo fascicolo del 2016 della rivista «Diritto pubblico», con interventi di C. Pinelli, G. U. Rescigno, A. Travi, G. Azzariti, F. Bilancia e altri, e dall'altro il saggio di G. Alpa, 2017, che affronta il medesimo problema dalla prospettiva del diritto privato.

12. Con riferimento a quest'ultimo profilo, Irti anticipa una possibile obiezione che è stata di recente indicata come «la questione Inghilterra», ossia «il fatto che proprio il sistema giuridico del paese culla del capitalismo non sembra possedere tutte le caratteristiche che Weber ritiene proprie del moderno diritto razional-formale», il che avrebbe tutto il sapore del paradosso, a

Il problema, peraltro, non è quello di riproporre un modello «weberiano» di razionalità giuridica, che – ammesso pure che sia mai stato attuato concretamente (almeno nella sua forma pura)<sup>13</sup> – è comunque assai lontano dal modo in cui funzionano oggi gli ordinamenti giuridici. Né, del resto, sembra questo l'obiettivo che si propone Irti, il quale invece ha inteso richiamare l'attenzione sulle conseguenze che comporta il *totale abbandono* (*rectius*: il *rifiuto radicale*) di quel «modello», quale viene teorizzato da alcune concezioni moderne, ispirate alla filosofia gadameriana<sup>14</sup>.

Se le preoccupazioni manifestate dall'illustre Maestro sono (almeno a parere di chi scrive) largamente condivisibili, non bisogna peraltro pensare che le posizioni della «neo-ermeneutica giuridica» (depurate delle affermazioni più estreme) e quelle di un moderno «positivismo critico» (che è ormai assai lontano dal vetero-positivismo giuridico, che ha dominato la scena nel corso dell'Ottocento, e di buona parte del Novecento) siano radicalmente incompatibili, come si cercherà di mostrare nelle pagine che seguono.

### 3. IL RUOLO DEL «CASO» NELL'ATTIVITÀ DI INTERPRETAZIONE

Abbiamo già accennato all'importanza che il «caso» (ossia il fatto concreto oggetto del giudizio) assume per la teoria dell'interpretazione che si ispira alla

meno di non sostenere che il capitalismo in Inghilterra si sia sviluppato non *grazie al ma nonostante* il suo sistema giuridico (così F. Denozza, 2016, 419 e 422). La soluzione del paradosso può rinvenirsi nell'acuta osservazione di Irti, secondo cui «la logica della fattispecie e del giudizio sussuntivo è comune sia al decidere secondo legge sia al decidere secondo precedenti (*stare decisis*): dove il giudice, estraendo la norma dalle sentenze già emesse, delinea di necessità una fattispecie, cioè sale dal caso deciso ad uno schema tipico, entro cui riconduce il nuovo fatto sottoposto alla sua cognizione» (N. Irti, 2016b, 919).

13. In realtà, quel modello non ha mai trovato un riscontro effettivo. Il che non significa, peraltro, che esso non abbia influenzato per lungo tempo il modo in cui sono state intese l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche, e – con esso – il modo in cui si è concepito il ruolo del giurista, e in particolare del giudice, nell'attuazione dell'ordinamento giuridico. Insomma, se si volesse istituire un paragone, il modello weberiano della fattispecie (giuridica) potrebbe essere accostato a quello che, in economia, è il modello della «concorrenza perfetta», del quale pure – come è noto – si riconosce il carattere meramente «teorico», atteso che esso presuppone delle condizioni che, nei mercati concreti, non si danno mai (come ad es. l'assenza assoluta di «costi transattivi»). Il che non toglie – anche qui – che il «modello» della «concorrenza perfetta» abbia svolto (e, in parte, svolga tuttora) un ruolo importante, anche se – al contempo – esso possa aver ostacolato (specie in passato) lo studio delle regole di funzionamento dei mercati reali.

14. Particolarmente severo è il giudizio che Irti esprime su quello che egli chiama il «soggettivismo ermeneutico», che, dimentico delle norme sull'interpretazione (art. 12 del titolo preliminare al codice civile), si abbandona con voluttà mentale ai «pre-giudizi» e alle «pre-comprensioni» della moda «gadameriana» (N. Irti, 2016b, 922). Sul punto torneremo più avanti.

filosofia ermeneutica<sup>15</sup>, orientamento che raccoglie oggi consensi sempre più diffusi, anche (e, forse, soprattutto) nella dottrina civilistica<sup>16</sup>. Secondo questa teoria – difatti – l'interpretazione (giuridica) non è concepibile «in astratto», ma solo in relazione ad un caso o ad un insieme di casi, con riferimento ai quali si ritiene che (o meglio, e prima ancora: *ci si domanda se*) una certa norma giuridica sia applicabile<sup>17</sup>: «non si può identificare una norma se non

15. Questa centralità del «caso» caratterizza anche la peculiare concezione «bipolare», che un'autorevole dottrina (Zagrebelsky) propugna con riferimento all'interpretazione giuridica, quale riflesso della più generale «bipolarità» che caratterizzerebbe il fenomeno giuridico, e che si instaurerebbe tra *lex* e *ius* (cfr. G. Zagrebelsky, 2008, 21, 34-5, dove la distinzione viene anche riformulata affidando ad essa il compito di designare il momento «formale» e il momento «sostanziale» del diritto). Tale natura «bipolare» del diritto si fonda (nella concezione in esame) sulla convinzione secondo la quale i fatti di cui si occupa il diritto – in quanto «fatti umani» (e non «meri fatti», come sono quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali) – sono portatori come tali di *valutazioni di «giustizia materiale»*, che non possono non rilevare quando ci si pone il problema di «applicare» ad essi una norma giuridica. Per questa ragione non varrebbe, per i «fatti umani» – contrariamente alla *communis opinio* – la celebre «legge di Hume» circa la inderivabilità del «dover essere» dall'«essere» (così ivi, 187).

16. A parte quella di Giuseppe Benedetti (alla quale accenneremo più avanti), merita di essere menzionata – anche perché sotto alcuni profili sembra accostabile alla concezione (di Zagrebelsky) ricordata nella nota precedente – la posizione di V. Scalisi, 2010, 471, il quale parla di una «[...] *prescrittiva normatività del fatto*, ossia la particolare carica di valore insita in esso, quale rappresentata dallo specifico dover essere indotto dal concreto interesse evidenziato e reso manifesto dal fatto», che legittimerebbe correzioni ed integrazioni, sia pure nei limiti «logicamente possibili del testo»: e – continua l'autore – «[...] se poi il testo dovesse invece opporre una insuperabile resistenza, allora all'interprete non resterebbe che denunziare lo scarto riscontrato, ma sempre al fine della necessaria messa in campo degli opportuni rimedi volti a conseguire nel quadro dei principi e valori di sistema *la disapplicazione della norma positiva scoperta palesemente ingiusta*, anche se non necessariamente anche intollerabilmente ingiusta (secondo la già richiamata nota formula di Radbruch)» (corsivo aggiunto). E l'autore conclude nel senso che «prende così forma e consistenza un nuovo e più avanzato modo di intendere la positività del diritto come “positività ermeneutica”, positività cioè che trova il suo collaudo e referente fondamentale nell'attività ermeneutica, quale attività mediatrice che, interponendosi tra lo *ius in civitate positum* e i fatti della vita oggetto di applicazione pratica e in questo senso adoperandosi per dare adeguato risalto al dover essere praticato dai consociati come pure a quello sotteso dal singolo caso pratico, *persistentemente modifica o adatta, sviluppa o riduce, nega o trasforma il testo legislativo* [...]».

17. Quest'affermazione può essere intesa in due modi affatto diversi. In un primo significato essa indicherebbe soltanto quella che si potrebbe definire la *precedenza del caso* nell'iter del ragionamento giuridico (in tal senso ad esempio cfr. U. Neumann, 2013, 88-9, ove si legge: «[...] Il punto di partenza dell'attività decisionale del giudice non è la norma, bensì il fatto, al quale viene associata, inizialmente a titolo di tentativo, una determinata conseguenza giuridica [...] [Il giudice] non è tenuto a escogitare casi adatti a norme pre-date, bensì a trovare norme adatte a vicende umane pre-date, nonché ai “casi” che egli deve costruire a partire da queste ultime [...]»). In un secondo significato (che è – con tutta evidenza – quello assunto da Zagrebelsky), si tratta invece di affermare la *preminenza del caso* come fonte dei criteri valutativi che portano alla individuazione della regola giuridica (*contra* U. Neumann, 2013).

identificando al tempo stesso almeno i casi paradigmatici ai quali essa è applicabile»<sup>18</sup>.

L'affermazione sembrerebbe – in sé – banale, essendo ovvio che l'interpretazione della norma giuridica – in quanto interpretazione il cui oggetto comprende anche la parte dell'enunciato normativo che descrive la cosiddetta «fattispecie (astratta)» – deve (tra i suoi primi compiti) necessariamente individuare il fatto o la categoria di «fatti della vita»<sup>19</sup> ai quali il legislatore ha inteso far riferimento, per ricollegare agli stessi la regolamentazione prevista nell'effetto giuridico (che è l'altra parte di cui si compone la norma). Quel che, allora, probabilmente essa potrebbe voler sottolineare è che la individuazione dei «fatti regolati» non (sempre) si compie *partendo* (= *potendo partire*) *dall'enunciato linguistico normativo* (con un movimento che va – per così dire – *dalla norma al fatto*), perché *talora*<sup>20</sup> è proprio il «caso concreto» sottoposto all'esame del giudice (in quanto «nuovo») a indurre, a porre la *domanda* se esso sia un fatto includibile o meno in quella certa disposizione normativa, domanda risponendendo alla quale (in un senso ovvero in senso opposto) si finisce per

18. Così G. Zagrebelsky, 2008, 176. Cfr. anche F. Viola, 2002, il quale – con riferimento ad impostazioni analoghe – osserva che per esse «[...] sembra quasi che la regola esista nella sua identità di significato solo in presenza di un caso concreto e al di fuori di esso cada nell'indistinto e nell'indeterminato».

19. Quelli che nel testo chiamiamo «fatti della vita» (e che non sono altro che gli *interessi*, o le situazioni di interesse, che il legislatore prende in considerazione, ai fini di dettarne una regolamentazione giuridica) non sono dunque *un elemento estraneo alla norma*, salvo il rilievo che questa ovviamente li considera (attesa la natura generale e astratta delle sue previsioni) non in riferimento al loro manifestarsi concreto e reale, bensì concepéndoli in una dimensione «tipica», che *seleziona* i dati della realtà che il legislatore ritiene *rilevanti* ai fini di una certa disciplina effettuale. I «fatti della vita» (e gli *interessi* che essi evidenziano) – dunque – non sono un *posterius* rispetto alla norma, ma ne costituiscono il presupposto, sicché è inconcepibile qualsiasi descrizione di una norma giuridica (quale che essa sia) che prescindendo dalla individuazione del «fatto» a cui quella norma si riferisce, e dunque dagli elementi che lo devono caratterizzare, anche perché – per il principio fondamentale di «congruenza dell'effetto al fatto» (su cui cfr. A. Falzea, 1965, 62) – l'interpretazione della fattispecie astratta diventa decisiva anche per la corretta ricostruzione dell'effetto giuridico.

20. In realtà, quella che riportiamo nel testo è una prospettazione che modifica (in qualche modo) la concezione che stiamo esaminando, alla stregua della quale *non solo occasionalmente* (e, cioè, quando si pongano casi «nuovi» o «controversi»), bensì *necessariamente* (e, dunque, *sempre*) l'interpretazione della disposizione normativa *parte dal caso* (che deve essere deciso), e dalla «domanda» che esso «pone» al testo normativo. Ciò detto, va anche aggiunto che non si tratta, comunque, di una «lettura» *arbitraria* del pensiero di Zagrebelsky, il quale in diversi punti (cfr. spec., Zagrebelsky, 2008, 187) lascia intendere – distaccandosi a propria volta dalla filologica «purezza» di una mera trasposizione (sul piano giuridico) della posizione (filosofica) gadameriana (cfr. anche la nota seguente) – che questa «pressione» del «caso» (sulla disposizione normativa), è evidente (in pratica) *soprattutto* quando si tratti di un «caso nuovo», che metta in tensione l'interpretazione della disposizione, sollecitandone una modificazione rispetto a quanto sino a quel momento ritenuto.

«interpretare» la disposizione normativa (ma questa volta, *partendo dal fatto concreto e risalendo da esso alla norma* contenuta nell'enunciato legislativo), attribuendole una portata (e, dunque, un significato) eventualmente più ampia (o, comunque, diversa da) quella sino a quel momento ritenuta.

AmMESSO che la concezione (del giurista) in esame possa essere assunta in questo significato<sup>21</sup>, essa si risolverebbe tuttavia semplicemente nella sottolineatura di una distinzione abbastanza *scontata*, che è quella che si può fare tra i «casi» che sono *pacificamente ricompresi* nella fattispecie prevista da una disposizione normativa<sup>22</sup> (o perché non è mai sorto dubbio in proposito, o perché si è comunque formata – pur dopo qualche dubbio iniziale – un'opinione consolidata), onde si possa dire che la disposizione in questione *si applica senz'altro* al caso concreto oggetto di decisione (affermazione che darà *l'impressione* di una interpretazione/ applicazione che *dalla norma astratta «discenda»* al fatto o caso concreto, per «sussumerlo» nella disposizione in questione<sup>23</sup>); e i *casi nuovi* (ossia i casi che si presenta-

21. Siamo ben consapevoli della circostanza che la rilevanza del «caso» concreto nella prospettiva ermeneutica gadameriana (ispirata ad un famoso brano dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele) ha ben altro significato (e precisamente quello di «perfezionamento creativo della legge»), in quanto il «caso» (con le sue caratteristiche particolari, che la norma «astratta»/«universale» non ha considerato) consentirebbe di *correggere «equitativamente» la legge* (funzione che esso svolgerebbe *sempre*), colmandone quella che ne sarebbe una *intrinseca* «lacuna» (consistente nella mancata considerazione delle caratteristiche del caso singolo), così come avrebbe fatto il legislatore stesso «se fosse presente colà» (Aristotele, trad. it. 1957, 155 ss.). Sulla concezione gadameriana (fondata sul brano aristotelico, or ora parafrasato) cfr. le osservazioni di L. Ferrajoli, 2018, 36 (il quale critica in particolare l'idea che la forma «universale» della legge equivalga ad una sua «lacuna» o «insufficienza»). Questa concezione, peraltro – poiché si risolve apertamente nella teorizzazione di una funzione «correttiva» della legge, che sarebbe propria della interpretazione – quasi mai viene esplicitata (dai giuristi «pratici») nella sua formulazione originaria (in genere, essa viene «riformulata» e «attenuata», come accade per esempio nell'impostazione di Zagrebelsky, richiamata nel testo e nella nota precedenti).

22. Si tratta dei casi che sono talora definiti «*casi facili*» (che possono essere tali – si badi – anche per il fatto di esserlo divenuti, a seguito del consolidarsi di un'opinione, magari all'inizio anche fortemente controversa).

23. U. Neumann – prendendo spunto dalla regola del § 5 Abs.1 StVO, la quale statuisce che «Si deve superare a sinistra» – rileva che «se il giudice ha accertato che il convenuto, nel traffico stradale, ha superato l'attore a destra, *una violazione risulta immediatamente dal tenore letterale della legge*», e aggiunge che in casi come questi «una formazione della regola da parte del giudice non è necessaria. Per accertare, in base al tenore letterale della legge, che sussiste una violazione della norma, basta la competenza linguistica del *native speaker*. Questo dato va sottolineato – continua Neumann – perché, talvolta, persino i giuristi più provveduti in teoria della conoscenza sostengono che «i giudici conformano e perfezionano il diritto a ogni applicazione della norma astratta al fatto concreto [Ogorek]. Ciò è corretto a condizione di intendere *estensionalmente* la norma giuridica, e di caratterizzare l'estensione in funzione dei casi *effettivamente ricondotti* a tale norma nella prassi del diritto. Se si intende la norma giuridica *intensionalmente*, come significato di una proposizione normativa, allora non si può dire che, in questi casi, la

no per la prima volta), e decidendo i quali è possibile che risulti una “portata” della disposizione legislativa più ampia di quella sino a quel momento ritenuta)<sup>24</sup>.

Non sembra tuttavia che questa seconda ipotesi, ossia quella dei «*casi nuovi*» (che rappresentano – va da sé – solo una parte delle fattispecie concrete che sono sottoposte alla valutazione giudiziale) possa essere assunta a dimostrazione della *essenzialità* (o, addirittura, del «*primato*», come suggerisce il titolo del Convegno) del «*caso*» (*concreto*), e delle valutazioni che il giudice compie partendo da esso, *in ogni ipotesi* di «applicazione» di una disposizione normativa<sup>25</sup>. Nella maggior parte delle sue decisioni – invero – l'interprete

norma venga modificata attraverso la sua “applicazione” a tale norma nella prassi del diritto» (U. Neumann, 2013, 85-6).

24. In questo senso è vero che i «fatti della vita» che sono sottoposti alla decisione dei giudici non possono essere pensati come oggetto di meccaniche «riconduzioni» alla norma (come se si trattasse di inserire qualcosa in uno *stampo*, sempre uguale a se stesso, per verificare se il «fatto» si «adatta» ad esso; l'immagine dell'ordinamento come «un arsenale di formine giuridiche – le norme – da schiacciare sulla realtà», è stigmatizzata da G. Zagrebelsky, 1992, 179), ma sono dati partendo dai quali le stesse norme (lo «stampo» della nostra metafora) continuamente vengono (ma meglio si direbbe: *possono venire*, quando ci si trovi – come diciamo nel testo – di fronte a «*fatti nuovi*») sottoposte a nuove domande, la risposta alle quali *può modificare* la (portata della) norma (la *forma dello stampo*, per continuare nella metafora), *nel senso di indurre ad affermare la riconducibilità ad essa* di «fatti» che fino a quel momento non si era pensato che potessero rientrare nel suo ambito di applicazione (o rientrarvi con le caratteristiche evidenziate dal «caso concreto» che si tratta di decidere). Si pensi, ad esempio, al quesito se una «bicicletta a pedalata assistita» (mezzo di locomozione che da qualche anno si va sempre più diffondendo) rientri o meno nella *fattispecie* «veicolo a motore» ai sensi e per gli effetti di una norma del Codice della strada, che prescrive ai veicoli a motore di circolare tenendo la mano destra della carreggiata (cfr. anche *infra*, nota 25). Qui è chiaro che il primo giudice (o i primi giudici) che – di fronte al caso concreto (e al relativo quesito giuridico: *le biciclette a pedalata assistita devono circolare nella parte destra della carreggiata, in quanto veicoli a motore, oppure devono circolare nelle corsie riservate ai ciclisti?*) – affermerà (oppure negherà) la riconducibilità di tale «caso» alla fattispecie astratta «veicolo a motore», darà un'interpretazione che «allargherà» (o, all'opposto, manterrà invariata) la *portata applicativa* della norma del Codice della strada di cui parliamo. L'esempio richiama, in qualche modo, quello che Hart (nel cap. VII de *Il concetto di diritto*) utilizza per illustrare la sua distinzione tra «casi facili» e «casi difficili» (o casi di penombra): prendendo spunto da una regola che, all'ingresso di un parco, dichiara «vietato l'ingresso ai veicoli», Hart osserva che, accanto a casi chiari, con riferimento ai quali il guardiano del parco non avrà dubbi sull'applicare (o non applicare) il divieto (un'automobile, un camion, un pullman, dei pattini a rotelle, delle carrozzine ecc.), si prospetteranno dei casi problematici (e l'esempio che Hart fa è proprio quello di un bambino che si presenti a bordo di un'automobilina elettrica alimentata da una batteria).

25. Detto altrimenti – e per tornare all'esempio prima proposto (cfr. *supra*, la nota precedente) – se il giudice concluderà che «le biciclette “a pedalata assistita” vanno considerate come “veicoli a motore”, ai sensi e per gli effetti della norma x del Codice della strada», non potrà dirsi che tale significato non fosse *virtualmente* contenuto nella

potrà limitarsi a «riconoscere» nel fatto concreto gli elementi che contraddistinguono la «fattispecie astratta» descritta dalla norma, oppure a registrare che il fatto concreto non presenta «peculiarità» che inducano a «interrogare» la disposizione normativa al fine di verificare se la sua (corrente) interpretazione possa o meno essere mantenuta (problema che si pone invece di fronte ad un «caso nuovo»).

4. (SEGUE): NECESSITÀ DI DISTINGUERE LA (MERA) «INTERPRETAZIONE»  
DALLA «INTEGRAZIONE» DELLA LEGGE. L'IPOTESI DELLE «LACUNE»  
E QUELLA DELLE «CLAUSOLE GENERALI»

Il ragionamento svolto nel paragrafo precedente presuppone che si mantenga ferma una distinzione fondamentale, ossia quella tra l'*attività di (mera) «interpretazione della legge»*, e l'*attività di vera e propria «integrazione dell'ordinamento»*, che il giudice pone in essere quando – avendo riconosciuto l'esistenza di una «*lacuna legis*» – egli ha necessità di ricorrere al procedimento analogico (*analogia legis*) o, in ultima analisi, di decidere il «caso» secondo i «principi generali dell'ordinamento» (*analogia iuris*). Operazioni, rispetto alle quali non potrebbe in alcun modo sorprendere che si riconosca un apporto «creativo» del giudice, e all'esito delle quali può dirsi effettivamente che il giudice

formulazione linguistica della disposizione normativa e nella *ratio* che alla stessa si può oggettivamente attribuire. Certo, nessuno penserà che il legislatore (storico) del Codice della strada, quando ha formulato la norma sull'obbligo di circolazione a destra dei «veicoli a motore», avesse in mente le «biciclette a pedalata assistita» (che ancora non erano state «inventate»). Ma è chiaro che ciò che ha rilievo non è l'intenzione «storica» del legislatore (o, se si vuole, l'intenzione soggettiva del legislatore storico), contando invece solo l'oggettiva formulazione dell'enunciato normativo (e la *ratio*, che è possibile attribuire allo stesso). Del resto, sta proprio in ciò – si noti sin da ora – l'utilità irrinunciabile (quella che nel titolo della Relazione indichiamo come la «*insostituibile leggerezza*») della «fattispecie astratta»: se il legislatore avesse usato un altro termine (per così dire, *meno astratto*) – ad esempio: il termine «*automobili*» oppure il termine «*autoveicoli*» –, magari non si sarebbe neppure potuto porre il problema di una diretta riconducibilità alla disposizione così formulata del caso delle «biciclette a pedalata assistita» (fatto salvo, ovviamente, il ricorso eventualmente ad una applicazione *analogica* della medesima disposizione); invece, avendo parlato – *più genericamente* (e, appunto, con un livello più elevato di «astrazione») – di «*veicoli a motore*», il dubbio può sorgere (e non è escluso che possa ricevere risposta affermativa). D'altra parte, il giudice che affermi che le «biciclette a pedalata assistita» sono da considerare «veicoli a motore», ai sensi e per gli effetti della disposizione x del Codice della strada, immaginiamo non pensi affatto di creare una «norma nuova», bensì piuttosto di applicare la norma esistente (da lui «interpretata» – se si vuole – *evolutivamente*). Il che conferma che la posizione «centrale» è quella della disposizione normativa: è *partendo da essa* – si potrebbe dire – che il giudice *analizza* (e, per così dire, *interroga*) il caso concreto, per stabilire se esso sia o meno riconducibile (certo, non con un procedimento «meccanico», e men che meno di mera deduzione logica) alla «fattispecie astratta» prevista dal legislatore.

«crea» una regola nuova (che non si può considerare *già contenuta* in alcuna norma pre-esistente dell'ordinamento)<sup>26</sup>.

Un esempio<sup>27</sup>, che può utilmente servire a chiarire questo punto, può essere ricavato esaminando la disposizione dell'art. 36, comma 3°, Cost. (che attribuisce al lavoratore subordinato il diritto al «*riposo settimanale*»). Come è noto, la Corte costituzionale ha dovuto risolvere (con diverse sentenze) una serie di interrogativi che si sono posti nell'interpretazione e applicazione della disposizione in questione: *a*) il riposo settimanale deve coincidere con la domenica? *b*) c'è un diritto del lavoratore ad ottenerlo in un altro giorno per motivi religiosi (ad esempio il sabato per gli ebrei, o il venerdì per gli islamici); *c*) possono esigenze produttive che si pongano in particolari settori (ad esempio quello dei trasporti, o delle attività turistiche) giustificare, parimenti, la concessione del riposo settimanale in un giorno diverso dalla domenica? *d*) che succede se l'interruzione per un giorno di una certa attività lavorativa (inevitabile se ci fosse l'obbligo di accordare il riposo settimanale a tutti i lavoratori nello stesso giorno) comporti dei costi elevatissimi (ad esempio per lo spegnimento e riattivazione di particolari macchinari), oppure comporti l'interruzione nell'erogazione di servizi essenziali (energia, trasporti, informazione ecc.)?

È evidente che una formulazione della regola giuridica (relativa al riposo settimanale) *più analitica e dettagliata*<sup>28</sup> avrebbe potuto (e potrebbe) contenere una risposta anche alle domande in questione. Ma tant'è: questa risposta, nella specie, manca nel testo della legge.

Ci troviamo di fronte, dunque, ad una «*lacuna legis*» (anzi: ad una serie di «*lacune*» del testo normativo in esame, rispetto all'oggetto regolato)<sup>29</sup>. E, se

26. Evidenzia plasticamente questa affermazione la notissima formulazione dell'art. 1, comma 2°, del Codice civile svizzero, il quale, in caso di «mancanza di una legge applicabile», attribuisce al giudice il potere di decidere «*secondo le norme che egli stesso adotterebbe ove fosse investito della potestà legislativa*». Tale decisione è poi – si noti – tenuta distinta da una ipotetica decisione «*secondo equità*», che il giudice può emanare solo quando sia la legge ad autorizzarlo (art. 4 stesso Codice).

27. L'esempio è tratto da G. Zagrebelsky, 2008, 283 (il quale lo utilizza, peraltro, a fini diversi dai nostri).

28. Che, però – nell'esempio che abbiamo fatto – sarebbe stata poco opportuna, trattandosi di una norma contenuta in un testo costituzionale, che per sua natura si occupa di «*principi*», e dunque è poco adatto ad ospitare regole di dettaglio.

29. Potrebbe obiettarsi che i «*casi*» indicati vanno considerati non tanto come «*casi non previsti*» (e, dunque, come «*lacune*»), bensì come ipotesi che – riconducibili pur sempre alla prescrizione legale del «*riposo settimanale*» – sono suscettibili di trovare nell'*interpretazione* di detta prescrizione una soluzione, in cui l'apporto «*creativo*» del giudice concorrerebbe a definire il significato della disposizione (e cfr. F. Denozza, 2016, 430). Riteniamo, cionondimeno, che – pur se a volte sottile – esista (e si possa tracciare) una linea di confine tra l'ipotesi in cui un caso può dirsi «*regolato da*» (e quindi può essere *deciso con*) *una precisa disposizione*» e quello in cui questo presupposto non si verifica, e dunque è legittimo discorrere dell'esistenza di una «*lacu-*

così è, le risposte che il giudice dia alle domande precedenti non potranno considerarsi «aggiunte» (alla disposizione normativa) che egli fa *in sede di mera «interpretazione»* (onde possa dirsi che il significato *della disposizione in questione* risulta determinato, congiuntamente, dal testo normativo e dalle «istanze di valore» espresse dal «caso», delle quali l'interprete si fa «veicolo»), bensì sono «aggiunte» che conseguono ad una attività di *vera e propria «integrazione» della legge* (*rectius*: dell'ordinamento), attività che legittima (e, anzi, esige) per definizione la posizione di regole «nuove», che prima non esistevano (per lo meno a livello della legge).

Può anche concedersi che il confine tra «interpretazione» (delle disposizioni normative) e «integrazione» (delle lacune della legge) possa – in alcuni casi – apparire abbastanza esile<sup>30</sup>. Ma è un confine che esiste, e che non può essere ignorato (e non solo su un piano meramente concettuale e teorico)<sup>31</sup>.

Di attività «creativa» del giudice – un'attività che tuttavia fuoriesce (ancora una volta) dall'ambito di una mera «interpretazione» della legge – deve parlarsi anche nell'ipotesi in cui la disposizione normativa contenga *clausole generali*. Anche in questa ipotesi è – infatti – possibile affermare che la determinazione della «regola giuridica» è effettivamente il risultato di un «concorso» dell'attività del legislatore (al quale risale l'enunciazione della «direttiva» in cui consiste la clausola generale: «diligenza», piuttosto che «buona fede» o «ragionevolezza» e così via) e dell'attività del giudice, chiamato a riempire di contenuto la «clausola generale» enunciata dal legislatore (il che avviene determinando tale contenuto alla luce delle «istanze di valore» che sono sottese al «senso» dei fatti da giudicare, «senso» a sua volta determinato attingendo direttamente – ossia senza la mediazione delle valutazioni del legislatore, diversamente da quanto avviene nel caso delle normali norme giuridiche – ai sistemi valoriali «extralegali» che concernono, nei diversi ambiti, le attività umane: la morale, l'economia, l'estetica, la religione ecc.).

na». E, così, mentre ci sembrano ascrivibili a questa seconda ipotesi le «fattispecie concrete» indicate nel testo, ci pare che *non* si possa invece ritenere di trovarsi di fronte ad un «caso non regolato» (e quindi ad una *lacuna*) qualora la domanda che l'interprete dovesse porsi fosse quella se l'obbligo di «riposo settimanale» può essere adempiuto dal datore di lavoro facendo godere al lavoratore i 52 giorni di riposo tutti insieme (nell'ambito cioè di un periodo continuato), piuttosto che *settimana per settimana*. Qui – infatti – la risposta negativa può dirsi certamente «contenuta» nella prescrizione del «riposo settimanale» (onde può dirsi che il caso è *regolato da una precisa disposizione*), secondo quella che ne appare una (mera) *interpretazione* (compiuta, naturalmente, non solo sulla base del tenore letterale, ma altresì in base alla *ratio legis*), e non una *integrazione* effettuata da colui che deve decidere il caso.

30. Si veda la nota precedente.

31. Tende, invece, a sostenere una «inevitabile sovrapposizione tra interpretazione ed integrazione nel processo applicativo del diritto» N. Lipari, 2017, 69. Sulla questione cfr., di recente, anche C. Luzzati, 2016, 15 e 289.

5. LA POSSIBILITÀ DI UN PUNTO DI CONTATTO TRA ERMENEUTICA  
GIURIDICA E POSITIVISMO CRITICO

Quanto sin qui detto pone, a nostro avviso, le premesse (o, almeno, alcune premesse) per tentare di individuare – con riferimento ai temi che formano oggetto dell'odierno Incontro – un punto di convergenza tra le posizioni dell'ermeneutica giuridica e quelle di un «positivismo giuridico» *rivisitato*.

Un'«ermeneutica giuridica», depurata delle prospettazioni più estreme – come quelle, ad esempio, che (non solo segnalano una «crisi» della fattispecie, ma) affermano e auspicano un sempre più deciso superamento (o «oltrepassamento») della «logica della fattispecie»<sup>32</sup>, oppure finiscono per dissolvere il momento «oggettivo» del fenomeno della comprensione nel «soggettivismo» dell'interprete<sup>33</sup> – può sicuramente essere conciliata con le posizioni di un moderno «positivismo critico», che a propria volta ripudi assunti rivelatisi privi di fondamento (dalla completezza dell'ordinamento giuridico, alla univocità del linguaggio comune, alla avalutatività dell'attività di interpretazione e così via).

Un famosissimo (e citatissimo) brano di *Alice dietro lo specchio* (1871) di L. Carroll<sup>34</sup> esemplifica bene – nel dialogo tra Alice e Humpty Dumpty, che riportiamo – l'alternativa «soggettivismo/oggettivismo» (del comprendere) a cui abbiamo or ora fatto cenno:

«[...] Ecco la tua gloria!» [disse Humpty Dumpty]  
«Non capisco cosa vuol dire lei con "gloria"», disse Alice.  
Humpty Dumpty sorrise sprezzante:

32. V'è chi ravvisa questo avvenuto superamento (della logica della fattispecie) nel fenomeno della cosiddetta «costituzionalizzazione» del diritto civile (così N. Lipari, 2017, 166). Sennonché, va osservato che neanche le norme costituzionali possono dirsi (a rigore) prive di fattispecie: infatti, ciò potrebbe affermarsi se esse enunciassero dei «valori» assoluti (che, come tali, esigano attuazione con riferimento a qualsiasi situazione nella quale il valore possa essere invocato), e non invece dei «principi», che – per quanto ampi – sono comunque riferiti a situazioni (più o meno) circoscritte (la Costituzione non enuncia il «valore» della «funzione sociale» di qualsiasi istituto e/o situazione soggettiva riconosciuti dall'ordinamento, bensì enuncia il principio della «funzione sociale» della proprietà, la quale dunque costituisce la «fattispecie» alla quale quel principio va riferito), oltre ad essere soggetti al «bilanciamento» con gli altri principi rilevanti nel caso concreto. Persino principi di portata (apparentemente) amplissima – come il principio di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost. – non possono pretendere di avere un'applicazione illimitata ed assoluta, e quindi di essere sganciati da una «fattispecie» (per quanto ampia) che ne delimiti l'applicazione.

33. Quest'ultima accusa indubbiamente non può essere rivolta a tutti gli esponenti dell'indirizzo «ermeneutico», ma è certamente giustificata dalle posizioni assunte da alcuni di essi. Proprio a queste posizioni sembra riferirsi Irti quando formula, nei confronti dell'indirizzo in esame, il giudizio così severo che abbiamo già sopra ricordato (cfr. *supra*, nota 14).

34. L. Carroll (1871), trad. it. 1991, 207.

«Naturale che non puoi capirlo finché non te lo spiego. Volevo dire: ecco un argomento che taglia la testa al toro».

«Ma "gloria" non significa "un argomento che taglia la testa al toro"!», fece osservare Alice.

«Quando io mi servo di una parola, rispose con tono piuttosto sprezzante Humpty Dumpty, «quella parola significa quel che pare e piace a me, né più né meno».

«Il problema è», insisté Alice, «se lei può dare alle parole dei significati così differenti».

«Il problema è», tagliò corto Humpty Dumpty: «chi è che comanda: ecco tutto».

Il dialogo riportato esprime con grande incisività la contrapposizione tra l'idea (se si vuole «ingenua»<sup>35</sup>) che «le parole abbiano un loro proprio significato e non si possa costringerle ad indicare cose diverse» (dove l'ingenuità sta nell'essere Alice convinta «di non metterci nulla del suo, ma di trarre in luce i significati che stavano sotto i segni, pronti e finiti, in attesa»<sup>36</sup>), e un «nominalismo radicale» che sfocia in una teoria del significato in ultima analisi autoritaria<sup>37</sup>. Come ha scritto in proposito un autore, «Al dogmatismo della "verità manifesta", l'interlocutore della nostra protagonista contrappone un'altra forma di dogmatismo, quella appunto di chi ha il potere di stabilire in ultima istanza il significato delle parole»<sup>38</sup>. [...] Per Humpty Dumpty, dunque, non esiste un significato proprio delle parole che l'interprete dovrebbe scoprire e davanti al quale dovrebbe inchinarsi. La gerarchia che ad Alice appare evidente tra regola e interpretazione o tra autore e lettore si capovolge, sancendo la supremazia dell'interpretazione sul testo e dell'*intentio lectoris* sull'*intentio auctoris* [...]»<sup>39</sup>.

Si tratta, allora, di non cadere nell'«ingenuo realismo concettuale» di Alice, ma nemmeno di accettare il «relativismo» (scettico) e il «soggettivismo» di Humpty Dumpty.

Orbene, un modo «pragmatico»<sup>40</sup> per riconoscere al contempo un nucleo

35. Ma non senza tuttavia avvertire – con M. Vogliotti, 2007, 114 – che si tratta della stessa idea che esprimeva Wittgenstein, quando nel suo *Tractatus* osservava che «Ogni parola ha un significato» e che «Questo significato è associato alla parola. È l'oggetto per il quale la parola sta» (corsivo aggiunto).

36. Così U. Scarpelli, 1972, 423-4.

37. La lettura che riportiamo subito *infra* nel testo è una delle più diffuse del dialogo tra Alice e Humpty Dumpty. Per una diversa prospettiva cfr., peraltro, C. Luzzati, 2016, 252.

38. Questo potere – si noti – è tipicamente attribuito al giudice. Il legislatore lo ha soltanto nelle (eccezionali) ipotesi in cui egli proceda ad una «interpretazione autentica» (e si tratta di un potere che è soggetto a ben precise limitazioni, volte ad evitare, in particolare, che – sotto l'apparenza di una disposizione «interpretativa» – si introduca una norma «nuova»).

39. M. Vogliotti, 2007, 115-6.

40. Se un riferimento concettuale (in prospettiva giuridica) volesse essere richiamato, per giustificare quello che nel testo chiamiamo atteggiamento «pragmatico» – questo potrebbe essere costituito dal concetto hartiano di «punto di vista interno», ossia «il punto di vista di coloro che non si limitano a registrare e predire il comportamento conforme alle norme, ma usano le

di significato «oggettivo» delle parole, senza escludere tuttavia l'esistenza di uno spazio nel quale si colloca un (possibile) apporto «creativo» dell'interprete è quello di intendere l'enunciato linguistico che esprime la disposizione normativa come costituito da un «*nucleo centrale*» (di significato) «certo» (che consente di identificare con sufficiente chiarezza e immediatezza il fatto o la categoria di fatti riconducibili alla norma), e da un «alone» circostante all'interno del quale si collocano i «casi dubbi» o «difficili» (cioè quei casi per i quali, appunto, è più o meno discutibile – e, dunque, incerto, soprattutto quando si tratti di casi «nuovi» e sui quali non si sia ancora formata un'opinione consolidata – se essi siano riconducibili alla «fattispecie» legale).

Questa concezione – peraltro risalente<sup>41</sup> – ha trovato nella riflessione di H. Hart<sup>42</sup> (esponente emblematico di quello che più volte ho indicato, in questa relazione, come «positivismo critico»<sup>43</sup>) un significativo sviluppo, nel contesto di una visione originale del diritto (a partire dalla prospettiva della *filosofia analitica del linguaggio ordinario*), le cui caratteristiche sono state individuate nell'«interesse specifico e privilegiato per il linguaggio *ordinario*, di uso comune», in «un deciso ridimensionamento del ruolo della logica formale», e, infine, in «una visione del linguaggio e del significato orientata in senso pratico, ossia mirata all'*agire* linguistico e all'*uso* del linguaggio»<sup>44</sup>.

Ed è significativo evidenziare come – nell'ambito di un discorso sul più generale fenomeno della «rinascita della filosofia pratica» – si sia sottolineato come l'attenzione per l'aspetto pragmatico del linguaggio (a partire dal secondo Wittgenstein), e gli sviluppi della «filosofia post-analitica» – nei riflessi che entrambi hanno avuto sulla meditazione giusfilosofica – abbiano posto «le premesse per un fruttuoso dialogo con l'ermeneutica, determinando convergenze e feconde ibridazioni»<sup>45</sup>.

Ritourneremo fra poco su questo aspetto. Non senza avere, tuttavia, prima osservato che la compresenza delle due dimensioni («oggettiva» e «soggetti-

norme come criteri di valutazione del comportamento proprio e di quello degli altri» (H. L. A. Hart [1961], trad. it. 1965, 116-7; e cfr. la sottolineatura di F. Viola, G. Zaccaria, 2003, 35, laddove i due autori evidenziano come «l'adozione del punto di vista interno comporta l'inserimento della teoria del diritto *negli orizzonti della ragion pratica* e questa è una novità per la scienza giuridica del Novecento, una novità ricca d'implicazioni notevoli e di sviluppi sorprendenti»).

41. Basti ricordare che la distinzione tra nucleo concettuale (*Bedeutungskern*) e alone (*Bedeutungshof*) si trova già in P. Heck, 1914.

42. Cfr. specialmente H. L. A. Hart (1961), trad. it. 1965.

43. O «positivismo riformato», come lo chiama M. La Torre, 2013, 681, spec. § 2.

44. Le espressioni tra virgolette sono di F. D'Agostini, 2002, 38, richiamato anche da M. Vogliotti, 2007.

45. Così M. Vogliotti, 2007, dove si cita il volume curato da M. Jori, 1994 (volume nel quale si vedano, in particolare, il saggio di Giuseppe Zaccaria, *Tra ermeneutica ed analitica: dal contrasto alla collaborazione*, e quello di Francesco Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*).

va») – di cui si è sin qui discorso con riferimento al singolo enunciato legislativo e alla sua «interpretazione» – sia rilevabile (se pure con un qualche «slittamento» del significato della contrapposizione) allorché si passi a considerare (non più la singola disposizione, bensì) l'ordinamento giuridico *nel suo complesso*. In tale più ampio contesto la dimensione «oggettiva» può – infatti – essere identificata con la realtà della regolamentazione legislativa (che certamente copre, nei moderni ordinamenti, la stragrande maggioranza dei fatti giuridicamente rilevanti), mentre la dimensione «soggettiva» (che si profila in connessione con i casi in cui si fa maggiormente visibile l'apporto dell'interprete) trova spazio nella indubitabile presenza di «lacune» della legge (fatti che il legislatore non si è rappresentato o che egli ha – talora intenzionalmente – omesso di regolare affidandoli ad una valutazione casistica), come anche nei casi sempre più frequenti in cui il legislatore, pur prevedendo un determinato fenomeno, ne affida la regolamentazione a «clausole generali» (o a concetti indeterminati), che lasciano al giudice/interprete il compito di individuare la regola in relazione alle circostanze che accompagnano i casi concreti da decidere<sup>46</sup>.

Si configura, in tal modo, un assetto ordinamentale sicuramente complesso, rispetto al quale lo stesso problema della «calcolabilità» – sollevato con grande acume da Irti – non può che essere posto in termini relativi.

Come è stato opportunamente evidenziato, «nell'ambito del diritto la possibilità di calcolare in anticipo i risultati dell'interpretazione delle norme, non è una qualità discreta. Esiste al contrario un continuo di maggiore e minore calcolabilità [...]»<sup>47</sup>.

Non c'è dubbio che tutte le volte in cui il giudice decide un caso sulla base dell'applicazione di una «clausola generale», e, a maggior ragione, quando egli lo decide sulla base di un «principio generale» dell'ordinamento (nell'ambito della cosiddetta *analogia iuris*), la «calcolabilità» della decisione giudiziale sia minore rispetto a quella che può (tendenzialmente) scaturire dall'applicazione di una «norma di fattispecie», anche se ciò non significa che un qualche grado di calcolabilità non possa (anzi debba) essere presente anche in quest'ipotesi (come, per converso, deve ammettersi che quella delle «norme di fattispecie» sia solo una *maggior calcolabilità*, ossia una calcolabilità non assoluta, bensì

46. È appena il caso di osservare che la delimitazione tracciata nel testo è puramente *tendenziale*. E, inverso, come nella dimensione che abbiamo definito «oggettiva» (= area coperta dalle regole legislative, costruite ricorrendo alla tecnica della fattispecie) deve riconoscersi la compresenza di uno spazio (ineliminabile) di «valutatività» del giudizio, così nella dimensione che abbiamo viceversa definito «soggettiva» (lacune della legge, clausole generali, concetti indeterminati) il potere «creativo» riconosciuto al giudice nell'attività di integrazione dell'ordinamento non equivale ad «arbitrio», dovendo necessariamente le decisioni assunte nell'esercizio di tale potere assurgere ad un livello di «intersoggettività», che le renda «integrabili nel sistema».

47. Cfr. F. Denozza, 2016, 429.

soltanto *relativa*). Il che conferma sia la irrinunciabilità (per qualsiasi ordinamento giuridico) di entrambi i tipi di «norme», sia la circostanza che la distanza fra di esse tende a ridursi (se non in termini concettuali, certamente) in termini «operativi»<sup>48</sup>.

#### 6. EPILOGO. L'IRRINUNCIABILITÀ DEL VALORE DELLA «CERTEZZA» DEL DIRITTO, E IL RUOLO (INSOSTITUIBILE) DELLA «FATTISPECIE ASTRATTA»

Quel che sembra indiscutibile – e l'averlo sottolineato costituisce uno degli indubbi meriti dei recenti interventi di Irti su questo tema – è che la «certezza» del diritto (sia pure intesa nella dimensione «relativa», di cui si è appena detto) è un elemento costitutivo di ogni ordinamento giuridico, ed un valore al quale non è possibile rinunciare.

Sotto questo profilo, va ribadito che il diffondersi di concezioni «soggettivistiche» (quando non addirittura «intuizionistiche») dell'attività ermeneutica mina profondamente l'affidamento che i cittadini possono fare su un contenuto (relativamente) «certo» delle regole giuridiche, lede principi fondamentali (come il principio di «eguaglianza formale»<sup>49</sup>), minaccia la *libertà* dei singoli (rendendo precario l'esercizio di alcuni diritti fondamentali), e in definitiva comporta (nei suoi esiti estremi) una trasformazione della basi stesse su cui si fondano i moderni ordinamenti giuridici (basti pensare alle tensioni che subisce un principio fondamentale come quello della separazione dei poteri<sup>50</sup>).

48. Sul punto cfr., di recente, M. Libertini, 2018, 19 (dell'estratto), in cui l'autore riferisce del dibattito americano su tali temi.

49. Non può non preoccupare che, per giustificare tali esiti, si evochi sovente una nozione di «eguaglianza sostanziale», la quale – anziché costituire un *rafforzamento dell'eguaglianza formale* – finisce (o rischia di finire) per risolversi in un possibile *svuotamento* di quest'ultimo principio, addirittura teorizzando l'idea che qualsiasi caso concreto è *diverso da tutti gli altri*, e dunque merita un trattamento differenziato. E si vedano le considerazioni di Viola, 2018, 19-20, il quale – dopo aver riconosciuto che «la regola che si ricava dal caso concreto deve essere applicabile e valevole per tutti i casi simili», perché «senza la generalità la legalità si dissolve» – riconduce il fenomeno della (odierna) cosiddetta «crisi della fattispecie» alla circostanza che «[...] proprio la generalizzazione è diventata oggi uno scoglio difficile da superare nel regime del pluralismo», in quanto «questo [il pluralismo] è restio ad accettare la generalità, poiché avanza l'esigenza della giustizia del caso particolare, cioè della particolarità», sicché – a questa stregua – «la generalità rischia di costruire categorie ognuna delle quali contiene un solo caso, quello sulla cui base la stessa categoria è costruita». E conclude osservando che il principio generalità, che si basa su quello di eguaglianza, è in pericolo proprio per l'evoluzione di quest'ultimo concetto, essendosi prodotta «una dissociazione tra un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza. Oggi il problema centrale è quello della tipicizzazione di questi giudizi di ragionevolezza [...]».

50. Con tutti i corollari che da questo principio discendono, a partire da quello secondo il

La conclusione dei ragionamenti sin qui svolti (sia pure in forma necessariamente sintetica) è che non si può rinunciare ai benefici che sono tradizionalmente connessi alla regolamentazione giuridica realizzata attraverso la tecnica della «fattispecie». Il riconoscimento dell'ineliminabile apporto «valutativo» che è proprio dell'attività giudiziale di applicazione delle norme legislative non può dunque in alcun modo spingersi sino al punto da mettere a rischio valori (come quelli della «certezza», o – più discretamente – della prevedibilità o calcolabilità) che si rivelano irrinunciabili per qualsiasi ordinamento giuridico<sup>51</sup> che intenda svolgere la propria funzione.

Non basta, per scongiurare il pericolo del *soggettivismo giudiziale* (che consegue, inevitabilmente, ad alcune delle impostazioni sopra analizzate) affermare che l'attività di comprensione di senso e di valore «*deve necessariamente appoggiarsi su visioni obiettive comuni dei fatti sociali*»<sup>52</sup>. Più che fornire la soluzione, infatti, l'affermazione appena riportata pone i (termini de)l *problema*, essendo sotto gli occhi di tutti che, sui casi (come si dice) «difficili» quel che manca è proprio l'evocata (e auspicata) «visione obiettiva comune» (ed è proprio questa mancanza a rendere il caso «difficile»).

Né fornisce indicazioni più specifiche l'affermazione<sup>53</sup> secondo la quale «per non cadere nella soggettività, l'interpretazione deve individuare una serie di criteri di controllo», indicando in particolare – tra i vari criteri emersi «dal lungo dibattito dispiegatosi nell'ambito del vasto orizzonte delle teorie contemporanee sul ragionamento giuridico»<sup>54</sup> – quello che fa riferimento alla «*comunità dell'interpretazione giuridica*» (che collega «i componenti di una ben determinata tradizione giuridico-istituzionale»), da considerarsi quale «parametro valutativo dell'accettabilità delle varie alternative di interpretazi-

quale una legge non può essere abrogata se non da un'altra legge (espressamente o in maniera implicita), oppure da una pronuncia di illegittimità costituzionale resa dal «giudice delle leggi», o, infine, da un referendum popolare.

51. Cfr. N. Bobbio, 1951, 146, il quale rispondeva negativamente alla domanda del titolo, ribadendo che la certezza è un valore fondativo dell'ordinamento. Parla della certezza come «la stessa ragion d'essere dello Stato, di diritto o meno che sia», M. Luciani, 2016, 391 e 473 (ma il richiamo al valore della certezza è particolarmente insistito e diffuso nel corso dell'intero svolgimento di questa importante voce enciclopedica).

52. Così G. Zagrebelsky, 2008, 199, il quale – poco prima – aveva riconosciuto in maniera esplicita che «dal soggettivismo interpretativo [il mondo del diritto] sarebbe puramente e semplicemente distrutto».

53. Anche in questo caso posta di seguito alla premessa secondo cui «L'interesse principale dell'ermeneutica non si orienta all'accettazione di una prospettiva soggettivistica, ma a conservare e ad ampliare l'intersoggettività»: così F. Viola, G. Zaccaria, 2000, 190-1.

54. Ivi, dove vengono ricordati – tra le ipotesi più accreditate – i criteri di concordanza, di giustizia e di evidenza [elaborati, in part., da J. Esser], di coerenza narrativa [proposto da Neil Mac-Cormick] e di rispetto della tradizione e del comune sentire dei giuristi.

one da vagliare»<sup>55</sup>. È agevole – anche qui – osservare che, accanto al pluralismo dei valori, l'epoca presente registra anche *una grande varietà dei metodi* teorizzati e praticati all'interno della cosiddetta «comunità dell'interpretazione giuridica», il richiamo alla quale pertanto appare del tutto inidoneo a fornire (in maniera sufficientemente univoca) le indicazioni e l'orientamento di cui parla la dottrina or ora citata<sup>56</sup>.

Coniugare «oggettività del testo» e «valutatività dell'interpretazione» continua, dunque, ad essere il grande dilemma dell'epoca del post-positivismo giuridico. Ma per avviarlo a soluzione bisognerebbe forse abbandonare sia l'illusione che i problemi delle moderne società siano risolvibili *tutti* attraverso la legge, sia quella (in certo senso opposta) che affida all'interpretazione giudiziale la speranza di raggiungere la «giustizia».

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV. (a cura di), 2016, «Giudici e legislatori». *Diritto pubblico*, 2: 483-624.  
 AA.VV. (a cura di), 2017, *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*. ESI, Napoli.  
 ALPA Guido, 2017, «Giudici e legislatori». *Contratto e impresa*, 33, 1: 1-10.  
 ARISTOTELE, 1957, *Etica Nicomachea*, ed. it. a cura di A. Plebe. Laterza, Roma-Bari.  
 BETTI Emilio, 1950, «Teoria generale del negozio giuridico». In F. Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, XV, t. 2. Utet, Torino.  
 BOBBIO Norberto, 1951, «La certezza del diritto è un mito?». *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28: 146-52.  
 CARNELUTTI Francesco, 1940, *Teoria generale del diritto*. Foro Italiano, Roma.  
 CARROL Lewis, 1871, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*. Macmillan, London (trad. it. *Attraverso lo specchio e quel che Alice vi trovò*. Bompiani, Milano 1991).  
 CASTRONUOVO Donato, 2017, «Tranelli del linguaggio e “nullum crimen sine lege”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale». *La legislazione penale*: 1-58.  
 CATAUDELLA Antonino, 1962, «Note sul concetto di fattispecie giuridica». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*: 433-66.  
 ID., 1967, «Fattispecie». In *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 926-41. Giuffrè, Milano.  
 D'AGOSTINI Franca, 2002, «Che cos'è la filosofia analitica?». In F. D'Agostino, N. Vassallo (a cura di), *Storia della filosofia analitica*, 3-76. Einaudi, Torino.

55. F. Viola, G. Zaccaria, 2000, 192, ove si legge altresì che «La comunità interpretativa detta le regole costitutive, ossia la grammatica fondamentale che sorregge e definisce la prassi del giudicare». Il richiamo alla «comunità interpretativa» è frequente anche in N. Lipari, 2017, 48. In argomento cfr. specificamente lo studio di E. Pariotti, 2000.

56. E cfr., contro l'edulcorata evocazione di una «comunità degli interpreti» «armoniosamente impegnata in una sorta di dialogo platonico per costruire, un tassello interpretativo dopo l'altro, il migliore dei mondi giuridici possibili», quanto scrivono R. Pardolesi, G. Pino, 2017, 122.

- DENOZZA Francesco, 2016, «In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nella società neoliberale». *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2: 419-46.
- DI GIOVINE Ombretta, 2006, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*. Giuffrè, Milano.
- DONINI Massimo, 2011, *Europeismo giudiziario e scienza penale*. Giuffrè, Milano.
- FALZEA ANGELO, 1997, «Efficacia giuridica». In *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*. Giuffrè, Milano (originariamente in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV. Giuffrè, Milano 1965).
- FERRAJOLI Luigi, 2018, *Contro il creazionismo giurisprudenziale*. Mucchi, Modena.
- FIANDACA Giovanni (a cura di), 1997, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Cedam, Padova.
- ID., 2017, *Prima lezione di diritto penale*. Laterza, Roma-Bari.
- HART Herbert Lionel Adolphus, 1961, *The Concept of Law*. Oxford University Press, Oxford (trad. it. *Il concetto di diritto*. Einaudi, Torino 1965).
- HECK Philipp, 1914, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Mohr, Tübingen.
- IRTI Natalino, 2014a, «La crisi della fattispecie». *Rivista di diritto processuale*, 69, 1: 36-44.
- ID., 2014b, «Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie». *Rivista di diritto civile*, 60, 5: 987-91.
- ID., 2015a, «Un diritto incalcolabile». *Rivista diritto civile*, 61, 22: 11-22.
- ID., 2015b, «Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)». *Riviste delle società*, 60, 5: 801-14.
- ID., 2016a, *Un diritto incalcolabile*. Giappichelli: Torino.
- ID., 2016b, «Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica». *Rivista di diritto processuale*, 71, 4/5: 917-25.
- JORI Mario, 1994, *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Giappichelli, Torino.
- LA TORRE Massimo, 2013, «Positivismo giuridico». In *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. VI, 681-736. Giuffrè, Milano.
- LIBERTINI Mario, 2018, «Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dal diritto commerciale». *Orizzonti del diritto commerciale*, 2: 1-36.
- LIPARI Nicolò, 2017, *Il diritto civile tra legge e giudizio*. Giuffrè, Milano.
- LUCIANI Massimo, 2016, «Interpretazione conforme a Costituzione». In *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IX, 391-475. Giuffrè, Milano.
- LUZZATI Claudio, 2016, *Del giurista interprete*. Giappichelli, Torino.
- MAIORCA Carlo, 1960, *Fatto giuridico. Fattispecie*. Utet, Torino.
- MANES Vittorio, 2018, «Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"». *Cassazione penale*, 58, 6: 2222-49.
- NEUMANN Ulfrid, 2013, «Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola». *Ars interpretandi*, 1: 82-100.
- PARDOLESI Roberto, PINO Giorgio, 2017, «Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza». *Foro italiano*, 142, 3: 113-6.
- PARIOTTI Elena, 2000, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*. Giappichelli, Torino.

- RUBINO Domenico, 1939, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Giuffrè, Milano.
- SCALISI Vincenzo, 2010, «Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto "giusto"». *Europa e diritto privato*, 2: 449-82.
- SCARPELLI Uberto, 1972, «Metodo giuridico». In *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer*, vol. XXXI, *Diritto*, parte II, 411-32. Feltrinelli, Milano.
- SCOGNAMIGLIO Renato, 1954, «Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)». *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*: 331-55.
- VIOLA Francesco, 2002, «Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica». *Diritto privato*, 7/8: 49-64.
- Id., 2007, «La legalità del caso». In *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali* (Atti del 2° Convegno nazionale della Sisdic, Capri, 18-20 aprile 2006), t. I, 315-27. ESI, Napoli.
- VIOLA Francesco, 2018, «Una teoria deliberativa della giurisdizione?». *Ars interpretandi*: 13-28.
- VOGLIOTTI Massimo, 2007, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*. Giappichelli, Torino.
- Id., 2016, «Recensione a G. Carlizzi e V. Omaggio, L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea, ETS, Pisa 2016». *Ars Interpretandi*, 2: 109-14.
- ZACCARIA Giuseppe, 2012, «Interpretazione della legge». In *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. V, 694-709. Bompiani, Milano.
- ZAGREBELSKY Gustavo, 1992, *Il diritto mite*. Einaudi, Torino.
- Id., 2008, *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino, Bologna.

