

6 febbraio 2012

## Honni soit qui mal y pense. Una prima risposta (e qualche domanda) a Mauro Barberis

di Aljs Vignudelli

### § 1. – *Premessa*

L'interessante (e, come sempre, acuto) commento che l'amico Mauro Barberis ha avuto la cortesia di dedicare al mio libro *Interpretazione e Costituzione* solleva, pur nella sua sinteticità, *una serie* di quesiti astrattamente meritevoli d'altrettanti approfondimenti.

Nell'impossibilità concreta di svolgerli *tutti* – e nella convinzione di averne ampiamente argomentati *una buona parte* già nella monografia – mi limiterò qui a riprenderne *alcuni*, deliberatamente privilegiando quelli che mi paiono segnalare i punti di più radicale dissenso (metodologico e fors'anche epistemologico) non soltanto fra me e Barberis, ma anche – forse – fra (la maggior parte de)i teorici del diritto e (la maggior parte de)i giuristi.

La mia personale convinzione, infatti, è che fra i presupposti del discorso articolato da Barberis siano presenti – anche se non del tutto *evidenti* – alcuni assunti che i giuristi difficilmente sarebbero disposti ad accettare quali consapevoli premesse della propria ricerca scientifica. Più in particolare, ho l'impressione che il *concetto* (o, se vogliamo, la *definizione*) di *diritto* adottato da Barberis – e che inevitabilmente condiziona poi anche il suo approccio al discorso sull'*interpretazione* – non soltanto non sia completamente “neutro” (nessuna definizione lo è), ma sia del pari *notevolmente distante* dal modello di (odierno) ‘diritto’ tuttora diffuso e accettato non soltanto presso la ristretta comunità dei *giuristi*, ma pure presso quella allargata dei *comuni cittadini* della nostra Repubblica.

Lungi da me, ovviamente, iniziare una disputa sul *vero* concetto di diritto (e/o di diritto costituzionale) da eleggere a oggetto delle proprie indagini, magari sottintendendo che i teorici del diritto dovrebbero *necessariamente* adeguarsi alle opinioni dei giuristi (o dei cittadini). Più modestamente, ambirei viceversa soltanto (1) a difendere la credibilità e la consistenza concettuale della mia proposta stipulativa, senza tuttavia escludere che ve ne possano essere altre utili a *diversi* fini descrittivi (o pratici); (2) a circoscrivere il rischio dell'ennesimo “dialogo fra sordi”, dove la mancata comprensione delle altrui ragioni (e il mancato accoglimento delle altrui critiche) risulti legato *soltanto* ad equivocazioni terminologiche.

## § 2. – Interpretazione di quale Costituzione?

A tal proposito vorrei esordire, un po' provocatoriamente, con una richiesta di chiarimento rivolta a Barberis (e ai teorici che condividano la sua impostazione) circa la sua "controproposta"<sup>[1]</sup>: si tratterebbe ancora di interpretare (se possibile correttamente) *un documento* (la Carta costituzionale) oppure di interpretare *le* (altrui) *interpretazioni* (peraltro: quasi esclusivamente dottrinarie o giudiziali) ormai stratificatesi su quel testo?<sup>[2]</sup>

La questione, come vedremo, è *anche*, ma *non solo* terminologica, finendo per celare più di un'insidia per chi s'occupi di queste tematiche e rischiando del pari di generare rompicapi come il *Quis necavit equitem* del maestro van Huis di Pérez-Reverte.

Quanto ai profili terminologici, in *Interpretazione e Costituzione* si chiarisce fin dalle prime pagine<sup>[3]</sup> come per 'interpretazione della Costituzione' ci si rifaccia all'interpretazione del *documento* costituzionale, che peraltro solitamente è quello che i giuristi mostrano (e sicuramente asseriscono) di fare quando dicono – senza specificare altro – di *interpretare la Costituzione*.

Certamente esistono molti altri sensi in cui può essere intesa l'espressione 'interpretazione della Costituzione' – a seconda dei significati che s'intenda assegnare ai due vocaboli 'interpretazione' e 'Costituzione' – ma proprio questo parrebbe suggerire, per amor di chiarezza, di specificare *a quale di questi sensi* s'indirizzi l'analisi svolta<sup>[4]</sup>.

Altrettanto certamente, del senso stipulato di 'interpretazione della Costituzione' parrebbe saggio argomentare l'*utilità* – e qui dal profilo *terminologico* si passa a quello *sostanziale* –, ond'evitare d'effettuare un'analisi magari coerente nella sua logica interna, ma di poco interesse per il suo potenziale pubblico.

Ebbene, sospetto sia questo il senso (o almeno uno dei sensi) della critica amicale di Mauro Barberis al mio lavoro: meglio sarebbe, ovvero sarebbe *più utile*, interpretare (ma anche qui: *interpretare* o *descrivere*?) in modo trasparente la Costituzione *vivente* – ovvero la stratificazione delle interpretazioni di giudici e giuristi, che curiosamente<sup>[5]</sup> Barberis equipara alla costituzione *vigente* – piuttosto che attardarsi sul testo della Carta costituzionale del 1948 "facendo finta" che il tempo non ne abbia (pur *scriptis sic stantibus*) "modificato il significato".

## § 3. – Quale "utilità" per l'interpretazione della Costituzione?

Ma, qui sta la vera domanda, più utile *a che fini*?

Credo (1) che Barberis, *da teorico*, ritenga che la mia (presunta) proposta d'interpretazione della Costituzione sia stata concepita per realizzare il fine (pratico) della *certezza del diritto*. Credo altresì (2) che Barberis, *da cittadino*, non soltanto condivida questo (presunto) fine, ma sia tutto sommato simpatetico anche col (presunto) mezzo da me scelto per realizzarlo, quanto meno con riferimento alla (presunta) "sottrazione" ai costituzionalisti dell' "esclusiva" sull'interpretazione della Costituzione a favore dei comuni consociati. Sono infine ragionevolmente sicuro (3) che Barberis, *da teorico*, mi rimproveri tuttavia di aver scelto, per un *nobile scopo* (la certezza del diritto), un *pessimo mezzo*: gli specifici contenuti di quella che per lui non può che essere una *dottrina* (prescrittiva), e non una *teoria* (descrittiva) dell'interpretazione.

Non ho difficoltà ad ammettere di provare a mia volta, *da cittadino*, simpatia per un diritto che sia certo. Tuttavia, *da giurista* che articoli un'analisi sulla Costituzione (o su qualsiasi altra fonte), interpretandone il relativo testo – e tantomeno *da costituzionalista* che (incidentalmente) s'interessa di metodologia interpretativa – non ho mai pensato di poter *rendere* il diritto (di cui mi occupo) *più certo*.

Partendo dalla premessa che il ‘diritto’ cui rivolgo la mia attenzione coincide (stipulativamente) col significato di particolari documenti normativi, tale diritto potrà essere *in sé* più o meno certo, e l’interpretazione da me “proposta” non ha altra finalità se non quella di *ricostruire*, poi *descrivendolo*, il contenuto di questo diritto (ovvero il contenuto semantico degli enunciati), *nei margini di (in)certezza che gli sono propri*. Parallelamente, la metodologia interpretativa da me sostenuta non è animata dal fine di *limitare la polisemia* che sarebbe “intrinseca” ai documenti normativi, bensì soltanto da quello – daccapo – di consentire l’*accertamento* del significato (o, se del caso, dei significati) dei documenti normativi e della Costituzione in specie. Il parametro secondo cui valutare l’ “utilità” della mia proposta, pertanto, mi sembrerebbe da ravvisare nello *scopo* cui la mia ricerca (ambisce a) tende(re): uno scopo – gioverà una volta di più precisare – *epistemico, non già pratico*[6].

Ovviamente il presupposto (ampiamente argomentato nella monografia) di tale impostazione – presupposto verosimilmente non condiviso da Barberis – è che i documenti normativi abbiano (sottolineo: *abbiano*, non *debbano avere*) un loro *autonomo significato* indipendentemente dalle (e preesistente alle) istanze interpretative *di giudici e giuristi*: un significato che sia (sottolineo: *sia*, non *debba essere*) *correttamente* ricostruibile partendo dal testo stesso senza bisogno di ricorrere a interpretazioni altrui (variamente “qualificate”) e che si conservi (largamente) intatto anche una volta che queste siano intervenute.

Il presupposto di questa impostazione è, ancora, che tale significato possa desumersi (dalla lettura del testo) seguendo le regole che presiedono (anche qui: *presiedono*, non *debbano presiedere*) alla comunicazione linguistica prescrittiva fra l’emittente e i suoi destinatari, che nel caso del diritto sono il Legislatore da una parte, e i consociati (e non semplicemente i giudici e i giuristi) dall’altra[7].

Dette regole – giova precisare, prevenendo un’obiezione che parrebbe implicita nel discorso di Barberis – *non sono quelle del linguaggio ordinario*, o almeno non sono quelle del linguaggio ordinario *in ogni* (in una qualsiasi?) *sua istanza d’uso*, atteso che, lo si ripete, la funzione prescrittiva del messaggio legislativo e la consapevolezza circa la posizione (e l’intento prescrittivo) dell’emittente (Legislatore) limitano fortemente le virtualità semantiche degli enunciati normativi[8].

Ma procediamo con ordine. A questo punto, infatti, nonostante molto vi abbia già insistito nella monografia, mi parrebbe sensato dedicare qualche ulteriore passaggio ad alcuni snodi (a mio avviso) cruciali, e che – nondimeno – temo, alternativamente, o (1) non siano stati compresi, o (2) non vengano presi sul serio.

### § 3. – Ancora su ‘diritto’ e ‘Costituzione’

Anche se Barberis non mi pare contestare *esplicitamente* la mia stipulazione circa il ‘diritto’ (e la ‘Costituzione’) *de quo agitur* come contenuto semantico prescrittivo degli enunciati legislativi e circa la ‘Costituzione’ come contenuto semantico prescrittivo del relativo documento, sospetto che egli – in fondo – abbracci un concetto di diritto (rispetto al mio) diverso e incompatibile, gravido di conseguenze sul piano interpretativo.

Cercherò intanto di chiarire meglio il *senso* e il *perché* della mia stipulazione circa l’entità chiamata ‘diritto’. Successivamente proverò, specularmente, a effettuare qualche congettura sulla stipulazione (che a me pare) implicita nel discorso di Barberis. Al lettore il compito di valutare la consistenza di ambedue, dopo averle confrontate nelle loro premesse e nelle relative implicazioni.

Il presupposto da cui io ho ritenuto di prendere le mosse rispetto al diritto è il seguente: sebbene moltissime entità possano essere denominate (a vario titolo) ‘diritto’, pacificamente il giurista – per banali esigenze di specializzazione professionale e disciplinare – non le studia né *tutte*, né tantomeno *tutte insieme* (magari per il solo fatto che esse sono da qualcuno definite come ‘diritto’).

Da giurista, onestamente, trovo tale presupposto *tutt'altro che scandaloso*, dal momento che, anche quando per ragioni di sintesi un giurista – senza specificare – dice “di studiare il diritto”, non intende con ciò affermare che studia (magari *indifferentemente e simultaneamente*) *qualsiasi entità* sia o possa essere concretamente chiamata ‘diritto’: non studia certo il diritto dell’Atene di Pericle, o quello dell’attuale Turkmenistan, e neppure quello della Santa Corona Unita o del Ku Klux Klan – e tantomeno si sogna di studiare questi insiemi di norme in modo “sincretico” – , per quanto pare indubbio che tutte le entità richiamate siano suscettibili di essere studiate (anche) come fenomenologie giuridiche[9].

Se dunque il giurista *null'altro specifica*, quando dice di studiare il diritto egli di solito s’interessa a qualcosa di diverso e di maggiormente circoscritto: ma cosa?

Nel più comune dei casi mi pare si tratti proprio di *quel* particolare diritto (concepito come un insieme di norme) volontariamente prodotto da particolari organizzazioni, solitamente dotate (direttamente o indirettamente) di apparati coercitivi, *tendenzialmente* idonei a imporre l’osservanza (o a sanzionare l’inosservanza) dei propri precetti[10]. All’interno di tali organizzazioni[11], del resto, di solito non vige l’adagio del *anything goes*, coi varî attori che recitano a spartito libero la parte da ciascuno preferita. Viceversa, è dato comunemente di riscontrare una *suddivisione dei compiti* fra i relativi organi interni, *solo* taluni (tipico esempio: i Parlamenti) essendo *specificamente* deputati alla produzione di regole, la qual cosa in effetti essi provvedono *concretamente* a effettuare discutendo progetti di legge (o costituzionali) poi redatti, approvati e pubblicati rendendoli conoscibili a tutti i destinatari dei relativi precetti.

Quest’impostazione – spesso peraltro formalmente sancita nei documenti costituzionali di tutto l’Occidente – non mi pare esattamente nascere dalla Testa di Giove, o rispondere a un mio personale capriccio teorico, corrispondendo piuttosto a una concezione del diritto *largamente* diffusa ancora oggi *fra i giuristi, ma non solo*: mi parrebbe infatti di poter dire che essa (concezione) corrisponde tutt’oggi all’idea che del diritto continua ad avere la maggior parte dei membri *della società tutta*.

È proprio sulla scorta di tali (sconvolgenti?) premesse che ho ritenuto utile rivolgere la mia riflessione in tema d’interpretazione giuridica *direttamente* (e comunque *primariamente*) sugli enunciati legislativi e costituzionali contenuti nei rispettivi documenti, indagandone l’*autonomo* significato: un progetto, mi ostino a credere, di per sé non particolarmente scandaloso e difatti inquadrabile (per lo meno a grandi linee) in una tradizione teorica che Mauro non manca di ricordare, sia pure in modo fugace. Ciò che mi spinge a effettuare qualche precisazione.

Barberis ritiene, infatti, che tale mio approccio sia da ricondurre al modello del giuspositivismo *teorico*, là dove lui si collocherebbe piuttosto sul piano del giuspositivismo *metodologico*. E implicitamente, con ciò, al lettore poco pratico di queste distinzioni – e in modo particolare ai costituzionalisti, ai quali secondo la crudele insinuazione di Barberis tali *distinguo* sarebbero «apparentemente ignoti» – potrebbe anche sorgere il dubbio che giuspositivismo metodologico e teorico siano fra loro *alternativi*, magari pure che il giuspositivismo teorico stia al Diavolo come quello metodologico all’Acqua santa, e che mentre Barberis riesce a mantenersi “asetticamente” a livello metodologico io annasperei in una dimensione teorica compromessa e *anti-metodologica* (fors’anche schiettamente *ideologica*).

Forse le cose staranno anche così, ma per lo meno non sono così semplici. Ritengo pertanto opportuno effettuare alcuni chiarimenti se non altro ad uso di quel costituzionalista “paradigmaticamente” digiuno di (e fors’anche impermeabile alla) teoria del diritto perfidamente evocato dall’amico Mauro.

Anzitutto il giuspositivismo come *metodo*. E qui è d’obbligo la citazione (peraltro già compresa nella monografia)[12] di Norberto Bobbio, al cui limpido pensiero anche Barberis si rifà: «su questo punto non ci sono distinzioni da fare, e il discorso è molto breve. Siccome la scienza o è avalutativa o non è

scienza, il metodo positivisticò è puramente e semplicemente il metodo scientifico, e quindi è necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica o della teoria del diritto: se non lo si accoglie non si fa della scienza, ma della filosofia o della ideologia del diritto»[13].

Ebbene, che tutto il mio lavoro sull'interpretazione del diritto e della Costituzione (come parte importante di una scienza giuridica che voglia dirsi tale) sia pervaso da un anelito all'avalutatività, spero che lo stesso Barberis voglia concedermelo[14].

Si potrà naturalmente discutere sulla mia capacità di realizzare quest'aspirazione nel migliore dei modi, o anche solo in un modo accettabile. Tuttavia, quel che qui mi preme sottolineare con energia è che *in nessun modo* si potrebbe sostenere un mio rifiuto del giuspositivismo metodologico a partire dalla mia (presunta) adesione a quel giuspositivismo teorico che in tanti s'affannano – dopo averlo naturalmente rappresentato nella sua versione più caricaturale – a dichiarare estinto “per impossibilità (ideologica) sopravvenuta”. Trovo pertanto opportuno sgombrare il campo da due potenziali equivoci.

Il primo verte sulla potenziale “compromissione ideologica” del giuspositivismo teorico, tale per cui – si vorrebbe – nel sostenere che il diritto (di cui il giurista s'occupa) è prodotto solo da certe organizzazioni dotate di apparati coercitivi sembrerebbero evocarsi plumbee atmosfere da “statolatria” hegeliana. Per fortuna sul punto è ancora Bobbio a ricordarci che la *teoria* giuspositivista è nettamente distinta (e da distinguere) sotto il profilo concettuale dall'*ideologia* giuspositivista: diremo quella che, nella sua versione più estrema, predica il dovere morale di osservare qualunque legge, da considerarsi giusta *in quanto legge*. La differenza fra *teoria* e *ideologia* giuspositivista dovrebbe allora emergere con chiarezza: mentre quest'ultima di prefigge d'*influire* sul mondo, la prima avrebbe come scopo semplicemente quello di *descriverlo*[15].

Il secondo equivoco verte sull'ipotetica *contrapposizione* fra giuspositivismo *teorico* e giuspositivismo *metodologico*. Contrapposizione vieppiù insostenibile già sotto il profilo logico, se è sempre Bobbio a ricordarci come «la teoria giuspositivistica (...) *presuppone* il metodo positivisticò»[16]. Un giuspositivista teorico che non sia *anche* giuspositivista metodologico, pertanto, sarebbe una contraddizione in termini.

Dunque, verrebbe da chiedersi, *quid juris?*

Il punto è – e qui passo alla stipulazione implicita nel discorso di Barberis – che il giuspositivismo teorico presuppone sì il giuspositivismo metodologico, ma *non ne è* (logicamente) *implicato*: in altre parole, si può essere – e parrebbe proprio questo il caso dell'amico Mauro – giuspositivisti *metodologici*, senza essere anche giuspositivisti *teorici*.

Attenzione però. Nessuno sembrerebbe potersi permettere il lusso di essere *unicamente* un giuspositivista *metodologico*, senza abbracciare alcuna *teoria* del diritto. E allora – ecco la domanda – a quale teoria del diritto, differente dal giuspositivismo teorico, parrebbe in ultima analisi muoversi Barberis?

Senza voler scendere in analisi davvero dettagliate, che richiederebbero necessariamente ben altri sviluppi (e più fini distinguo) rispetto a quelli consentiti dalla sede, il mio sospetto è che la “matrice” giuridico-culturale di Mauro non possa che essere quella (gius)*realistica*. È, in fondo, lo stesso Barberis a suggerirmelo quando nell'eleggere il diritto vivente/vigente a oggetto preferenziale delle proprie attenzioni, si richiama all'opera di Alf Ross, il quale – nel passaggio chiave del contributo citato – affermava come «la questione dell'esistenza di una regola o di un sistema di regole è una questione di fatto, empirica, che dipende dal modo in cui le corti, nella loro pratica effettiva, identificano il diritto da applicare»[17].

Ora, posto che la riconduzione del diritto (non al “*dover-essere*” delle norme *lato sensu* legislative, come nell’impostazione giuspositivistica, bensì) a quel particolare “*essere*” costituito dall’attività delle corti parrebbe senz’altro un “marchio registrato” del modello giusrealista, non si tratta qui d’utilizzare (retoricamente) questa constatazione come una sorta d’anatema sumero – che riterrei tanto sciocco quanto quelli che spesso si vedono rivolti ai giuspositivisti (o presunti tali) *in quanto giuspositivisti* – da scagliare contro Mauro (e la sua progenie teorica).

Tuttavia, la possibilità di ricondurre una ragione del dissenso fra la mia impostazione e quella di Barberis alla contrapposizione – qui, si torna a dire, soltanto abbozzata nei suoi contorni – fra giuspositivismo (teorico) e giusrealismo parrebbe consentire d’esplicitare a quali diversi archetipi di pensiero ci rifacciamo io e il mio interlocutore.

Per ricorrere una volta ancora alle parole di Norberto Bobbio, «il problema se si debba considerare il diritto dal punto di vista della validità (del dover essere) o dell’efficacia (dell’essere) può venire riformulato così: qual è il vero ordinamento giuridico? Quello del legislatore, anche se non è applicato dai giudici, o quello dei giudici, anche se non è conforme alle norme poste dal legislatore? Per i realisti si deve rispondere affermativamente alla seconda alternativa: è vero diritto solo quello che è applicato dai giudici; le norme emanate dal legislatore, ma che non arrivano al giudice, non sono diritto ma mero *flatus vocis*»[18].

Ripeto, a scanso di equivoci: ritenendo prudente evitare discussioni (dal sapore “ontologico”) in ordine al “vero” diritto – e limitandomi piuttosto a ravvisare un utile scientifico nell’indicazione precisa del proprio “oggetto-diritto” – non sento il bisogno di sostenere che il giusrealismo porti con sé (magari *di per sé*) lo stigma della “falsità”[19]. Giova però essere chiari: sarebbe questa l’idea di ‘diritto’ sulla quale Barberis invita a riflettere? Sarebbe questo il diritto (l’*unico* diritto) sul quale “varrebbe davvero la pena” d’indirizzare la propria attività interpretativa?

§ 4. – La comunità epistemica della comunicazione legislativa e la tecnicizzazione del linguaggio giuridico: interpretazione costituzionale *di quali* interpreti?

Perché – ci si potrebbe domandare – insisto tanto su quelle che a mio avviso potrebbero rappresentare le possibili opzioni *teoriche* (giusrealiste) del giuspositivista *metodologico* Barberis?

La risposta è che – e già lo accennavo nella monografia – da tali opzioni discendono conseguenze capitali anche in materia di (teoria dell’)interpretazione, in particolare con riguardo al novero dei destinatari della comunicazione legislativa e, di conseguenza, anche alle istanze interpretative rilevanti.

Barberis assume infatti di limitarsi a registrare le interpretazioni “prevalenti”, ma tale affermazione andrebbe opportunamente contestualizzata: “prevalenti” *in quale ambito?*[20] Fra i (soli) giudici? Anche fra i giuristi? Fra tutti gli operatori del diritto? Fra tutti i consociati sottoposti all’ordinamento giuridico?

Nell’ottica teorica giusrealista, certo, il problema neppure si pone, giacché le norme giuridiche (quelle che Alf Ross chiama ‘direttive’) non sarebbero dirette ai cittadini, bensì ai giudici: solo essi costituirebbero quindi, insieme al Legislatore, la comunità epistemica rilevante dalla quale desumere – ovviamente sul presupposto di una *teoria del significato* secondo cui quest’ultimo si risolve (integralmente) nell’*uso* –, attraverso l’analisi della relativa fenomenologia interpretativa, anche le regole per l’attribuzione del significato[21].

Non così tuttavia nell’ottica giuspositivistica qui accolta – e credo, onestamente, condivisa (con maggiore o minore consapevolezza) dalla maggior parte dei giuristi –, nella quale i destinatari delle norme giuridiche non sarebbero soltanto i giudici, bensì tutti coloro i quali si vedono espressamente (e, di solito, direttamente) prescritto, permesso o vietato un certo comportamento. In quest’ottica gli

atteggiamenti interpretativi di giudici (e giuristi) non parrebbero avere un maggior rilievo *qualitativo*, dal punto di vista epistemico, rispetto a quelli di ogni altro consociato, e del resto sembrerebbe assai poco verosimile supporre che le istanze interpretative di giudici (e giuristi) possano vantare una supremazia *quantitativa* [22].

Con questo non si vuol dire, ovviamente, che le interpretazioni di giudici e giuristi non contino punto e che siano del tutto irrilevanti ai fini del significato, nel senso di non concorrere a loro volta alla formazione delle regole d'uso (vi concorreranno sì, ma *pro quota*), bensì soltanto che esse interpretazioni non parrebbero affatto le *uniche* determinanti, e che solo al prezzo di enormi contorsionismi stipulativi si potrebbero ritenere quelle *numericamente preponderanti*.

Anche qui non mi parrebbe, in tutt'onestà, di sostenere alcunché di stravagante, ma soltanto di prendere atto di alcuni “dati di fatto” difficilmente contestabili e che tuttavia spesso – mi sembra – non siano tenuti nella debita considerazione nel formulare (e nel valutare la consistenza de)i proprî assunti teorici. Vediamo più nel dettaglio *quali* dati di fatto.

Li riassumo di séguito nei minimi termini, rinviando alla monografia per un'analisi dettagliata. L'emittente (il Legislatore), per lo più, rivolge la propria comunicazione a tutti i consociati e non soltanto a giudici, giuristi e operatori professionali. È del tutto inverosimile sostenere che *solo* questi ultimi interpretino il messaggio legislativo. Viceversa, è evidente che, oltre allo stesso Legislatore, al momento della formulazione del precetto, *tutti* i consociati, ogniqualevolta siano interessati a conoscere il contenuto del diritto positivo – per constatarne l'altrui osservanza o inosservanza, oppure a loro volta per osservarlo, o al limite anche per eluderlo – interpretano, anche se magari poi non riversano sempre queste loro riflessioni interpretative in discorsi pubblici (per quanto poi, a ben vedere, almeno su determinati temi “scottanti” – si pensi solo alla normativa “antifumo” o a quella sul consumo di alcolici, in relazione alle tasse sulla casa, in materia di licenziamenti eccetera – il *tam tam* relativo al significato delle relative disposizioni c'è eccome).

Una teoria dell'interpretazione del diritto (e/o una teoria del significato degli enunciati giuridici) che non tenga adeguatamente in considerazione questi dati, e che circoscriva il proprio dominio alle sole interpretazioni “pubbliche” (e magari “pubblicate”) dei giudici e dei giuristi, *proprio da giurista* mi parrebbe gravemente lacunosa e fuorviante.

*Lacunosa*. Questo sia per la (più volte ricordata) arbitraria restrizione del dominio delle istanze interpretative rilevanti (tutti gli interessati interpretano: perché limitarsi ad analizzare le interpretazioni di giudici e giuristi?), sia per la pressoché totale premissione della prospettiva dell'emittente (il Legislatore) nell'individuazione delle regole che potrebbero consentire l'accertamento del significato del suo messaggio (anche abbracciando una teoria del significato che risolva quest'ultimo nell'uso, perché non considerare seriamente anche l'uso che del proprio linguaggio fa l'emittente [23]?).

*Fuorviante*. E qui *la blessure devient plus douloureuse*. Infatti, come tutti i giuristi sanno – ma a ben vedere considerazioni analoghe parrebbero valere anche per i giudici, gli operatori giuridici, i cittadini e, perché no?, anche i teorici del diritto – un conto è l'intendimento circa il significato (l'interpretazione) degli enunciati legislativi a livello di *inner speech*, dove l'interesse dell'interprete è quello (epistemico) di *comprendere correttamente*, altro discorso la sua (eventuale) “esternazione pubblica”, dove talvolta l'interesse dell'interprete può essere quello (pratico) di *distorcere* il contenuto del messaggio legislativo.

Se leggo (e comprendo) bene, a ciò parrebbe riallacciarsi una delle critiche mossemi da Barberis, secondo il quale la mia impostazione non riuscirebbe a distinguere le dinamiche del linguaggio *ordinario*, «dove la comunicazione è di solito cooperativa», e quelle del linguaggio *tecnicizzato* «dove può sempre diventare conflittuale» [24].

Non nego qui che il linguaggio legislativo segua regole (almeno in parte) diverse da quelle del linguaggio ordinario, ma mi sembra assai discutibile l'assunto secondo il quale in ambito giuridico la comunicazione risulti "strutturalmente" conflittuale.

Anche limitandosi alla comunicazione "pubblica" e per così dire "ufficiale", di sicuro non è animato da intenti o atteggiamenti comunicativi conflittuali l'*emittente* (il Legislatore), che ha tutto l'interesse a farsi capire. Altrettanto poco capisco quale "intrinseca" conflittualità dovrebbe sussistere fra il legislatore e il *giurista* o (fra il legislatore e) il *giudice*, che di solito non hanno (strutturalmente) un interesse di parte da sostenere, tale da entrare eventualmente "in conflitto" con le scelte del legislatore.

È più facile individuare un elemento di conflittualità nelle interpretazioni "pubbliche" offerte dagli operatori giuridici (o dai consociati) "di parte", ma – anche qui – *senza generalizzare troppo*: "conflittuale" sarà *soltanto* la comunicazione giuridica fra l'emittente e quell'operatore che, vistosi svantaggiato dalla scelta legislativa (e dunque... avendola di per sé compresa!), semplicemente "farà finta" di non capirla. Tuttavia, solitamente, anche in questi casi non mancheranno soggetti (si pensi soltanto alle "controparti" degli operatori giuridici appena menzionati) interessati a una comunicazione fortemente *cooperativa* con l'emittente (se non altro dal momento che si vedono da questi sostanzialmente favoriti).

Come che sia, è chiaro a tutti che questo "gioco" (parzialmente) conflittuale che troverebbe la sua arena nella comunicazione giuridica, tale (*i.e.*, conflittuale) è, nella misura in cui effettivamente lo sia, quando ci si limiti a censire e analizzare una sola (e assai limitata) "fetta" delle istanze interpretative – d'accapo, quelle "pubbliche" –, dove gli (eventuali) interessi di parte (o ideologici) sono maggiormente rappresentati. Considerazione, questa, peraltro pianamente condivisa – come fanno tutti coloro ai quali è capitato di frequentare l'ambiente d'un qualsiasi tribunale della Repubblica – dagli stessi *avvocati* (che qui, per comodità, assumo a prototipo degli interpreti "di parte"), ai quali non di rado capita di sostenere *pubblicamente* tesi interpretative alla cui consistenza (epistemica) neppure lontanamente credono, e della quale spesso non mancano di sorridere *in privato*.

Pure qui, sarebbe interessante capire: è circoscrivendo il dominio del discorso a questo (e *solo* a questo) tipo di attribuzioni di senso che si vorrebbe costruire il miglior (e forse anche l'*unico*) modello di teoria dell'interpretazione giuridica sostenibile sul mercato?[\[25\]](#)

Una volta ancora, *honni soit qui mal y pense*.

[\[1\]](#) «Promuoviamo senz'altro correttezza e trasparenza dell'interpretazione della Costituzione, ma della Costituzione *vigente* o *vivente*: ossia dei significati che essa è andata assumendo in sessant'anni d'interpretazione costituzionale». Così Barberis, *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in questa Rivista.

[\[2\]](#) La seconda alternativa mi pare implicitamente accreditata dallo stesso Barberis (*Op. ult. cit.*, 2), quando afferma: «da teorico del diritto aderente al giuspositivismo metodologico, cioè, mi astengo dal *proporre* interpretazioni: mi limito a *registrare* quelle che mi sembrano le interpretazioni prevalenti».

[\[3\]](#) Cfr. *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, 7-20.

[\[4\]](#) V. ancora *Interpretazione e Costituzione*, cit., 55 ss.

[5] Oltre che *consapevolmente*, giacché in questo senso egli si richiama in modo espresso alla terminologia di Alf Ross [*Review of Hart's Concept of Law* (1961-1962), trad. it. parz. *Su Hart* in R. Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980, specie p. 360]. La perplessità, dunque, non è qui relativa alla chiarezza concettuale della terminologia utilizzata – giacché tale chiarezza è prudentemente garantita da una ridefinizione –, ma all'effetto di smarrimento che tale terminologia evoca nel giurista, abituato (evidentemente abbracciando un altro senso di 'costituzione *vigente*' come semplice significato della Costituzione c.d. formale o documentale) a *contrapporre* e non ad *accostare* la Costituzione *vigente* a quella *vivente*.

[6] Questo, naturalmente, sempre concedendo – ma non credo che Mauro Barberis intenda negarlo – che pure quello epistemico-conoscitivo non sia da considerarsi uno scopo “intrinsecamente” inutile.

[7] In questo senso, «l'estensione dell'interpretazione costituzionale ai comuni cittadini» - che Barberis, in una versione precedente del suo contributo sul mio libro, suggeriva potesse essere uno dei miei obiettivi – non costituisce l'oggetto di una proposta di politica dell'interpretazione (basata su un giudizio *di valore*: anche i cittadini *devono interpretare*), ma una semplice constatazione (basata su un giudizio *di fatto*: anche i cittadini, e non solo giudici e giuristi, *interpretano*).

[8] Cfr. *Interpretazione e Costituzione*, cit., 129-136, dove si richiama ampiamente l'eccellente (e apparentemente ignoto alla letteratura specialistica) lavoro di Augusto Pino, *La ricerca giuridica*, Padova, 1996.

[9] Per un esempio di critica a tali opzioni di “sincretismo giuridico” v. *Interpretazione e Costituzione*, cit., 317-337.

[10] Con questo non intendo individuare nella *sanzione* l'elemento *necessario e/o caratterizzante* della norma o dell'ordinamento che vogliono dirsi ‘giuridici’, bensì segnalare come l'esistenza di apparati sanzionatori in grado di imporre coercitivamente l'osservanza (o di punire l'inosservanza) dei precetti d'un ordinamento è storicamente risultata (e continua a costituire) una delle *ragioni dell'interesse* per certi insiemi di norme, poi chiamati ‘ordinamenti giuridici’ (a mio avviso anche il discorso sulla maggiore o minore “realtà” degli ordinamenti giuridici si può sdrammatizzare così).

[11] Le quali, per lungo tempo, sono state identificate *esclusivamente* con gli Stati nazionali, che comunque ne rimangono l'archetipo.

[12] Come già facevo in *Interpretazione e Costituzione*, cit., 846, nt. 912.

[13] *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 250.

[14] Si vedano le notazioni da me dedicate all'avalutatività in *Interpretazione e Costituzione*, cit., 9-11, part. alle nt. 7, 8 e 9, dove ci si richiama particolarmente al pensiero di Max Weber. Ma cfr. anche *ivi*, 588-601, e ancora – *ex plurimis* – 842-846, e 1174-1182.

[15] Altro naturalmente è l'*intento* della teoria giuspositivistica di descrivere avalutativamente il proprio oggetto (il diritto), altro la *realizzazione* di tale intento. Quel che importa, tuttavia, è che la teoria giuspositivistica andrebbe *falsificata* (dimostrando la sua natura di teoria *falsa*), non già *smascherata* (come *ideologia*). Cfr. sempre Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 247: «se si prende in esame la *teoria* giuspositivistica, la critica si fonda su un *giudizio di verità* o di falsità, in quanto la teoria vuole descrivere la realtà, e quindi la sua valutazione consiste nel verificare se c'è corrispondenza fra teoria e realtà».

[16] Bobbio, *Op. ult. cit.*, 247.

[17] *Review of Hart's Concept of Law* (1961-1962), trad. it. parz. *Su Hart* in R. Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1980, 360.

[18] Bobbio, *Op. ult. cit.*, 142 s.

[19] Per parte mia non nego che un'analisi della fenomenologia giuridica intesa (in senso ampio) secondo questo paradigma di "diritto giurisprudenziale" possa avere la sua utilità per comprendere e descrivere alcune dinamiche nel "mondo del diritto" *lato sensu* inteso (che qui potremmo chiamare *Diritto 1*). Non nego, quindi, che per questa via si possa arrivare a individuare un corrispondente diritto *stricto sensu* inteso come insieme di regole (che qui potremmo chiamare *Diritto 2a*), dal contenuto diverso rispetto al contenuto semantico prescrittivo "proprio" degli enunciati delle fonti del diritto (che qui potremmo chiamare *Diritto 2b*).

Non ritengo, tuttavia, che tale prospettiva possa vantare alcuna pretesa d'*esclusività*, o che addirittura essa possa essere sensatamente invocata per escludere in radice la stessa esistenza (e/o configurabilità) d'un tale significato e della possibilità d'accertarlo attraverso una corretta interpretazione. La possibilità (e la possibile utilità) di "raffinare" *gius-realisticamente* (in una qualche versione del gius-realismo) i dati "grezzi" rinvenibili in *Diritto 1*, approdando a *Diritto 2°*, insomma, non mi pare implicare *in nessun modo* l'impossibilità di qualificare quegli stessi dati *gius-positivisticamente* (in una qualche versione del gius-positivismo), approdando a *Diritto 2b*.

[20] Mi limito qui a porre questa domanda, evitando di sollevare il quesito in ordine al tipo di interpretazioni prese in considerazione, che sospetto essere soltanto quelle "scritte" e "pubbliche" (dato che si comprende per la maggiore facilità della relativa analisi, ma che non manca di porre problemi *ulteriori* e non piccoli in ordine alla reale completezza e/o credibilità del novero delle interpretazioni sulle quali si calcolerebbe la "prevalenza").

[21] Critico esplicitamente (e argomentatamente) questa raffigurazione in *Interpretazione e Costituzione*, cit., 67-78, particolarmente nel relativo apparato di note.

[22] Se non forse con lo stratagemma stipulativo, prima accennato in nota, di limitare arbitrariamente il novero delle interpretazioni rilevanti alle sole interpretazioni *scritte e pubbliche*.

[23] Il quale certamente – nel caso del Legislatore – non si può supporre si limiti a produrre enunciati, lasciando che altri vi mettano il senso...

[24] Barberis, *Op. ult. cit.*, 5, nt. 10.

[25] Espongo alcune critiche alla consistenza di questa impostazione, soprattutto se la s'intenda proporre come un'autentica teoria dell'*interpretazione* in *Interpretazione e Costituzione*, cit., 1200-1214, in particolare argomentando (spec. 1212 s.) come siffatto *modus procedendi* conduca piuttosto a una teoria dell'*uso giurisprudenziale* dei documenti normativi.