

# Una teoria razionale-procedurale dell'interpretazione giuridica

GIORGIO PINO\*

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *Sul carattere procedurale dell'attività interpretativa* - 2.1. *Il posto dell'ermeneutica legale* - 2.2. *Ricognitivo vs. decisivo* - 3. *Sul carattere razionale dell'attività interpretativa* - 4. *La giuridicità dell'interpretazione giuridica*

## 1. *Premessa*

L'importante lavoro di Aurelio Gentili<sup>1</sup> è una vera e propria miniera per lo studioso interessato alle tematiche dell'interpretazione giuridica: per le ricche informazioni sull'evoluzione storica del dibattito e degli atteggiamenti degli operatori sull'interpretazione, per la quantità di spunti di riflessione e le posizioni spesso eterodosse che si affacciano quasi ad ogni pagina, e non ultimo per la sorprendente<sup>2</sup> competenza e precisione con cui è maneggiata la letteratura filosofico-giuridica (e filosofica in generale) rilevante per l'argomento.

La struttura del libro è ingannevolmente schematica e assiomatica (Gentili stesso parla di andamento «concentrico» dell'esposizione, XVI): dalla storia alla teoria alla tecnica, dall'interpretazione in generale all'interpretazione giuridica all'interpretazione dei contratti. Tuttavia, come dicevo, si tratta di una schematicità o assiomaticità del tutto ingannevole: in realtà, l'argomentazione sviluppata ha un impianto olistico, in cui argomenti futuri vengono anticipati e argomenti già trattati vengono ripresi, in un sistema di porte girevoli in cui il lettore, grazie alla bravura e alla lucidità espositiva dell'Autore, sa sempre dove si trova e dove viene portato.

Tra i tanti argomenti di notevole interesse presenti nel libro di Aurelio Gentili, in questo scritto mi limiterò a ricostruire e commentare il nucleo della teoria dell'interpretazione giuridica che viene dettagliatamente difesa dall'Autore. Questa teoria si può condensare, a mio avviso, nella formula “teoria razionale-procedurale dell'interpretazione” – formula che spiegherò tra breve e discuterò nel resto di questo saggio (§§ 2, 3). Concluderò con una breve chiosa sulla giuridicità dell'interpretazione giuridica, prendendo spunto da alcune affermazioni di Gentili a questo riguardo (§ 4).

Alcune precisazioni preliminari. Oltre a poter essere caratterizzata in termini razionali-procedurali, un altro aspetto della teoria dell'interpretazione giuridica di Aurelio Gentili è la sua dichiarata adesione allo scetticismo interpretativo, o ad una sua variante “moderata” o teoria “mista” (236). Poiché in questa sede non intendo discutere, se non indirettamente, dello scetticismo interpretativo cui Gentili afferma di aderire, mi limito a fare subito un'osservazione alquanto telegrafica a questo riguardo.

Lo scetticismo interpretativo moderato, per come viene comunemente ricostruito, sostiene che vi sono sempre plurime scelte interpretative (e in questo consiste appunto la radice scettica di questo modo di vedere), ma al contempo tali scelte non sono infinite né necessariamente arbitrarie, essendo invece delimitate da una “cornice” di significati ammissibili, tra cui

---

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Palermo.

<sup>1</sup> A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, 2 voll., Torino, 2015. D'ora in avanti, le indicazioni di pagina nel testo si riferiranno sempre a questo libro.

<sup>2</sup> Ma per chi conosca già l'Autore, personalmente o attraverso le sue opere precedenti, non si può certamente dire che questa sia una sorpresa.

l'interprete si trova in definitiva a dover (e poter) scegliere (e in questo consiste la variante "moderata" dello scetticismo). In ciò, lo scetticismo moderato si distingue non solo dallo scetticismo radicale, secondo il quale non c'è proprio nulla che delimiti l'ambito di decisione dell'interprete, e ovviamente dal cognitivismo interpretativo, secondo il quale c'è sempre una (e una sola) risposta corretta ai problemi interpretativi; ma si distingue anche dalle teorie "miste" o "intermedie" o "eclettiche" dell'interpretazione, secondo le quali in alcuni casi (casi chiari, casi facili) vi è solo una possibile scelta interpretativa e l'interpretazione è dunque un atto di conoscenza, mentre in altri casi (casi difficili) vi sono plurime possibilità interpretative e l'interpretazione è dunque un atto di volontà<sup>3</sup>.

Da quanto appena detto segue per un verso che non è felicissima l'identificazione che Gentili sembra fare tra teorie miste e teorie scettiche moderate dell'interpretazione (190, nt. 50; 236), anche se in definitiva è certamente possibile scegliere qualunque etichetta basta che ci si metta d'accordo sul significato che le si attribuisce; e per altro verso che non è così chiaro che la teoria di Gentili sia configurabile come un tipo di scetticismo moderato, a fronte del fatto che essa ammette la possibilità che – in taluni casi – si possa individuare un'unica possibilità interpretativa, o una possibilità interpretativa chiaramente superiore alle altre (v. ad es. 234, 254, 258, 259): da quest'ultimo punto di vista, la teoria di Gentili sembra in effetti ascrivibile all'ambito delle teorie miste o intermedie tra scetticismo e cognitivismo.

Indipendentemente dalla questione della più adeguata collocazione della teoria di Gentili nel panorama delle teorie dell'interpretazione giuridica, e prima di introdurre alcune possibili riserve su aspetti anche importanti della proposta teorica sviluppata da Gentili, tengo peraltro a sottolineare la mia simpatia verso il progetto di fondo perseguito in questo libro. Questo può essere caratterizzato, ritengo, come un tentativo di sfuggire all'alternativa tra il cognitivismo interpretativo e qualche forma di sdilinquito postmodernismo giuridico<sup>4</sup>. Ebbene, mi trovo del tutto in sintonia con Gentili nel rifiutare i richiami di entrambe queste sirene. Il cognitivismo deve essere rifiutato per la sua ingenua ricerca della verità nell'interpretazione, il postmodernismo perché riduce l'interpretazione giuridica ad una forma di affabulazione retorica che cela o la pura intuizione o l'esercizio della nuda forza. L'attività interpretativa, a mio modo di vedere (ma, ripeto, ritengo che ciò sia pienamente condiviso anche da Gentili) è esercizio di potere, e proprio per questo deve essere assoggettata non solo ad un controllo istituzionale (il sistema delle impugnazioni), ma anche ad un controllo diffuso, da parte dei giuristi e dell'opinione pubblica<sup>5</sup>; ed entrambe queste forme di controllo postulano l'assoggettabilità dell'argomentazione giuridica ad uno scrutinio razionale: l'argomentazione giuridica deve

---

<sup>3</sup> Per alcune ricostruzioni di questo dibattito di teoria dell'interpretazione, v. E. DICIOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Università degli Studi di Siena, Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Working Paper n. 45, 2003; V. VILLA, *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 289-315; R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in «Lavoro e diritto», 2014, 2-3, pp. 233-246.

<sup>4</sup> Incidentalmente, può destare un'istintiva perplessità la collocazione, operata da Gentili, della teoria dell'interpretazione di indirizzo analitico tra gli orientamenti post-moderni (154). Infatti, il post-moderno è solitamente associato al pensiero sintetico (e sincretico), all'insofferenza per la precisione e per le distinzioni chiare, alla sottovalutazione del ruolo della logica a tutto vantaggio della retorica nell'argomentazione giuridica, e così via, e nessuno di questi tratti è riscontrabile nella teoria dell'interpretazione di indirizzo analitico. Ma tutte queste cose Gentili le sa perfettamente, e la collocazione, nel suo libro, della teoria dell'interpretazione di indirizzo analitico tra gli orientamenti post-moderni deriva solo dalla considerazione che si tratta di una delle teorie che si sono sviluppate successivamente alla crisi dell'età del cognitivismo interpretativo.

<sup>5</sup> Per alcune ulteriori osservazioni su questo punto, v. G. PINO, *Aspetti notevoli della filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, pp. 109-123; ID., *Celano sul Rule of Law: il tassello mancante*, in Pau Luque, Mauricio Maldonado Muñoz (a cura di), *Problemi attuali di Filosofia del Diritto: Discutendo con Bruno Celano*, Barcelona, 2016 (in corso di pubblicazione).

quantomeno essere presentata in forma razionale (cioè come una serie di scelte guidate da argomenti razionalmente controllabili), e analizzata anche su questa base.

Ciò detto, proverò adesso a discutere gli elementi che mi sembrano maggiormente qualificanti della teoria di Gentili, nell'ambito della quale l'attività interpretativa è (deve essere considerata) un'attività procedurale e razionale.

## 2. *Sul carattere procedurale dell'attività interpretativa*

Gentili ricostruisce l'attività interpretativa come una attività scandita in fasi, in una successione di passaggi operazionali ordinati da una scansione logica e finalizzati ad un certo risultato, cioè l'esito dell'attività interpretativa, l'attribuzione di significato ad un testo – in altre parole, l'attività interpretativa può essere ricondotta ad un procedimento o procedura<sup>6</sup>. Un procedimento interpretativo correttamente eseguito dà notevoli garanzie di pervenire all'individuazione delle soluzioni interpretative più plausibili, e potenzialmente dell'unica soluzione interpretativa giusta, nel senso di corretta (219-220); ciò consente a Gentili di sostituire la correttezza alla verità, come criterio di valutazione dell'interpretazione: non ci sono interpretazioni vere (vere rispetto a cosa?), ma interpretazioni corrette, per avere l'interprete eseguito correttamente il procedimento interpretativo<sup>7</sup>.

Dunque, il procedimento interpretativo come ricostruito da Gentili si articola nelle seguenti fasi (235-240; si tratta evidentemente di una ricostruzione concettuale, o "logica", non psicologica, dell'attività interpretativa). Una prima fase è di carattere cognitivo, e consiste nell'individuazione del significante, cioè del testo da interpretare; questa fase, secondo Gentili, «non è specificamente problematica» (235). Una seconda fase riguarda l'attribuzione del significato al testo, e si articola a sua volta in due momenti. Un primo momento è nuovamente cognitivo, e consiste nella ricognizione del significato o dei significati possibili; si tratta del significato o significati letterali. Un secondo momento ha carattere decisorio, e consiste nella scelta del significato migliore tra quelli possibili, scelta guidata da criteri di preferibilità razionale (assenza di obiezioni non refutabili provenienti dallo stesso testo, dal co-testo, dal contesto...). Fin qui, si può parlare di una fase interpretativa improntata ad una ermeneutica *razionale*, e guidata dal criterio della "correttezza" o "giustizia" (207). Infine, se la situazione di incertezza permane, perché i significati possibili sono ancora plurimi, soccorrono le regole dell'ermeneutica *legale*, cioè le (eventuali) regole giuridiche che guidano il processo interpretativo, e sono ispirati a criteri di "opportunità" (XIV).

Ora, a fronte di questo quadro, che spero di aver ricostruito correttamente anche se sinteticamente, credo si possano sollevare alcune perplessità di tipo teorico-giuridico. Queste perplessità si possono in definitiva condensare nell'idea che le varie fasi del procedimento interpretativo sono in realtà assai più integrate e intrecciate tra loro, e da più di un punto di vista, di quanto non risulti dall'analisi di Gentili. Vediamo.

### 2.1. *Il posto dell'ermeneutica legale*

Cominciamo dal ruolo dell'ermeneutica legale ossia, come si è già detto, i criteri di interpretazione stabiliti dal diritto positivo. Secondo Gentili, questi criteri sono doppiamente eventuali, si potrebbe dire: per un verso perché non è detto che ogni diritto positivo li contempli (267), e per altro verso perché, se la situazione di incertezza interpretativa è stata già risolta in base a criteri di ermeneutica razionale, i criteri dell'ermeneutica legale non entreranno in

---

<sup>6</sup> Gentili parla più spesso di «procedimento» (v. ad es. 254, 255), ma considero i due termini come sinonimi.

<sup>7</sup> «È corretto l'esito interpretativo che risulta da un procedimento corretto [...]. La correttezza dell'interpretazione è quindi in definitiva un fatto procedurale» (220, corsivi nell'originale).

funzione. Ebbene, a mio modo di vedere le cose non stanno e non possono stare così: i criteri dell'ermeneutica legale non sono eventuali, in nessuno dei due sensi appena detti.

Non sono eventuali, in primo luogo, per una ragione legata alla natura stessa del diritto come fenomeno normativo. Mi riferisco al fatto che il diritto include, e secondo alcuni include *necessariamente*<sup>8</sup>, la presenza di organi dell'applicazione. In altre parole, il diritto è un fenomeno normativo istituzionalizzato, che regola non solo la propria produzione ma anche, e soprattutto, la propria applicazione. Nel diritto ci sono organi istituzionalmente deputati all'applicazione delle norme giuridiche, e l'attività di applicazione necessariamente presuppone anche una attività di interpretazione, quantomeno ogniqualvolta rispetto all'attività decisoria degli organi dell'applicazione preesistano testi normativi da interpretare<sup>9</sup>. Come è evidente, gli organi dell'applicazione non decidono in maniera autoritativa solo sul merito dei singoli casi concreti portati alla loro cognizione, ma – indirettamente – decidono anche sui *significati* dei testi normativi da cui traggono le norme da applicare ai casi concreti<sup>10</sup>.

Da ciò deriva la conseguenza che il linguaggio giuridico è un linguaggio “amministrato”<sup>11</sup>, cioè un linguaggio rispetto al cui funzionamento giocano un ruolo primario le scelte e le decisioni quantomeno del ceto professionale degli organi dell'applicazione (quantomeno: perché il linguaggio giuridico risente anche delle scelte e delle proposte provenienti dal ceto dei giuristi “teorici”, cioè la dottrina)<sup>12</sup>; ed è anche per questa ragione, peraltro, che il linguaggio giuridico tende fatalmente al tecnicismo, quando non all'esoterismo. E dire che il linguaggio giuridico è un linguaggio amministrato significa anche che tra gli operatori giuridici maturano assai probabilmente (se proprio non vogliamo dire: sempre) stili di interpretazione, tecniche interpretative, definizioni tecniche, in altre parole criteri di ermeneutica legale, a prescindere dal fatto che tali criteri siano codificati anche in disposizioni legislative, come in Italia l'art. 12 delle Preleggi o gli artt. dal 1362 al 1371 del codice civile<sup>13</sup>. In altre parole, la tesi di Gentili secondo cui la presenza di criteri di ermeneutica legale è solo eventuale sembra frutto di un vizio di prospettiva, che deriva dall'identificare i criteri *giuridici* o *legali* di interpretazione con i soli criteri *legislativi*: la presenza di questi ultimi è certamente eventuale, ma ciò non vuol dire che l'eventuale assenza di criteri di interpretazione esplicitamente codificati determini di per sé un'assenza di criteri *giuridici* di interpretazione<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> È la tesi di J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, cap. 6. Ma vedi anche N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 128-131.

<sup>9</sup> È del tutto possibile, infatti che in un ordinamento giuridico gli organi deputati alla risoluzione delle controversie non dispongano, talvolta o mai, di testi previ da interpretare. Ma ovviamente negli ordinamenti giuridici contemporanei improntati a regimi di separazione dei poteri, nei casi normali la giurisdizione muove dall'interpretazione di testi scritti previamente esistenti.

<sup>10</sup> Di contro Gentili, che pure richiama l'attenzione sull'esistenza nel diritto di istituzioni cui è appositamente attribuita la competenza di interpretare, menziona solo l'efficacia formale delle decisioni interpretative dei giudici legata al passaggio in giudicato delle sentenze, e dunque relativa al caso concreto (240-241).

<sup>11</sup> La fortunata espressione è stata coniata da Mario Jori, di cui si possono utilmente consultare: *I giudici creano diritto?*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), luglio 2009; *Linguaggio giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., pp. 257-288; *Pragmatica giuridica*, Modena, 2016.

<sup>12</sup> In proposito, rinvio a G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Bologna, 2003, cap. IV.

<sup>13</sup> Gino Gorla riconduceva gli stili e le tecniche interpretative alla categoria del “paragiuridico” (cfr. G. Gorla, *Diritto comparato e diritto straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, 1989, p. 4). Personalmente ritengo invece che queste cose rientrino pienamente nella categoria della giuridicità, di ciò che compone il diritto in un certo contesto territoriale e temporale, insieme a determinati testi, ai loro significati, a determinate autorità; cfr. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, pp. 41-42; in tal senso v. già L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 30.

<sup>14</sup> A dire il vero, Gentili sembra talvolta adottare un atteggiamento più problematico a questo proposito: ad esempio, dopo aver distinto tra regole ermeneutiche *legali* e *giurisprudenziali* (274, nt. 174), ammette che il confine tra le due può essere sfumato. Forse si può leggere sotto questa luce quello che a prima vista sembrerebbe un *lapsus calami*, allorché Gentili qualifica come criterio di ermeneutica legale l'obbligo di interpretazione conforme a

Inoltre, i criteri giuridici di interpretazione (specialmente se intesi nel senso più ampio da me utilizzato) non sono eventuali anche per un'altra ragione, legata alla struttura del procedimento interpretativo. Si ricordi che nella ricostruzione di Gentili i criteri di ermeneutica legale entrano in funzione solo ove un'unica interpretazione corretta non sia già stata attinta grazie ai criteri di ermeneutica semantico-razionale. Ebbene, forse le cose non stanno esattamente così. Forse l'intervento dei criteri di ermeneutica legale non è eventuale neanche in questo senso. Infatti, è del tutto evidente che – sempre a causa della natura del linguaggio giuridico come linguaggio amministrato – considerazioni tecnico-giuridiche entrino in azione già nella fase della delimitazione della cornice dei significati possibili. Si pensi, per fare solo un esempio, all'ipotesi in cui esistano per una certa materia delle definizioni legali (che sono esempi di criteri di ermeneutica legale); ebbene, in questi casi non si può dire che i criteri di ermeneutica legale entrino in azione solo *ex post*, per sciogliere un dubbio che è residuo dall'applicazione degli "ordinari" criteri di ermeneutica semantico-razionale; piuttosto, qui i criteri di ermeneutica legale impediscono *ex ante* che si formi un dubbio alla luce delle regole semantiche ordinarie (le definizioni legali servono esattamente a questo). E non si può dire che questi siano esempi sporadici, dato che, come abbiamo visto poco sopra, la tecnicizzazione del linguaggio è un aspetto pervasivo del diritto.

D'altronde, questo emerge già dall'impostazione dello stesso Gentili, laddove osserva che la prassi dottrinale e giurisprudenziale sono il co-testo rispetto al testo da interpretare, e dunque sono strumenti dell'interpretazione (232-233), e che i significati possibili vengono elaborati (anche) alla luce dei metodi interpretativi razionali e legali, e della dogmatica, e – nuovamente – del co-testo (234).

Alla luce di tutto ciò, sembrerebbe più proficuo inquadrare i criteri di ermeneutica razionale e di ermeneutica legale come fattori in stretta e costante interazione, anziché come fattori che operano in fasi distinte del procedimento interpretativo.

## 2.2. Ricognitivo vs. decisorio

Un'altra perplessità sul modo in cui Gentili raffigura la strutturazione logica del procedimento interpretativo riguarda la distinzione tra fasi cognitive o ricognitive e fasi decisorie: nelle prime, grossomodo, il giurista prende atto di qualcosa che c'è, nelle seconde invece deve decidere tra più opzioni disponibili. Anche a questo riguardo la mia impressione è che la distinzione tracciata da Gentili sia troppo netta, e che in realtà tra le varie fasi vi sia una maggiore continuità. In questo caso, la continuità è data dal fatto che, a mio parere, elementi decisori siano presenti, e in maniera assai importante, già nelle fasi che Gentili individua come ricognitive.

Come si ricorderà, tra le varie fasi del procedimento interpretativo Gentili individua una prima fase, di carattere ricognitivo, che consiste nell'individuazione del significante, cioè del testo da interpretare; e una seconda fase (interna a sua volta alla fase di attribuzione del significato) anch'essa ricognitiva, che consiste nell'individuazione dell'ambito dei significati possibili. Ora, è possibile mostrare che, in realtà, nessuna di queste due fasi è effettivamente ricognitiva, e che anzi in entrambe di queste fasi l'interprete è o può essere chiamato ad effettuare scelte.

Infatti, nel caso dell'individuazione del testo da interpretare, è del tutto possibile che l'interprete sia chiamato ad operare molteplici scelte, che possono riguardare ad esempio:

- la qualificazione di un certo testo come fonte del diritto, cosa che può ben essere incerta, ad esempio in molti casi di *soft law*; ma si ricordi che per un periodo è stata discussa la valenza normativa della stessa Costituzione italiana (mi riferisco alla nota vicenda delle norme costituzionali programmatiche); ed è discussa la portata normativa del diritto giurisprudenziale

---

costituzione (272): criterio che, come è noto, non è stabilito dalla legge ma deriva piuttosto da un orientamento interpretativo, che ad un certo punto ha anche ricevuto l'autorevole avallo della Corte costituzionale.

nell'ordinamento italiano, così come può essere controversa l'individuazione in concreto della formazione di un diritto vivente;

- l'accertamento della validità formale, o vigenza, del documento normativo, cosa che può essere alquanto problematica ad esempio in caso di abrogazione tacita o implicita, o comunque di documenti normativi molto vecchi;

- l'individuazione della porzione di testo da interpretare, che può richiedere di ritagliare in vario modo enunciati presenti in parti diverse del documento normativo, o anche in documenti diversi, o perfino in fonti diverse aventi diverso valore normativo (il combinato disposto).

Mi sembra che questi esempi, e altri che se ne potrebbero fare<sup>15</sup>, mostrino chiaramente che anche nella fase dell'individuazione del significante siano all'opera decisioni in senso ampio interpretative, e che non si possa dunque qualificare come una fase puramente ricognitiva<sup>16</sup>.

Ancora più evidente mi sembra il ruolo del momento decisorio nella fase della ricostruzione della cornice dei significati possibili. Anzitutto, quella della cornice è una metafora che conferisce un'aura di precisione ad una entità che è tutt'altro che precisa, non ha contorni esattamente delimitati (l'entità cui mi riferisco è la somma dei possibili significati di un enunciato). A prescindere da questo, comunque, e accettando di utilizzare la metafora della cornice come strumento euristico ancorché semplificato, è sufficiente osservare come la cornice possa essere costruita in modi diversi a seconda dei diversi criteri impiegati, e i criteri astrattamente utilizzabili a questo fine sono ovviamente molteplici: così, prenderà forma una cornice diversa a seconda che essa venga individuata sulla base dei significati "ordinari", o sulla base dei significati tecnico-giuridici, o sulla base di una combinazione di entrambi, o sulla base degli usi linguistici del momento in cui il testo da interpretare è stato promulgato, o sulla base degli usi linguistici del momento in cui il testo da interpretare deve essere applicato, o sulla base delle sole interpretazioni giurisprudenziali (e di quali? Di quelle numericamente maggioritarie? O solo di quelle autorevoli, come provenienti dalla Corte di Cassazione? E se gli orientamenti interpretativi sono cambiati nel tempo? E così via), o sulla base delle interpretazioni dottrinali, e così via elencando.

Per la maggiore chiarezza, preciso che le mie perplessità sull'idea di cornice non intendono mostrare che il diritto sia affetto da indeterminatezza radicale, che agli enunciati delle fonti possa essere ascrivito qualunque significato, o cose simili. Piuttosto, intendo dire che già nell'individuazione della cornice operano scelte, che queste scelte possono essere più o meno palesi, più o meno condivise all'interno della cultura giuridica<sup>17</sup>, e che assumono un senso alla luce delle opzioni etico-politiche di fondo (che Gentili chiama "concezioni", io preferisco chiamare "ideologie giuridiche": v. par. seguente) di ciascun giurista<sup>18</sup>.

### 3. *Sul carattere razionale dell'attività interpretativa*

Nella proposta di Gentili, l'attività interpretativa non è semplicemente un procedimento, ma un procedimento *razionale*, guidato (entro certi limiti) da criteri razionali. A suffragare suggestivamente questa idea, Gentili ricorre spesso al parallelo tra l'interpretazione giuridica e il calcolo, l'aritmetica (220, 261), cioè le attività razionali per eccellenza. Come ho già detto, sono

---

<sup>15</sup> Rinvio in proposito a G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014.

<sup>16</sup> È del tutto probabile, e peraltro mi è stato segnalato dallo stesso Gentili, che nella sottovalutazione di questi elementi decisorio sia all'opera una distorsione di prospettiva causata da una maggiore attenzione da parte dell'Autore alla problematica dell'interpretazione contrattuale (che comunque è l'oggetto principale del libro che stiamo discutendo): in quest'ultimo campo, infatti, è certamente vero che l'individuazione del testo da interpretare non è di solito particolarmente problematica.

<sup>17</sup> E come Gentili nota brillantemente, «la comunità dell'interpretazione non è che il nome collettivo di giuristi che si segnalano per le loro continue diatribe» (75).

<sup>18</sup> Per ulteriori argomenti a questo proposito, rinvio a G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2013, 1, pp. pp. 77-102.

molto simpatetico verso il tentativo di valorizzare le componenti razionali dell'interpretazione giuridica. Credo però che, rispetto alle dichiarate ambizioni di Gentili, il progetto debba essere un po' ridimensionato, o quantomeno contestualizzato. Cerco di spiegarmi.

Secondo Gentili, è più corretta (più giustificata), tra quelle semanticamente possibili, l'interpretazione «meglio sostenuta dagli argomenti del caso» (259; v. anche 285, a proposito dell'interpretazione «come miglior giustificazione *razionale*»). La scelta razionale richiede che una soluzione interpretativa che non superi una confutazione, ad esempio sulla base di elementi provenienti dal testo stesso, o dal co-testo, o dal contesto, debba essere senz'altro abbandonata<sup>19</sup>. A questo punto, nella più felice delle ipotesi, potrebbe accadere che solo una possibilità interpretativa, tra quelle semanticamente possibili (cioè tra quelle ammesse dalla lettera del testo, sulla base dei criteri dell'ermeneutica semantico-razionale), riesca a superare il vaglio di contro-argomenti decisivi. In tal caso, l'interprete avrà trovato la (l'unica) soluzione interpretativa corretta, e questa sarà una soluzione razionalmente fondata, visto che nessuna soluzione alternativa ha superato il vaglio razionale dei contro-argomenti testuali, co-testuali o contestuali (259).

Di contro, è anche possibile che più soluzioni interpretative non risultino conclusivamente confutate, e che dunque superino tutte il vaglio della confutazione razionale. In quest'ultimo caso, occorrerà prendere una scelta tra più soluzioni *prima facie* corrette, nel senso di semanticamente ammissibili. E questa decisione non è di per sé razionalmente fondata; infatti, per decidere e supportare una soluzione interpretativa a preferenza delle altre possibili sono disponibili all'interprete diversi argomenti interpretativi (l'argomento teleologico, l'argomento sistematico, l'argomento economico, ecc.), e nessuno di essi è di per sé migliore degli altri: raramente il “peso” di un argomento interpretativo è chiaramente assegnato dal sistema, spesso il sistema contiene scelte contraddittorie o solo molto generiche su questo. Ciascun argomento interpretativo assume un peso specifico solo all'interno di una certa metodologia interpretativa complessiva, ciò che Gentili chiama una “concezione” (173, 262-263), e io preferisco chiamare una ideologia giuridica<sup>20</sup>: un insieme di convinzioni, raramente articolate e ancor più raramente esplicitate, di carattere etico-politico sulla legittimità dell'ordinamento giuridico, sul ruolo del giurista all'interno dell'ordinamento e nella società, sui rapporti tra poteri dello stato, ecc.

Gentili è perfettamente consapevole di questo problema, e ammette che esso rappresenti in effetti l'obiezione «più grave contro la possibilità di una giustificazione interamente razionale» della soluzione interpretativa (262). Credo però che sottovaluti non tanto l'esistenza del problema (che come abbiamo appena visto riconosce chiaramente), quanto la sua portata. Nell'economia dell'argomento di Gentili, sembra infatti che il caso dello stallo interpretativo sia tutto sommato marginale, residuale, a fronte della possibilità di attingere normalmente a soluzioni corrette, razionalmente giustificate.

Personalmente ho seri dubbi che sia così. A dire il vero, basta sollevare il sospetto che le ipotesi di stallo interpretativo siano in realtà le più frequenti, per arrivare alla conclusione che l'ambito della razionalità nel procedimento interpretativo debba essere fortemente ridimensionato. Se l'interprete si trova sempre o quasi sempre di fronte ad una pluralità di soluzioni semanticamente ammissibili, allora in tutti questi casi dovrà fatalmente uscire dal mero ambito della razionalità “semantica” e rivolgersi agli argomenti interpretativi che gli appaiono più consoni rispetto all'ideologia giuridica da lui sostenuta.

E se è così, allora la razionalità dell'interpretazione, se c'è, è tutta interna al paradigma ideologico di riferimento di ciascun giurista. Al di fuori di questo ci potranno solo essere soluzioni maggioritarie, ma non necessariamente soluzioni in assoluto più corrette delle altre.

---

<sup>19</sup> «L'argomento che corrobora un senso non è mai decisivo [...], mentre l'argomento che esclude un senso è decisivo» (259, corsivi nell'originale).

<sup>20</sup> G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., capp. VI e VIII.

#### 4. La giuridicità dell'interpretazione giuridica

Una breve notazione conclusiva su un problema filosoficamente molto denso. All'interno della sua teoria dell'interpretazione giuridica, Gentili si occupa anche individuare le condizioni alle quali una interpretazione conti come interpretazione *giuridica*.

A questo proposito, Gentili scarta la possibilità che la giuridicità dell'interpretazione giuridica risieda in qualche suo tratto strutturale o contenutistico (ad esempio, il fatto di avere ad oggetto documenti giuridici, o di essere effettuata da operatori giuridici), per sostenere invece la tesi che la giuridicità dipenda da caratteristiche funzionali, cioè dal fatto di mettere capo a regole di comportamento coercibili, regole che giustificano l'applicazione della forza (241-253).

Come anticipato, si tratta di una questione enorme, che in definitiva porta ad interrogarsi cosa è il diritto, e come si possa distinguere il diritto dal non diritto. Pur non potendo affrontare l'argomento in maniera esaustiva, si possono però formulare le seguenti, schematiche battute per sollevare qualche dubbio sulla percorribilità della tesi proposta da Gentili.

In primo luogo, non tutte le regole giuridiche, individuate a seguito di interpretazione, sono coercibili: alcune lo sono solo indirettamente, o addirittura molto indirettamente, come le regole costitutive, le norme che conferiscono poteri, le meta-norme, le definizioni legali, le norme che istituiscono enti. Tutte queste norme, è vero, possono finire con l'integrarsi con norme coercibili, ma per un verso questo è eventuale, e per altro verso così ragionando si finisce per risuscitare la teoria kelseniana dei frammenti di norme, i cui limiti sono stati già ampiamente evidenziati nel dibattito filosofico-giuridico della seconda metà del '900<sup>21</sup>.

In secondo luogo, affermare che a contraddistinguere l'interpretazione *giuridica* è il fatto di mettere capo a norme la cui coercibilità è giustificata rischia di innescare una petizione di principio, perché occorre poi chiedersi a quali condizioni la coercizione è giustificata; e la risposta non può che consistere nell'autorizzazione (ad effettuare la coercizione) fornita da una norma giuridica; dunque, non può essere la giuridicità a discendere dalla coercibilità, ma viceversa.

A questo punto, a fronte della impraticabilità della soluzione funzionale al problema della giuridicità dell'interpretazione giuridica (un'interpretazione è giuridica in funzione di ciò a cui serve), resta da esplorare una soluzione strutturale (un'interpretazione è giuridica in base a qualche sua caratteristica, come l'oggetto o il soggetto dell'interpretazione). A mio parere, prendendo le mosse dalla pressoché universalmente accettata distinzione tra disposizione e norma, si può affermare che è giuridica un'interpretazione che ha ad oggetto disposizioni, cioè enunciati contenuti in testi normativi, in fonti del diritto. In altre parole, è il tipo di testo interpretato a permettere di qualificare come giuridica una certa interpretazione, allo stesso modo in cui l'interpretazione letteraria è qualificata come tale dal tipo di testo che è oggetto dell'interpretazione.

Questo ovviamente apre il problema, che Gentili solleva puntualmente, che un testo è giuridico, in linea di massima<sup>22</sup>, se è stato prodotto in base a (altre) norme giuridiche, a loro volta contenute in altre fonti, e così via in una scala di rapporti di validazione tra fonti e norme che non può che terminare in un puro fatto non ulteriormente validato da altre norme, il fatto dell'esistenza di un ordinamento giuridico – l'effettività.

Questa risposta potrebbe sembrare per alcuni versi sconcertante (il diritto esiste non perché è giusto, non perché assicura la pace sociale, non perché attua i valori condivisi nella comunità, ma semplicemente perché esiste, perché è effettivamente attuato), per altri versi concettualmente inaccettabile per presunta violazione della legge di Hume.

---

<sup>21</sup> Il *locus classicus* per questa critica è H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 1994, cap. III.

<sup>22</sup> In linea di massima: perché alcuni testi possono essere considerati come normativi non in quanto prodotti conformemente ad altre norme, ma in virtù di prassi diffuse di riconoscimento (penso ad esempio al caso della rilevanza del diritto giurisprudenziale in ordinamenti di *civil law*). Ma questa complicazione, pur relevantissima, può essere trascurata nell'ambito di questa discussione.

Ebbene, quanto allo sconforto, non posso farci nulla.

Di contro, la violazione della legge di Hume (cioè l'indebita transizione dal piano dell'essere al piano del dover essere) è, appunto, solo apparente; infatti, a mio modo di vedere, e in linea con parte della tradizione giuspositivista, l'esistenza del diritto è un mero fatto, dal quale non si può trarre automaticamente alcuna conclusione in merito all'obbligatorietà e ancora meno alla giustizia del diritto esistente. Se un giudizio sull'esistenza del diritto o di un suo elemento (ad esempio, di una fonte del diritto, o di una corrente interpretativa, di un "diritto vivente") è un giudizio fattuale, non c'è nulla di concettualmente viziato nel ricondurre il fondamento ultimo (dell'esistenza) del diritto al fatto dell'effettività sociale. Altra questione è se ci pone la domanda del fondamento dell'obbligatorietà del diritto, cioè se e a quali condizioni sia giustificato obbedire al diritto, o sia giustificata la coercizione disposta dal diritto; in questo secondo caso, il fondamento non può che essere cercato in un giudizio etico-politico sulla legittimità del diritto esistente – cioè, ancora una volta, in una ideologia giuridica, o "concezione" del diritto. Naturalmente, una ideologia giuridica impegna solo chi la condivide; se costoro avranno i mezzi e la forza per imporla agli altri, quello sarà il diritto vigente, per gli altri si tratterà di scegliere se obbedire o meno, in base agli incentivi incorporati nel diritto stesso (la sanzione). Più realisticamente, in un ordinamento giuridico complesso, democratico e pluralista si avrà la convivenza di plurime ideologie giuridiche nel ceto dei giuristi (inteso in senso ampio): questi ultimi cercheranno per un verso un compromesso e una convergenza su alcuni punti condivisi, e per altro verso spingeranno – ognuno per conto proprio – per la modifica del diritto esistente al fine di renderlo più congruente possibile con la propria ideologia giuridica, tipicamente per mezzo dell'interpretazione. Un ordinamento giuridico in vigore riposa dunque su un delicato e mutevole insieme di rapporti di forza tra vari soggetti (produttori del diritto, applicatori, cittadini), in cui qualcuno riesce di volta in volta ad imporre il proprio punto di vista, e in cui dunque non sempre è chiaro a chi spetti l'ultima parola.