

SUL PROBLEMA DELLA CREAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO

GIORGIO PINO



Sul problema della creazione giudiziale del diritto

On Judicial Creation of Law

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.
E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

ABSTRACT

Il tema della creatività dell'interpretazione, e specialmente dell'interpretazione svolta in sede giudiziaria, è attualmente al centro di accesi dibattiti, fomentati peraltro dall'innegabile circostanza che, nell'attuale contesto giuspolitico rappresentato dallo Stato costituzionale, la discrezionalità – se non addirittura la libertà – interpretativa dei giudici sembra essere aumentata esponenzialmente. Questo breve saggio intende offrire un tentativo di chiarimento della questione, in una prospettiva soprattutto di teoria del diritto e di teoria dell'interpretazione giuridica: non proporrò formule magiche o una risposta definitiva a questo problema, ma quantomeno proverò a chiarire gli elementi fondamentali del problema della creatività interpretativa, e a dissipare alcuni possibili equivoci che si annidano in questo dibattito.

Legal interpretation, and its 'creative' nature, is a hotly debated topic. Especially in the context of contemporary Constitutional states, interpretative discretion of judges seems to have increased exponentially. This short essay aims at clarifying this issue, from a perspective primarily of legal theory and the theory of legal interpretation: I will not propose magic formulas or a definitive answer to this problem, but at the very least I will try to clarify the basic elements of the problem of interpretive creativity, and to dispel some possible misunderstandings that lurk in this debate.

KEYWORDS

interpretazione giuridica, creatività interpretativa, creazionismo, stato costituzionale

legal interpretation, interpretive creativity, constitutional state

Sul problema della creazione giudiziale del diritto

GIORGIO PINO

1. *La filosofia del diritto e lo Stato costituzionale* – 2. *Ragionando di creatività interpretativa* – 3. *Modeste proposte per una teoria della creatività giurisprudenziale*.

1. *La filosofia del diritto e lo Stato costituzionale*

Le riflessioni che Francisco Ansuátegui Roig ha consegnato al suo ricco volume *Norme, giudici, Stato costituzionale* (ANSUÁTEGUI ROIG 2020) si iscrivono in un filone della ricerca filosofico-giuridica contemporanea che potremmo identificare sotto l'etichetta “filosofia dello (o per lo) Stato costituzionale”.

Si tratta di un indirizzo di ricerca¹ che si sforza di esplorare le principali implicazioni teoriche che derivano dalla diffusione, avvenuta dapprima nel continente europeo, poi gradualmente su scala pressoché mondiale, del modello di organizzazione giuspolitica riconducibile allo Stato costituzionale di diritto – una organizzazione giuspolitica caratterizzata dai seguenti principali elementi: presenza di una costituzione rigida e garantita, e pertanto gerarchicamente superiore alla legge; riconoscimento alla costituzione di un carattere pienamente giuridico, da cui consegue la sua diretta applicabilità in giudizio; inclusione nella costituzione – o comunque a livello costituzionale – di un ampio elenco di principi e valori morali, alcuni dei quali *sub specie* di diritti fondamentali.

Come è ormai ampiamente noto, nel contesto dello Stato costituzionale alcune questioni e concetti giuridici assumono una luce nuova rispetto a quanto accadeva nel modello ad esso precedente, e cioè nello Stato “legislativo” (diffusosi in Europa nel corso dell'Ottocento, ed entrato definitivamente in crisi a metà del Novecento). Così, ad esempio, il concetto di validità appare oggi come un concetto radicalmente trasformato, in senso qualitativo, rispetto al passato: se nel modello dello Stato legislativo la validità poteva essere ricondotta alla corretta produzione dell'atto normativo da un punto di vista *formale-procedurale* (validità “formale”), nello Stato costituzionale la validità diventa anche, se non soprattutto, una questione di conformità di *contenuti* tra norme inferiori e norme superiori (validità “materiale” o “sostanziale”)². Oppure, si pensi al tema dei principi del diritto: anche se quella di principio giuridico era una nozione affatto consolidata nella cultura giuridica europea moderna³, essa diventa adesso per un verso assai più visibile che in passato (nello Stato costituzionale, le norme di principio sono ubique e il ragionamento giuridico “per principi” è un modulo argomentativo assolutamente normale), e per altro verso assume una natura un po' diversa che in passato (i principi, nello Stato costituzionale, occupano uno spazio intermedio tra diritto e morale: sono indiscutibilmente giuridici, ma hanno un ineliminabile contenuto morale).

¹ Al quale io stesso ho provato a dare un contributo: PINO 2017. Ma a dare la maggiore riconoscibilità a questo filone di indagine è stato ovviamente Luigi Ferrajoli: FERRAJOLI 1989 e 1993.

² In realtà, il discorso svolto nel testo contiene una semplificazione di cui è bene dare conto: anche nello Stato legislativo, infatti, gli atti sub-legislativi potevano essere valutati alla luce della loro validità materiale, ovviamente con riferimento alla loro conformità alla legge. Il punto però è che, nello Stato legislativo, la validità *della legge* – e cioè della fonte del diritto che è tuttora considerata come il paradigma della giuridicità – poteva essere solo di tipo formale, e non anche di tipo materiale (in altre parole: la legge dello Stato legislativo poteva avere, giuridicamente, qualunque contenuto). Di contro, nello Stato costituzionale anche la legge è suscettibile di essere valutata alla luce della sua validità materiale (in altre parole: la legge dello Stato costituzionale non può, giuridicamente, avere qualunque contenuto).

³ È appena il caso di notare che, molto prima che il tema dei principi giuridici venisse “scoperto” da Ronald Dworkin (DWORKIN 1967), la nozione di “principi (generali) del diritto” era presente nelle codificazioni europee ottocentesche e novecentesche, ed era stata discussa ed analizzata con grande finezza ad esempio da Vezio Crisafulli (CRISAFULLI 1941; su cui si può vedere PINO 2020) e Norberto Bobbio (BOBBIO 1966).

È appena il caso di precisare che quella che qui ho chiamato “filosofia dello Stato costituzionale” non va confusa, come talvolta viene fatto, con l’impalpabile “neocostituzionalismo”, e cioè con un insieme di tesi filosofico-giuridiche sulla natura del diritto, sostenute da, o attribuite a, autori come Robert Alexy, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Gustavo Zagrebelsky. Tra queste tesi vi sono ad esempio l’enfasi sulla connessione necessaria tra diritto e morale (l’idea che il diritto non possa essere esaurito nell’insieme delle decisioni formalmente corrette adottate da un’autorità politica, ma includa anche, necessariamente, una dimensione materiale, sostanziale, che lo lega alla giustizia); la continuità tra ragionamento giuridico e ragionamento morale; il primato del “punto di vista interno”, il punto di vista del partecipante alla pratica giuridica, ai fini della comprensione del diritto; la qualificazione del diritto come una “pratica sociale” in cui è centrale la dimensione interpretativa e argomentativa; l’idea che sia disponibile, sempre oppure nella maggior parte dei casi, una unica risposta giusta o corretta ai problemi giuridici; l’adesione a qualche forma di oggettivismo etico; il rifiuto del positivismo giuridico⁴.

Incidentalmente, è interessante notare come l’uso dell’etichetta “neocostituzionalismo” per denominare la posizione filosofico-giuridica che difende le tesi appena viste è per un verso misterioso, e per altro verso paradossale. È misterioso perché non si vede in che modo tesi di questo tipo dovrebbero avere a che fare con il concetto contemporaneo di costituzione o con lo Stato costituzionale: di fatto, quelle tesi vengono proposte come tesi affatto generali sulla natura del diritto, e vi sono anche fondati dubbi sul fatto che quelle tesi si compongano realmente in una nuova e ben identificabile posizione filosofico-giuridica⁵. Ed è paradossale il fatto che questa etichetta sia regolarmente associata ad alcuni autori estremamente influenti, anche se controversi, del dibattito filosofico-giuridico degli ultimi decenni, e si sia conquistata un posto fisso nei dibattiti filosofico-giuridici, nelle riviste e nei manuali di filosofia del diritto: tanto da apparire quasi come un paradigma non solo riconoscibile, ma addirittura dominante nella filosofia del diritto contemporanea; e tuttavia, paradossalmente, nessuno degli autori normalmente considerati come neocostituzionalisti utilizza questa etichetta per qualificare la propria posizione filosofico-giuridica, e alcuni di essi anzi la rifiutano esplicitamente⁶.

D’altronde, se la vulgata neocostituzionalista (o quella che nel dibattito degli ultimi trenta o quarant’anni è chiamata così) è costantemente ispirata dal rifiuto del positivismo giuridico, e dall’ambizione di sostituire ad esso un paradigma filosofico-giuridico del tutto nuovo, è pur vero che i principali contributi all’analisi e alla comprensione del modello dello Stato costituzionale sono stati elaborati proprio in ambito giuspositivista: penso a molti importanti lavori di Luigi Ferrajoli, ovviamente, ma anche di Luis Prieto Sanchís, di Riccardo Guastini, di Paolo Comanducci, di Mauro Barberis, di José Juan Moreso, di Tecla Mazzarese, del sottoscritto (*si parva licet*); e anche il lavoro di Ansuátegui Roig mi sembra inserirsi chiaramente in un orizzonte giuspositivista.

Tornando al nostro discorso, dunque, uno dei fenomeni che nel contesto dello Stato costituzio-

⁴ Per alcuni tentativi di ricostruzione del paradigma neocostituzionalista inteso come approccio filosofico-giuridico, v. ATIENZA 2001, 309 s. (da cui è ripreso l’elenco di tesi riportato nel testo); COMANDUCCI 2002, 78-94; MAZZARESE, 14-22; GUASTINI 2011; PINO 2011, 968-975; BONGIOVANNI 2013. Una ricostruzione parzialmente diversa da quella riportata nel testo, e incentrata sulla tesi della connessione necessaria tra diritto e morale, sulla teoria dei principi, e sul bilanciamento, si può leggere in FERRAJOLI 2010; BARBERIS 2012.

⁵ GUASTINI 2011; a cui ha risposto BARBERIS 2011.

⁶ Questo è accaduto in particolare con Luigi Ferrajoli e Manuel Atienza. Il primo, a lungo considerato un esponente di spicco del neocostituzionalismo, ha espressamente rifiutato questa etichetta e ha peraltro criticato duramente molte tesi caratteristiche del neocostituzionalismo (FERRAJOLI 2010). Il secondo continua a sostenere tesi caratteristiche del neocostituzionalismo, ma ha affermato di non essere un autore neocostituzionalista (ATIENZA 2014, 1). Una delle poche eccezioni, forse l’unica, è rappresentata da GARCÍA FIGUEROA 2009, che afferma esplicitamente di voler difendere una concezione neocostituzionalista del diritto. Luis Prieto Sanchís, di conseguenza, ha avuto buon gioco ad affermare che il neocostituzionalismo appare come una corrente di pensiero che in realtà conta pochissimi militanti (PRIETO SANCHÍS 2010, 462).

nale sembrano presentarsi in una luce nuova è il tema della discrezionalità interpretativa, che viene declinato anche come “creazione giudiziale del diritto”. Ovviamente, quello della discrezionalità interpretativa, e segnatamente giudiziaria, è un tema classico della riflessione filosofico-giuridica, e lo è stato ben prima dell’avvento dello Stato costituzionale. Il punto però è che nel contesto dello Stato legislativo la discrezionalità interpretativa veniva per un verso programmaticamente limitata (ad esempio da un tessuto normativo formulato prevalentemente “per regole”, e da un abito mentale di deferenza dei giudici verso il legislatore), e per altro verso ideologicamente occultata (dietro lo schermo di operazioni tecnicamente neutre); di contro, nel contesto dello Stato costituzionale la discrezionalità interpretativa è per un verso istituzionalmente ammessa se non incoraggiata (ad esempio, da un tessuto normativo formulato prevalentemente “per principi”, dalla struttura multilivello dell’ordinamento, e dal ricorso all’interpretazione conforme a Costituzione), e per altro verso apertamente esibita e – da taluni – perfino esaltata⁷.

È su questo punto che intendo concentrare le brevi osservazioni che cercherò di articolare in questo contributo. Ovviamente, Francisco Ansuátegui Roig è perfettamente consapevole dell’importanza della questione della creatività interpretativa nell’economia dello Stato costituzionale, tanto da dedicarvi specificamente uno dei saggi che compongono il volume⁸, oltre a toccarlo in vari altri luoghi sparsi nel volume. E confesso subito che, personalmente, trovo gli argomenti e le conclusioni di Ansuátegui Roig ampiamente condivisibili. Le riflessioni che seguono, dunque, non saranno una critica della posizione espressa da Ansuátegui Roig, ma piuttosto cercheranno di essere un autonomo tentativo di analisi del fenomeno della creatività interpretativa giudiziale.

2. Ragionando di creatività interpretativa

Come accennato, il tema della creatività dell’interpretazione, e specialmente di quella interpretazione particolarmente autorevole e autoritativa che viene svolta in sede giudiziaria, è attualmente al centro di accesi dibattiti. E questi dibattiti sono fomentati dall’ineludibile dato di realtà che, nell’attuale contesto giuspolitico rappresentato dallo Stato costituzionale, la discrezionalità – se non addirittura la libertà – interpretativa dei giudici sembra essere aumentata esponenzialmente. È stata anche coniata un’apposita parola per denotare, ovviamente in senso deteriore, questo fenomeno: “creazionismo”⁹.

È chiaro peraltro che il nesso tra l’incremento della discrezionalità interpretativa dei giudici, a cui stiamo assistendo da alcuni decenni, e l’avvento dello Stato costituzionale è, in certa misura, una semplificazione. Se per un verso è certo che la struttura normativa dello Stato costituzionale di per sé agevoli l’apertura di (ampi) margini interpretativi nella giurisdizione, per altro verso sarebbe ingenuo pensare che, oggi, la discrezionalità *dipenda solo da questo*. I fattori, in realtà sono molteplici e concomitanti: l’apertura alla dimensione sovranazionale e multilivello (apertura che, peraltro, potrebbe essa stessa essere considerata una componente necessaria dello Stato costituzionale¹⁰), la crisi della capacità regolativa della legge (proliferazione e sciatteria legislativa, legislazione per clausole generali, decodificazione), il declino dell’autorità della dottrina e della sua funzione ordinante (come testimoniato dal genere letterario “trattato giudiziario”), la speculare

⁷ Si vedano ad es. GROSSI 2017; LIPARI, 2018a e 2018b.

⁸ V. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, cap. 5. Il saggio in questione, dal titolo “Creazione giudiziale del diritto: critica di un paradigma”, è apparso originariamente nel 2006.

⁹ Il termine “creazionismo” ha recentemente assunto una certa popolarità (FERRAJOLI 2016 e 2018; LUCIANI 2019) al fine di designare, e criticare, una posizione che fonde lo scetticismo interpretativo (ossia la tesi che il giudice ha una libertà interpretativa pressoché completa) e l’idea che la giurisprudenza sia fonte del diritto. Si può peraltro dubitare che una posizione che sostenga contemporaneamente queste due tesi sia concettualmente coerente (cfr. PINO 2021, 336 ss.).

¹⁰ In proposito, PINO 2017, 26 s.

crescita della dimensione autoreferenziale della giurisprudenza, che si condensa in un vero e proprio “formalismo giurisprudenziale”¹¹.

Ora, la questione della creatività interpretativa presenta molteplici livelli di complessità.

Un primo livello di complessità, del tutto ovvio, è di tipo ideologico, o filosofico-politico: il riconoscimento, e ancor di più l’apologia, della creatività interpretativa della giurisprudenza mette direttamente in questione quel caposaldo della modernità giuspolitica che è la separazione dei poteri, e l’idea ad essa strettamente associata che la produzione normativa debba essere primariamente affidata agli organi dotati di legittimazione democratica.

Un secondo livello di complessità è più propriamente filosofico-giuridico, e riguarda la scelta del concetto di diritto che sottende la discussione. Ad esempio, una prospettiva tendenzialmente giusnaturalista, che sostenga che il diritto (il “vero” diritto) non sia oggetto di creazione da parte di decisioni e comportamenti sociali, ma piuttosto sia oggetto di scoperta per mezzo dell’uso della retta ragione, darà una risposta diversa al problema della creatività interpretativa rispetto a quella che può essere data nell’ambito di una prospettiva giuspositivista; e, all’interno di quest’ultima, sarà diversa la risposta che a questo problema potrà essere data assumendo un approccio di tipo normativistico oppure un approccio di tipo giusrealistico.

Un terzo livello di complessità è di tipo teorico-giuridico: sia che si voglia sostenere la tesi che l’interpretazione giudiziaria crei, o possa creare, diritto, sia che si voglia criticare questa tesi, occorre necessariamente chiarire che cosa si intenda quando si usano concetti come “creazione di diritto”, “fonte del diritto”, “applicazione del diritto”, “norma giuridica” – cioè, né più e né meno, occorre dotarsi di una quantomeno rudimentale teoria del diritto.

Un quarto livello di complessità, infine, dipende dalla natura stessa dell’interpretazione giuridica (così come, per questo aspetto, di qualunque attività interpretativa): l’interpretazione è, per un verso, interpretazione di un oggetto, e dunque non è pura creazione *ex nihilo*; ma per altro verso è, necessariamente, un’attività trasformativa, che cambia l’oggetto interpretato e lo rende in una luce nuova (più comprensibile più aggiornata, più “giusta”, ecc.). L’interpretazione, dunque, si muove in equilibrio su una linea indefinibile tra conservazione e innovazione, tra il rispetto per l’oggetto originale da interpretare e la sua inevitabile trasformazione. E, oltre ad essere impossibile stabilire in astratto come gestire la ricerca di questo equilibrio, diverse teorie dell’interpretazione (o forse dovremmo parlare di dottrine?) fissano in punti diversi l’asticella dell’interpretazione – alcune più verso la conservazione, altre più verso l’innovazione¹². (Per chiarezza: in questo capoverso sto parlando del problema *concettuale* di cosa sia l’interpretazione; non sto parlando invece del problema di *metodologia prescrittiva* di cosa sia una interpretazione buona, giusta, efficiente ecc.; in questo secondo senso, è perfino ancora più ovvio che alcune metodologie, formaliste, spingeranno maggiormente verso la polarità della conservazione, mentre altre metodologie, sostanzialiste, spingeranno maggiormente verso la polarità dell’innovazione¹³.)

È del tutto normale, e anzi inevitabile, che chi prende posizione nel dibattito sulla creatività giurisprudenziale sia condizionato – esplicitamente o, più spesso, tacitamente – da assunzioni di tipo ideologico, di tipo filosofico-giuridico, di tipo teorico-giuridico, e di assunzioni relative specificamente alla natura dell’interpretazione giuridica. E ovviamente, questi piani sono tra loro strettamente intrecciati: gli uni influenzano gli altri, spesso in una maniera non rigidamente predeterminata (non ci si deve aspettare, ad esempio, che dall’adozione di una prospettiva

¹¹ PINO 2021, 323 ss; PINO 2022.

¹² Si veda ad esempio la differenza, nel rapporto conservazione/innovazione in sede interpretativa, che emerge rispettivamente dalla teoria dell’interpretazione di Ronald Dworkin, e da quella di Riccardo Guastini. Nel primo caso, all’interprete sono riconosciuti ampi margini di (apparente) innovazione, al fine di trovare la *one right answer*; nel secondo caso, tendenzialmente ogni interpretazione che travalica il significato letterale è innovativa.

¹³ Per una più precisa articolazione della distinzione tra ideologie dell’interpretazione formaliste e sostanzialista, rimando a PINO 2021, cap. IX.

giuspositivista segua una precisa e univoca soluzione al problema della creatività giurisprudenziale), e anche circolare. Ciò che si può auspicare, evidentemente, è che vi sia possibilmente un po' di chiarezza sui presupposti (ideologici, filosofici, ecc.) del discorso, e che i piani di discorso siano per quanto possibile chiaramente separati (in modo, ad esempio, da non contrabbandare per tesi teoriche quelle che in realtà sono preferenze ideologiche).

Per parte mia, intendo svolgere nelle prossime pagine un tentativo di chiarimento sul problema della creatività interpretativa, in una prospettiva soprattutto di teoria del diritto e di teoria dell'interpretazione giuridica: intendo chiarire quantomeno alcuni dei concetti teorici rilevanti in questo dibattito. Come diventerà evidente, non proporrò formule magiche o una risposta definitiva a questo problema, ma quantomeno proverò a chiarire gli elementi fondamentali della questione, e a dissipare alcuni possibili equivoci che si annidano in questo dibattito.

3. Modeste proposte per una teoria della creatività giurisprudenziale

Il chiarimento sul problema della creatività interpretativa, e segnatamente giurisprudenziale, che intendo proporre passerà attraverso alcuni punti, che in un certo senso partono da osservazioni pressoché ovvie, per muovere via via verso osservazioni più problematiche e perfino paradossali.

Primo punto. Da un punto di vista nomodinamico, i giudici *creano* certamente qualcosa, e cioè un atto giuridico che possiamo genericamente chiamare “sentenza”: la sentenza è esattamente ciò che è prodotto in esito all'esercizio della funzione giudiziaria. Questo è banale, e altrettanto banalmente non è questo il punto interessante della questione; il punto interessante, piuttosto, è se *il contenuto* di questo atto sia creativo oppure no: è un problema di nomostatica (di derivazione di norme da norme), più che di nomodinamica (di produzione di un atto come esercizio di un certo potere). Il problema della creatività giurisprudenziale è un problema di creazione *di norme*, non *di atti*. La domanda rilevante è: i giudici creano norme?

Secondo punto. Se il concetto di norma giuridica è inteso a ricomprendere non solo le norme generali e astratte, ma anche le norme individuali e concrete¹⁴, allora i giudici creano sicuramente norme individuali e concrete, contenute nel dispositivo della sentenza. Ma, nuovamente, non è questo il punto interessante della questione: in fin dei conti, la norma individuale e concreta è estratta – da un punto di vista logico – con un ragionamento deduttivo da una norma generale e astratta: è la conclusione di un sillogismo (o di una catena di sillogismi) la cui premessa maggiore è una norma generale e astratta. Ed è evidente che lo svolgimento di un sillogismo non ha, in sé, nulla di creativo – anzi, è puramente tautologico: date certe premesse, la conclusione non può non seguire, per necessità logica. Dunque, se vi è qualcosa di creativo nell'attività interpretativa giudiziale, questo deve stare non nel “trovare” la norma individuale, ma casomai nel porre la norma generale (una certa norma generale) come premessa del sillogismo giudiziale. Detto altrimenti, l'eventuale attività creativa non starà nel dispositivo, ma nella motivazione (in diritto) della sentenza¹⁵.

Terzo punto. Dunque, una ipotetica attività creativa di diritto si può annidare nell'individuazione della norma generale e astratta che il giudice pone a premessa maggiore del suo sillogismo giudiziale, e questa norma sarà enunciata nella motivazione in diritto della sentenza. Ma in che senso il giudice crea, o quantomeno può creare, una norma nella motivazione della sentenza? Nuovamente, ci sono alcune importanti distinzioni da tenere a mente.

Disposizione e norma. In un primo senso, abbastanza ovvio, nel corso della decisione giudiziale il giudice crea una norma, perché una norma (esplicita) è, per definizione, il prodotto dell'interpretazione di una o più disposizioni. Quantomeno se si adotta l'apparato concettuale, ormai abba-

¹⁴ In proposito, PINO 2016, 71 s.

¹⁵ V. in proposito GUASTINI 1986.

stanza standard¹⁶, che definisce la “disposizione” come un enunciato (un segmento di linguaggio) presente in un atto normativo, e la “norma” come il significato attribuito a tale enunciato in esito a un processo interpretativo, allora si deve concludere che è concettualmente inevitabile che nel corso dell’attività giudiziale venga “creata” una norma – o, a ben vedere, che vengano create plurime norme, visto che il percorso decisionale del giudice normalmente si svolge all’interno di una trama normativa ricca e complessa (norme procedurali, norme sulla competenza, norme sulle prove, norme sostanziali...). In questo senso, dunque, l’affermazione che l’interprete in generale, e il giudice in particolare, “crei” norme è quasi una tautologia: mentre il lavoro del legislatore (in senso ampio) è porre atti normativi, composti da disposizioni, il lavoro dell’interprete è trovare la norma: la norma esiste solo dopo l’interpretazione, allo stesso modo in cui un suono esiste solo dopo che qualcuno lo abbia proferito.

“Quasi” una tautologia, però: perché la distinzione concettuale tra disposizione e norma, di per sé, lascia del tutto aperta la questione se il passaggio dalla disposizione alla norma sia in qualche senso vincolato, oppure del tutto libero, oppure un po’ vincolato e un po’ libero. In altre parole, sottolineare la distinzione concettuale, e ontologica, tra disposizione e norma non comporta, di per sé, che l’attività interpretativa che parte dalla disposizione e arriva alla norma sia un’attività libera e priva di limiti – né lo esclude, ovviamente. Dunque, pur una volta che si sia riconosciuto che la norma, in questo senso, è creata dall’interprete, resta ancora da vedere se nel processo interpretativo l’interprete sia libero o vincolato: ovvero, resta ancora da vedere che cosa nel processo interpretativo possa vincolare l’interprete, e che cosa invece gli attribuisca spazi di libertà.

Ebbene, detto in estrema sintesi, poiché l’interpretazione è interpretazione di qualcosa (di un oggetto), e poiché l’interpretazione giuridica è, paradigmaticamente, interpretazione di enunciati linguistici, allora il primo vincolo all’interpretazione giuridica è la formulazione linguistica degli enunciati da interpretare, o meglio il significato ovvio di tali enunciati. Ad un testo non si può far dire, letteralmente, qualunque cosa. Questo sembra abbastanza ovvio – e d’altronde, se così non fosse, non si capirebbe perché le nostre società impieghino così tante risorse nella redazione e diffusione di testi giuridici¹⁷. Ci sono però due complicazioni. La prima complicazione, su cui torneremo nei capoversi successivi, è che il linguaggio è una entità elastica e porosa, e dunque non ci si può aspettare che opponga un vincolo rigido alle attività interpretative. La seconda complicazione è che il linguaggio giuridico ha uno statuto particolare, è un linguaggio “amministrato”¹⁸: nel diritto, i significati (inclusi i significati “ovvi”) non emergono solo dalla prassi spontanea dei parlanti, ma sono in ultima analisi (anche) stabiliti da certe autorità, gli organi della produzione e dell’applicazione giuridica. E questa dimensione “amministrata” del linguaggio giuridico può per un verso fungere da vincolo per gli interpreti (come nel caso in cui esistano definizioni legislative sufficientemente precise, o indirizzi interpretativi sufficientemente stabilizzati), e per altro verso può aprire spazi di libertà interpretativa (come nel caso in cui siano presenti tecnicizzazioni plurime, o indirizzi interpretativi frammentati).

L’interpretazione è trasformazione. Un secondo senso in cui l’interpretazione crea norme, un senso meno ovvio del precedente, ma pur sempre abbastanza familiare al giurista, consiste nel fatto che l’interpretazione comporta sempre, inevitabilmente, una trasformazione del suo oggetto. Un minimo di cambiamento è insito in qualunque attività interpretativa. Pur lasciando da parte la questione se esista o no qualcosa come una sinonimia perfetta – la possibilità che l’enunciato interpretativo sia *perfettamente equivalente* all’enunciato interpretato – resta il fatto

¹⁶ Rimando, anche per eventuali approfondimenti bibliografici, a PINO 2021, cap. II; e si vedano anche MODUGNO, LONGO 2021. Una recente messa in questione della distinzione tra disposizione e norma è in LUCIANI 2016.

¹⁷ GIANFORMAGGIO 1995, 74: «distinguere o separare i poteri ha senso infatti solo laddove la produzione di norme sia, insieme, produzione di testi».

¹⁸ Sul linguaggio giuridico come linguaggio amministrato sono fondamentali i lavori di Mario Jori (v. ad es. JORI 2013); per le implicazioni di ciò specificamente nel campo dell’interpretazione giuridica, v. PINO 2021, cap. IV.

che il linguaggio in cui sono formulate le disposizioni giuridiche è sempre caratterizzato da un grado anche minimo di genericità; e di conseguenza l'interprete si trova sempre nella situazione di dover precisare, anche in modi che possono sembrare scontati, o automatici, gli enunciati di partenza. In questo senso, dunque, l'interpretazione è inevitabilmente creativa: perché, per estrarre la norma dalla disposizione, l'interprete dovrà certamente prendere delle scelte, e modificare anche impercettibilmente l'oggetto dell'interpretazione. E anche una interpretazione "dichiarativa", che resti aderente al significato ovvio della disposizione da interpretare, sconta il fatto che tale significato ovvio è già una trasformazione dell'enunciato di partenza.

Vale la pena di definire questa una "creazione di norme"? Probabilmente, impiegare qui la parola "creazione" può suonare eccessivo, perlomeno in alcuni casi. Se di creazione si tratta, lo è in un senso piuttosto debole. Ma c'è almeno una considerazione che rende non del tutto inopportuno parlare, qui, di "creazione": e consiste nell'esigenza che le varie trasformazioni interpretative effettuate dagli interpreti, talvolta minime e impercettibili, talvolta più sostanziose, vengano portate alla luce per quello che sono, e cioè come interventi in senso ampio "costruttivi", e non come semplici "scoperte" di una norma dormiente nei materiali normativi¹⁹.

Il problema dello "scarto". Un terzo senso, più problematico, in cui l'interpretazione crea norme è il seguente. Abbiamo già menzionato la natura elastica e porosa del linguaggio in cui sono formulate le disposizioni giuridiche, un linguaggio inevitabilmente caratterizzato²⁰ da vaghezza e genericità. Ebbene, come è evidente la vaghezza e la genericità non sono caratteristiche del tipo tutto-oriente, ma piuttosto caratteristiche gradualistiche, scalari: vi possono essere enunciati poco vaghi e/o generici, ed enunciati molto vaghi e/o generici. Di conseguenza, l'ampiezza della libertà interpretativa (e dunque l'ampiezza della creatività dell'interprete) cresce al crescere del grado di vaghezza e genericità delle disposizioni da interpretare. Caso tipico, l'interpretazione di disposizioni che contengono clausole generali, o di disposizioni di principio. Non solo. Se guardiamo specialmente al caso della vaghezza, dobbiamo tenere presente che è nella natura dei concetti vaghi l'assenza di una netta distinzione tra ciò che "sta dentro" e ciò che "sta fuori" dal campo di applicazione di quel concetto. I concetti vaghi sono circondati da una zona grigia, o zona di penombra, i cui confini rispetto alla zona chiara non sono nettamente delimitati: sono sfumati.

La conseguenza di tutto ciò è chiara: per un verso, l'interprete potrà muoversi lungo una "scala" di maggiore o minore creatività – vi saranno interpretazioni più e meno creative. Se si vuole, questa idea la si può rendere con la metafora dello "scarto" tra il significato ovvio, che è il punto di partenza dell'attività interpretativa, e il significato a cui l'interprete arriva a conclusione dell'attività interpretativa: vi saranno casi di scarto minimo, o perfino nullo, casi di scarto medio, e casi di scarto massimo²¹. Per altro verso, però, a causa dell'elasticità e porosità del linguaggio generata dal fenomeno della vaghezza, non vi sarà una precisa linea di confine tra norme prodotte con uno scarto minimo, con uno scarto medio, o con uno scarto massimo: in molti casi, l'esatta entità dello scarto sarà oggetto di disaccordo ragionevole. In altri termini, in molti casi potrà essere sostenuto, con argomenti parimenti plausibili, che una certa norma sia stata prodotta con uno scarto medio oppure con uno scarto massimo (si pensi, al riguardo, all'impalpabilità della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia).

¹⁹ Per non complicare ulteriormente il discorso, sto lasciando inesplorata qui una ulteriore dimensione della creatività interpretativa, che riguarda la questione dell'individuazione delle fonti in sede interpretativa, e dell'attribuzione a qualcosa del carattere di fonte. In proposito, rimando a PINO 2014 e PINO 2021, cap. VII.

²⁰ Stavo per scrivere "afflitto", ma l'uso di questo termine sarebbe stato una petizione di principio: oltre ad essere in qualche misura inevitabili, vaghezza e genericità non sono necessariamente dei difetti del linguaggio normativo. In molte situazioni, possono produrre effetti benefici, in termini di resistenza nel tempo delle disposizioni giuridiche, e di adattamento a situazioni non previste in anticipo.

²¹ Per una più dettagliata articolazione ed esemplificazione di questa idea, v. PINO 2021, cap. VI.

Se quest'ultima conseguenza è chiara, è però anche un po' inquietante: equivale a sostenere, infatti, che non disponiamo di una metrica certa, di un criterio affidabile, per distinguere tra interpretazione giuridica "propriamente intesa" e creazione di nuovo diritto dietro il paravento dell'attività interpretativa. Credo che questa sia, in qualche misura, una conclusione inevitabile. In altre parole, e sempre che l'argomento sviluppato fin qui sia solido, non si può chiedere alla teoria dell'interpretazione di tracciare il confine tra interpretazione e creazione del diritto; piuttosto, in molti casi per distinguere tra interpretazione e creazione ci si dovrà necessariamente dotare di una *politica dell'interpretazione*. Anche se in alcuni casi è possibile affermare che una certa interpretazione sia assai poco creativa, e che un'altra interpretazione sia decisamente creativa, nei casi dubbi questa distinzione non potrà dipendere dai concetti teorici, ma dai valori etico-politici che possono essere associati all'attività interpretativa (certezza del diritto, separazione dei poteri, democrazia, giustizia del caso concreto, innovazione del diritto, ecc.).

Quarto punto. Il discorso sulla creatività dell'interpretazione sviluppato fin qui è incompleto, e rischia di produrre una distorsione. Per come lo ho sviluppato fin qui, infatti, potrebbe sembrare che il tasso di (maggiore o minore) creatività interpretativa dipenda in fin dei conti solo dalla "distanza" linguistica tra il significato ovvio, che funge da punto di partenza del processo interpretativo, e il significato che è individuato dall'interprete alla fine di tale processo. Ma questa è solo una parte della storia – anche se è una parte importante, ovviamente. Un'altra parte della storia, un altro versante che deve essere tenuto in considerazione, dipende dal fatto che l'interpretazione giuridica, qui e ora, non è concepita come una attività arbitraria, ma piuttosto come una attività retta da regole (anche se si tratta di regole vaghe, defettibili, non precisamente codificate). Non qualunque attività di attribuzione di significato conta come interpretazione giuridica, ma solo quelle attività che possono essere giustificate, argomentate, sulla base di certi criteri. Questi criteri sono ovviamente le "tecniche interpretative", censite da qualunque trattato di teoria dell'interpretazione.

Ebbene, questa caratteristica dell'interpretazione giuridica come attività retta da regole (nel senso sopra precisato) ha un'ovvia conseguenza – e genera una ulteriore complicazione – sul problema della creatività interpretativa. Ed è che se l'interprete è in grado di esibire argomenti particolarmente forti in favore della soluzione interpretativa che vuole sostenere, ciò può rendere meno creativa una soluzione che da un punto di vista linguistico potrebbe presentarsi come innovativa, sorprendente, ecc. Una soluzione interpretativa linguisticamente "distante" dal significato ovvio potrebbe comunque essere argomentata, con successo, come una soluzione altamente plausibile, perfino come l'unica soluzione possibile.

Se questo è vero, allora la valutazione della creatività interpretativa è un affare complesso, che è funzione *sia* della distanza linguistica tra il significato ovvio da cui parte il processo interpretativo e il significato conclusivo individuato dall'interprete, *sia* della qualità degli argomenti presentati o comunque spendibili a favore di quella soluzione interpretativa. E, come è evidente, nessuna di queste due variabili si presta ad una metrica precisa.

Riferimenti bibliografici

- ANSUÁTEGUI ROIG F. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli.
- ATIENZA M. 2001. *El sentido del derecho*, Ariel.
- ATIENZA M. 2014. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in «Revista Argentina de Teoría Jurídica», 15, 2, 2014, 194 ss.
- BARBERIS M. 2011. *Esiste il neocostituzionalismo?*, in «Analisi e diritto», 2011, 11 ss.
- BARBERIS M. 2012. *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2012, 153 ss.
- BOBBIO N. 1966. *Principi generali del diritto*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, 1994, 257 ss.
- BONGIOVANNI G. 2013. *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 84 ss.
- COMANDUCCI P. 2002. *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in MAZZARESE T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 71 ss.
- CRISAFULLI V. 1941. *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, ora in «Lo Stato», 12/2019, 139-154 (“Parte Prima”); 13/2019, 183-200 (“Parte Seconda”); 14/2020, 185-209 (“Parte Terza”).
- DWORKIN R. 1967. *The Model of Rules I*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978, 14 ss.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 1993. *Il diritto come sistema di garanzie*, in «Ragion pratica», 1, 1993, 143 ss.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 55, 3, 2010, 2771 ss.
- FERRAJOLI L. 2016. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell’approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», 2, 2016, 23 ss..
- FERRAJOLI L. 2018. *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi.
- GARCIA FIGUEROA A. 2009. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta.
- GIANFORMAGGIO L. 1995. *L’uguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, 2005, 63 ss.
- GROSSI P. 2017. *L’invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID., *L’invenzione del diritto*, Laterza, 114 ss.
- GUASTINI R. 1986. *Problemi di analisi logica della motivazione*, in «Contratto e impresa», 1, 1986, 104 ss.
- GUASTINI R. 2011. *A proposito di neo-costituzionalismo*, in ID., *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, 55 ss.
- JORI M. 2013. *Linguaggio giuridico*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 257 ss.
- LIPARI N. 2018a. *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1, 2018, 5 ss.
- LIPARI N. 2018b. *Costituzione e diritto civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 4, 2018, 1255 ss.
- LUCIANI M. 2016. *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 391 ss.

- LUCIANI M. 2019. *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in «Questione giustizia», 3, 2019, 16 ss.
- MAZZARESE T. 2002. *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in EAD. (eds.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 1 ss.
- MODUGNO F., LONGO A. 2021. *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Editoriale Scientifica.
- PINO G. 2011. *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 2011, 965 ss.
- PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Mucchi.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- PINO G. 2020. *Veio Crisafulli sui principi di diritto. Prima e dopo*, in «Lo Stato», 14, 2020, 175 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.
- PINO G. 2022. *Ex auctoritate*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 22, 1, 2020, 283 ss.
- PRIETO SANCHÍS L. 2010. *Neocostitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, 461 ss.