

*Scalfate Memorie 60*

UNIVERSITÀ DI TORINO  
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

MEMORIA LX

DOTT. RODOLFO SACCO  
ASSISTENTE DI DIRITTO CIVILE NELLA UNIVERSITÀ DI TORINO

19-30  
165-33

IL CONCETTO  
DI  
INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO



*In vendita presso:*

LIBRERIA SCIENTIFICA G. GIAPPICHELLI  
TORINO — VIA VASCO ANGOLO VIA PO — TORINO





7000-164258

UNIVERSITÀ DI TORINO  
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

MEMORIA LX

DOTT. RODOLFO SACCO  
ASSISTENTE DI DIRITTO CIVILE NELLA UNIVERSITÀ DI TORINO

IL CONCETTO  
DI  
INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO



FTT 29169

*In vendita presso:*

LIBRERIA SCIENTIFICA G. GIAPPICHELLI  
TORINO — VIA VASCO ANGOLO VIA PO — TORINO

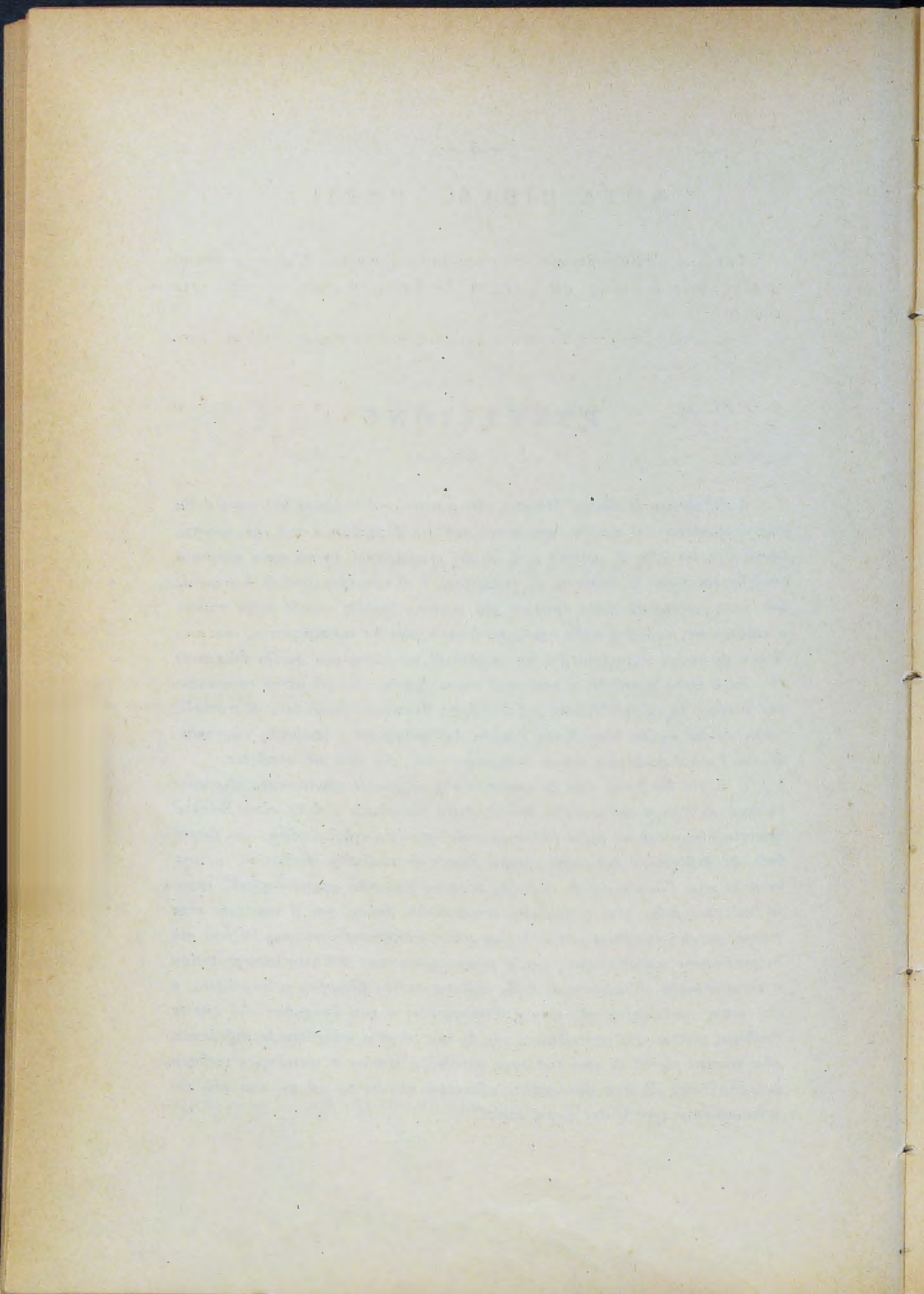
PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA



## P R E F A Z I O N E

*A differenza di illustri Maestri, che mossero ad indagini nel tema della interpretazione del diritto, per avere sentito il problema nel suo aspetto pratico, come crisi di metodi e di criteri ermeneutici, io mi sono proposto qualche revisione di concetti, di definizioni, e di classificazioni di fenomeni, per aver constatato nella dottrina più comune (quella usuale nella scuola, e riflessa nei codici e nella giurisprudenza) qualche incongruenza, che meritava di essere segnalata. Ed ho cercato di mostrare, con quella diligenza, che mi è stata possibile, e con quel rigore logico, che mi parve necessario per snidare la contraddizione od il sofisma dovunque fosse dato di trovarli, come debba essere classificata l'opera dell'interprete - lasciando impregiudicato l'altro problema, come convenga, cioè, che essa sia condotta.*

*E ciò ho fatto, con la speranza che, a quanti giustamente si preoccupano dell'importanza della Storia, della Sociologia e delle altre Scienze umanistiche e morali nella formazione del giurista e del giudice, non faccia velo la diffidenza per ogni severo rigore formalistico deduttivo, e non manchi anzi l'occasione di rilevare, proprio leggendo questi capitoli, come la indagine sulla natura dell'atto ermeneutico finisca con il mostrare essa stessa, purchè condotta con la logica più spietatamente critica, che non già la perfezione metodologica, ma la sussistenza stessa dell'atto interpretativo è condizionata all'intervento della cultura storica filosofica e linguistica, e del senso sociologico ed etico dell'interprete; e con l'augurio, che questa modesta trattazione contribuisca per la sua parte a sciogliere la diffidenza, che giuristi ricchi di una raffinata sensibilità storica e sociologica serbano nei confronti di una dommatica affinatasi attraverso ad un uso più conscientemente severo dei mezzi logici.*





## NOTA BIBLIOGRAFICA

Per una bibliografia più completa sull'argomento, si possono consultare le opere del Gény, del Giannini, del Gorla ed altre, più sotto menzionate.

Qui sarà sufficiente un elenco dei testi che verranno citati nel corso della trattazione.

ASCARELLI: *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. pr. c. c.* in *Archivio giuridico* 1925, XCIV.

ASCOLI, MAX: *La interpretazione delle leggi*, Roma 1928.

ASQUINI: *La natura dei fatti come fonte di diritto* in *Archivio giuridico* 1921.

BELLAVISTA: *L'interpretazione della legge penale*, Roma 1936.

BERGBOHM: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Lipsia 1892.

BETTIOL: *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, X, 1938, pagg. 385 segg.

BOBBIO: *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938.

BRUNETTI: *Il diritto naturale nella legislazione civile*, in *Rivista di diritto commerciale* 1922, I.

BUELOW: *Gesetz und Richteramt*, Lipsia 1885.

CALAMANDREI: *Il giudice e lo storico*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1939, pagg. 105 segg.

CALOGERO: *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova 1937.

CARNELUTTI: *Metodologia del diritto*, Padova 1939.

CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Roma 1940.

CHECCHINI: *Storia della giurisprudenza e interpretazione delle leggi* in *Archivio giuridico* 1923.

CRISAFULLI: *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi* in *Studi Romano*, I Vol.

CRUET: *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

DEGNI: *L'interpretazione della legge*, II ed., Napoli 1909.

DONATI: *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano 1910.

DU CHESNE: *Gesetzesverletzung durch Auslegung*, *Ztschr. deut. Ziv. proz.* Vol. 37.

EHRlich: *Die juristische Logik*, in *Archiv für die civ. Praxis*, anno 1917.

- EPHRUSSI: *Interpretation und Analogie*, *Ztschr. für öffentl. Recht*, Bd IV.
- GABBA: *Prolusione al corso di dir. civ. nell'Univ. di Pisa*, estratto dall'*Arch. giur.* XXXIX, fasc. 506.
- GANGI: *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Archivio giuridico* 1923.
- GÉNY: *Méthode d'interpretation et sources ed droit privé positif*, II ed., Parigi 1919.
- GÉNY: *Science e technique en droit privé positif*, I, II Voll., Parigi 1914, 1921.
- GIANNINI: *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione giuridica*, Milano 1939.
- GIANNINI: *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941-42.
- GORLA: *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941.
- GRASSETTI: *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova 1938.
- HECK: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubinga 1932.
- HECK: *Das Problem der Rechtsgewinnung*, II ed., Tubinga 1933.
- HECK: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv. für die civ. Praxis*, anno 1914.
- HOENIGSWALD: « *Begriff* » und « *Interesse* », *Archiv für die civ. Praxis*, anno 1933.
- IHERING: *Geist des römischen Rechts*, 4<sup>a</sup> ed., 1883.
- ISAY: *Die Methode der Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die civ. Praxis*, anno 1933.
- KANTOROWICZ: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.
- KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga 1923.
- KELSEN: *Naturrecht und positives Recht: Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*, in *Revue internationale de la théorie du droit*, 1927-28 n. 2.
- KELSEN: *Zur Theorie der Interpretation*, in *Revue internationale de la théorie du droit*, anno 1934.
- KELSEN: *La dottrina pura del diritto*, Trad. TREVES in *Archivio giuridico* 1933.
- LAMBERT: *Études de droit commun législatif*, I, *Fonction du droit civil comparé*, 1903.
- MENGER: *Il diritto civile ed il proletariato*, trad. it. OBEROSLER, Torino, 1894.
- MERKL: *Zum Interpretationsproblem*, *Grünhuts Ztschr.*, Bd 42.



- MORNET: *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, 1904.
- OERTMANN: *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, Lipsia 1931.
- PACCHIONI: *I poteri creativi della giurisprudenza in Rivista di diritto commerciale*, annata X, fasc. I.
- PACCHIONI: *I principi generali del diritto in Archivio giuridico* 1925.
- RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, Lipsia 1932.
- RAOBRUCH: *Rechtswissenschaft als Rechtser schöpfung*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Neue Folge IV, 1906.
- ROCCO ALFREDO: *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Archivio giuridico* 1906 (anche in *Studi di diritto commerciale e altri scritti giuridici*, Roma 1933, I).
- ROMANO DI FALCO: *Interpretazione delle leggi penali*, in *Scuola positiva*, 1917-18.
- RUMPF: *Gesetz und Richter*, Berlino 1906.
- SALEILLES: *École historique et de droit naturel d'après quelques ouvrages recentes*, in *Revue trimestr. de dr. civ.*, 1902.
- SALVIOLI: *Il metodo storico nello studio del dir. civ. ital.* estratto da *Il circolo giuridico*, 1888.
- SAVIGNY: *Sistema del diritto romano attuale*, trad. SCIALOJA, Torino 1886.
- SCHREIER: *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, Lipsia e Vienna 1927.
- SCIALOJA V.: *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, ora in *Scritti giuridici vari*, III, Roma, 1932, pagg. 46 segg.
- STAMMLER: *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902.
- STAMPE: *Unsere Recht und Begriffsbildung*, Greifswald 1907.
- STAMPE: *Rechtsfindung durch Konstruktion, Rechtsfindung durch Interessenabwägung, Gesetz und Richtermacht*, tutti in *Deutsche Juristen Zeitung*, 1905, pagg. 417, 713, 1018 segg.
- STEIN: *Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Lipsia 1893.
- THIBAUT: *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechtes*, Altona, 1806.
- ULE: *Auslegung der Grundrechte in Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 60.
- VANDER EYCKEN: *Méthode positive d'interprétation juridique*, Parigi, Brusselle, 1907.

- VADALA PAPALE: *La nuova tendenza del dir. civ. in Italia*, Riv. di giurisprudenza di Trani, 1883, Vol. VII, fasc. 8.
- VASSALLI: *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Milano, 1942.
- WURZEL: *Das juristische Denken*, Vienna 1924.
- ZITELMANN: *Lücken im Recht* (Rede), Lipsia 1903.

Verranno inoltre richiamati di frequente alcuni manuali istituzionali, o trattati di diritto civile e penale:

- ALLARA: *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I e II ediz., Torino 1939 e 1943.
- ANTOLISEI: *Corso di diritto penale*, Parte generale, Vol. I, Torino, 1942.
- CARNELUTTI: *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1937.
- CHIOVENDA: *Principi di dir. proc. civ.*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 1912.
- CHIRONI: *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino 1888.
- COVIELLO N.: *Manuale di diritto civile*, parte generale, Milano 1929.
- CROME: *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, IB, Tubinga e Lipsia 1900.
- DE RUGGIERO: *Istituzioni di diritto civile*, VI ed., Messina, Milano s. d.
- ENNECCERUS: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburgo 1924.
- FERRARA F.: *Trattato di diritto civile italiano*, parte I, Vol. I, Roma 1921.
- GRISPIGNI: *Corso di diritto penale*, Padova 1932.
- MANZINI: *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1908-19.
- MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI ed., Padova 1943, Vol. I.
- PACCHIONI: *Delle leggi in generale*, Torino, 1933.
- PACCHIONI: *Elementi di diritto civile*, Torino, 1916.
- PUGLIATTI: *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1935.
- WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, traduzione FADDA e BENZA, Torino 1930.
- ZACHARIAE: *Cours de droit civil français*, trad. AUBRY e RAU, Bruxelles 1850.





## PARTE I.

### CARATTERE ED OGGETTO DELLA TRATTAZIONE

#### § 1. - IN QUALI SENSI POSSA DARSÌ UNA DEFINIZIONE DELL'INTERPRETAZIONE.

1. - La definizione dell'interpretazione del diritto, quale può essere premessa alla trattazione, deve presentarsi come un giudizio non dimostrato e non dimostrabile: ossia come una semplice analisi degli elementi concettuali tipici intervenuti nella formazione del concetto in esame <sup>(1)</sup>.

Data la riconosciuta arbitrarietà, con cui posso scegliere, ai fini della concettualizzazione, gli elementi strutturali di un concetto, la definizione del concetto stesso (ossia la enunciazione dei suoi elementi strutturali) non contiene l'enunciato di

---

<sup>(1)</sup> È questo il carattere dei giudizi analitici od *a priori* (ad es., il giudizio: l'infinito non ha fine). Ogni giudizio sintetico od *a posteriori* mette invece in evidenza attributi non tipici, nè concettualmente necessari, del soggetto, ed enuncia con ciò una vera e propria verità nuova, e dimostrabile.

alcuna verità nuova, e non può dirsi giusta od errata, ma solo più o meno utile ai fini della sistemazione scientifica <sup>(2)</sup>.

È chiaro, che la scelta dell'una o dell'altra definizione di interpretazione ha l'effetto di restringere o ampliare la materia in esame, precludendo la trattazione di problemi dati (ad es., il problema della interpretazione della consuetudine non sorge, per chi chiama interpretazione del diritto la ricerca del senso della dichiarazione normativa), o moltiplicando i problemi da risolvere (ad es., estendendo il campo dell'indagine fino alle materie della applicazione della legge, o del criterio politico che ispira il giudice nel caso di norme elastiche).

2. - Gli Autori che hanno trattato di proposito il problema della interpretazione giuridica, o legislativa, si astengono dal formulare una definizione <sup>(3)</sup> o si limitano ad enunciare che l'attività ermeneutica in esame appartiene al genere interpre-

---

<sup>(2)</sup> In termini diversi: la scelta dell'argomento è compiuta dallo studioso per i propri fini, cosicchè egli darà al concetto dell'argomento quella figura e quei limiti, che riterrà più adatti. La definizione a priori: « l'interpretazione è questo o quello », vale l'asserzione: « dicendo interpretazione, intendo indicare con questo nome questo o quello; ossia, tutto ciò, che abbia quei determinati requisiti, e nulla di ciò, a cui quei requisiti facciano difetto ».

Il vizio inizierebbe solo se, premessa una definizione (nè esatta nè errata, perchè arbitraria), nel corso della trattazione, essa venisse contraddetta, o ne fosse presupposta un'altra.

<sup>(3)</sup> Così HECK, GÉNY ecc., e, volutamente, GIANNINI, ove non si tenga conto della proposizione con cui incomincia il cap. II di *L'interpretazione*, cit., pag. 37. Valore di definizione *a posteriori* ha, in ogni caso, la formulazione contenuta a pag. 145 op. cit. « L'attività interpretativa in sè consiste nell'individuare tra gli atti materiali che costituiscono l'estrinsecazione della volontà quelli che abbiano rilievo giuridico, qualificandoli nel senso che essi comportano ». Tale formula dà per risolto il problema, se l'interpretazione abbia per oggetto una volontà, o no.



tazione (che non viene definito!) e si qualifica per l'oggetto, il quale è un atto giuridico o normativo <sup>(4)</sup>, oppure, presuppongono una risoluzione data dei problemi della parte generale del diritto <sup>(5)</sup>, e ci presentano definizioni che hanno carattere di giudizi *a posteriori*, ottenuti come risultato di una indagine condotta su un soggetto, i cui elementi concettuali tipici non vengono chiaramente enunciati.

3. - Nei trattati generali di diritto si trovano definizioni inadatte, per lo più, perchè poco comprensive. Citando solo pochi Autori fra quelli più noti in Italia dalle ultime decadi del secolo scorso ad oggi, si può ricordare che per Windscheid l'interpretazione è « dichiarazione del contenuto del diritto » <sup>(6)</sup>; senonchè va osservato che alla « dichiarazione » deve precedere la conoscenza del diritto, che si ottiene mediante un'attività che egli di continuo chiama pure interpretazione.

Per Coviello l'interpretazione è « ricerca e spiegazione del senso della legge » <sup>(7)</sup>; intendendo « spiegazione » come dispiegamento nel proprio spirito, la definizione è migliore delle precedenti; essa ricomprende nell'atto ermeneutico sia la conoscenza (dispiegamento) delle norme, sia l'attività, che prepara questo momento conclusivo: rimane però distinta dalla interpretazione la cognizione, o ricognizione, della consuetudine; inoltre la parola ricerca indicherebbe un'attività volontaria, mentre non risulta che il Coviello voglia dare per risolto il

---

<sup>(4)</sup> BEAL, citato in GIANNINI, *L'interpretazione* cit., pag. 7; DONATI, op. cit.

<sup>(5)</sup> Così GORLA, per cui l'interpretazione del diritto è il « giudizio storico dell'atto legislativo », inteso quest'ultimo come atto psichico concreto di volizione astratta del legislatore.

<sup>(6)</sup> WINDSCHEID, op. cit., vol. I, pag. 63.

<sup>(7)</sup> COVIELLO, op. cit., § 22.

problema, se la attività ermeneutica consti anche di atti di volontà, nè che voglia escludere dalla categoria degli atti ermeneutici quelli che si svolgono senza concorso di atti volontari.

Per il De Ruggiero « interpretare » significa ricercare il senso ed il valore della norma... anche consuetudinaria <sup>(8)</sup>. A parte le osservazioni già fatte sul vocabolo « ricercare », va notato che sarebbe esclusa dall'atto ermeneutico la fase esplicativa, che viene invece ricompresa dal Coviello.

Sulla scorta dei rilievi sopra svolti, si possono dare le valutazioni opportune di alcune altre definizioni: « E per interpretazione si intende il complesso delle operazioni intellettuali rivolte a determinare il vero contenuto delle singole norme giuridiche, il nesso fra di esse intercedente, e la loro rispettiva sfera di applicazione » <sup>(9)</sup>.

« Il complesso delle ricerche atte a porre esattamente il significato della legge costituisce la interpretazione » <sup>(10)</sup>.

« L'interpretazione è l'attività di indole intellettuale, mediante cui si perviene all'accertamento del contenuto, della portata della norma » <sup>(11)</sup>.

La definizione da porsi, ai fini della presente trattazione, potrebbe anche contenere un semplice rinvio alla dottrina od al Codice, ove si precisasse che si parlerà di interpretazione per indicare, ad es., « tutti quei fatti che una parte qualsiasi della dottrina abbia chiamato con questo nome », ovvero, « il pro-

---

<sup>(8)</sup> DE RUGGIERO, op. cit., vol. I, pag. 120.

<sup>(9)</sup> PACCHIONI, *Elementi* cit., III ed., pag. 58. Notevole la distinzione, ivi contenuta, fra la critica del testo della legge e l'interpretazione.

<sup>(10)</sup> CHIRONI, op. cit., vol. I, pag. 14.

<sup>(11)</sup> ALLARA, op. cit., II ed., pag. 75. Altre definizioni si trovano in ENNECCERUS, op. cit., I vol., parte I, pag. 528, FERRARA, op. cit., pag. 208, DU CHESNE, op. cit., pag. 37, ecc.



cedimento a cui si riferisce l'art. 12 delle preleggi del c. c. 1942 », ovvero, gli uni e gli altri fatti.

Si può però ritenere più opportuno delimitare il soggetto della trattazione identificandolo con l'atto, compiuto da un soggetto in presenza di una fonte di diritto, che ha per risultato il concreto intendimento del diritto da parte del soggetto. Tale concreto intendimento va considerato come la fase finale dell'atto ermeneutico. Resta così impregiudicato il problema, se si dia una interpretazione della consuetudine, se l'atto ermeneutico sia atto di volizione, o di cognizione, se sia distinto dalla applicazione, se sia di natura esclusivamente intellettuale, se, ed entro quali limiti, sia regolato dal diritto positivo, se sia semplicemente ricognitivo, o se sia anche creativo, ecc.

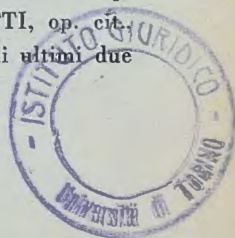
È chiaro poi che, se si riconoscerà che la interpretazione è atto regolato dal diritto positivo, la trattazione potrà avere un doppio carattere; essere essa stessa una esposizione critica di norme di diritto positivo, ovvero, essere una trattazione scientifica dell'argomento, una pura sistemazione di concetti. Viceversa, se la interpretazione è atto non suscettibile di valutazione giuridica, la trattazione potrà soltanto essere una classificazione di fenomeni e di concetti.

Ma di ciò vedi meglio § 4.

## § 2. - SE LA INTERPRETAZIONE SIA REGOLATA DA NORME GIURIDICHE.

### 1. - Contro la opinione dominante <sup>(12)</sup>, lo negano con in-

(12) Cfr. SCIALOJA, op. cit., pagg. 46 segg., COVIELLO, op. cit., pagg. 69-70, CARNELUTTI, *Sistema*, cit. pag. 93, ASCARELLI, op. cit. pagg. 258 segg., MANZINI, op. cit., pag. 267, GRISPIGNI, op. cit., pagg. 394-395, BELLAVISTA, op. cit., pagg. 23 segg., ROMANO DI FALCO, op. cit., pagg. 385 e 22, MESSINEO, op. cit., pag. 49, PUGLIATTI, op. cit. III, pag. 246, GRASSETTI, op. cit., pagg. 30 segg., 66 ecc.; gli ultimi due



tenti diversi, e muovendo da premesse diverse, una parte dei trattatisti <sup>(13)</sup>, ed alcuni specialisti <sup>(14)</sup>, contestando che l'atto di interpretazione possa essere regolato da norme eteronome, od escludendo la giuridicità dei precetti ermeneutici contenuti nelle preleggi ai codici.

Per una più perspicua definizione della controversia, giova scindere due differenti questioni: da una parte, se l'interpretazione possa o non possa, o debba necessariamente <sup>(15)</sup> essere regolata da norme; e, d'altro canto, ammessa la semplice possibilità di norme sull'interpretazione, se, in un determinato diritto positivo, sussistano tali norme, ovvero, negata tale possibilità, quale natura abbiano le norme comunemente dette sull'interpretazione.

2. - Premesso, che ai nostri fini non rileva nè una pura osservanza di fatto della norma ermeneutica da parte dell'interprete, nè la necessità di fatto di ricorrere ai procedimenti ermeneutici prescritti dalla norma, per chi voglia giungere ad

---

estendono all'interpretazione della legge norme dettate per l'interpretazione dei contratti. Cfr. poi, le nuove argomentazioni di GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pag. 47, e pagg. 63 segg. su cui vedi nota <sup>(15)</sup>.

<sup>(13)</sup> Cfr. DE RUGGIERO, op. cit., I, pag. 123.

<sup>(14)</sup> Cfr. DEGNI, op. cit., pagg. 46 segg., WURZEL, op. cit., pagg. 13 segg., ROCCO, op. cit., pagg. 92-93. Il GENY, citato dall'ASCARELLI op. cit., pag. 258 nota <sup>(1)</sup>, tratta in realtà, in *Méthode*, I, § 56, della consuetudine e non dell'interpretazione.

<sup>(15)</sup> Come ritengono, fra gli altri, lo SCIALOJA e il GIANNINI, ripugnando loro di ammettere che una libertà, comunque ridotta, dell'interprete, possa menomare la positività, e, con essa, la certezza del diritto. Contro gli argomenti del GIANNINI (L'attività interpretativa si esprime a sua volta in un atto giuridico. L'attività interpretativa ha per oggetto un atto giuridico), va obiettato che non l'attività interpretativa, ma quella giurisdizionale, od amministrativa si esprime in atti giuridici; e che la natura dell'oggetto dell'atto ermeneutico non qualifica l'atto stesso.



una adeguata conoscenza della portata della legge interpretanda, va osservato, che la presenza di norme sull'interpretazione comporterebbe il giuridico obbligo, per ogni interprete soggetto all'ordinamento giuridico, di conformarvisi; obbligo che sussisterebbe indipendentemente dalla funzione che l'atto ermeneutico assuma ad altri fini (ad es., perchè seguito da un atto di applicazione della norma) <sup>(16)</sup>.

Nel caso che il giudice violi le cosiddette norme sulla interpretazione, è chiaro che egli disapplica il diritto: ma la norma violata è la risultante della dichiarazione legislativa interpretanda, e di quella dettata in tema di interpretazione. Quest'ultima appare nel sistema delle fonti del diritto come una dichiarazione integrativa, che non ha, di per sè, alcun senso.

La rilevanza delle dichiarazioni in esame consiste nel modificare l'oggetto stesso dell'interpretazione: e da ciò segue, che non debbono essere ignorate dall'interprete, e che anzi lo vincolano; e, in senso empirico, si può anche dire che le cosiddette norme sull'integrazione non solo sono vere norme giuridiche <sup>(17)</sup>, ma sono anche capaci di inibire od imporre un ricorso all'ana-

---

<sup>(16)</sup> Ove si voglia parlare di un dovere dell'interprete solo in quanto giudice, od in quanto funzionario, od in quanto esecutore delle norme dell'ordinamento giuridico, appare bene che la cosiddetta norma sull'interpretazione lo lega non come interprete, ma come esecutore della norma interpretanda; ed è, come si dirà meglio in seguito, norma integrativa di quest'ultima. L'atto dell'interpretare, in quanto tale, non cade sotto l'imperio di alcuna norma. Interferisce con questo problema la questione (su cui vedi § 28) se possa dirsi interpretazione anche la cosiddetta interpretazione errata, e quella, di cui non si possa determinare il grado di esattezza (all'ultima categoria potrebbe anche ascriversi ogni interpretazione non seguita da applicazione, (vedi § cit.).

<sup>(17)</sup> Sulla oziosa questione, a quale ramo del diritto appartengano le norme sull'interpretazione, cfr. CRISAFULLI, op. cit., pag. 672, ed Autori ivi cit., (soprattutto ROMANO e RASELLI).

logia <sup>(18)</sup> o ad altri procedimenti ermeneutici: purchè, su un piano di pura dommatica giuridica, resti chiaro che non creano in modo autonomo alcun dovere giuridico, e che meno che mai possono crearlo per l'interprete in quanto tale <sup>(19)</sup>.

Una più completa dimostrazione, che l'atto ermeneutico non può, come tale, essere soggetto a norme (ed anzi, non può presupporre norme) si avrà come conclusione della presente trattazione (vedi § 23 in fondo) <sup>(20)</sup>.

Le considerazioni che precedono inquadrano il caso, delle norme sull'interpretazione, in un fenomeno più generale: la ricerca del significato di una o più dichiarazioni del legislatore non può essere interpretazione di una norma giuridica, se non quando tali dichiarazioni rappresentino tutto ciò, che il legislatore abbia proposto sulla questione di diritto data. Così una

---

<sup>(18)</sup> Il che può avere interesse pratico, ad es. in ordine all'applicazione analogica della norma eccezionale, su cui v. GIANNINI. *L'analogia* cit., 1942, pag. 70, VASSALLI, op. cit., pagg. 6 segg., e bibliografia ivi citata; soprattutto BOBBIO, op. cit., pagg. 165 segg.

<sup>(19)</sup> La concezione della norma sull'interpretazione come norma integrativa spiega come essa abbia pari valore per l'interprete soggetto all'ordinamento giuridico, e l'interprete non soggetto (straniero, postero, ecc.).

<sup>(20)</sup> Contro una opinione diffusa nella dottrina, è stato giustamente osservato (BOBBIO, op. cit., pag. 124) che la giuridicità degli artt. dei Codici relativi all'interpretazione non può escludersi adducendone il carattere di canoni logici. Effettivamente, come una norma giuridica può avere, quale proprio contenuto, il contenuto di una norma morale, così essa può avere come contenuto il dovere di osservare, in un determinato ragionamento, i canoni della logica, od un determinato canone logico (non avrà già quale contenuto il canone logico stesso, il quale non è riducibile in termini di dovere!): giustamente si è pure osservato, che più difficile sarebbe, concepire una norma, la quale imponga di ragionare contro la logica; senonchè, è da ritenersi che le norme sull'interpretazione abbiano tutte quante una uniforme validità, ispirate che siano, o no, ai principi della logica.



interpretazione dell'art. 1537 c. c. 1942, relativo alla vendita di cose immobili, non ha alcun significato, se non è integrato dall'art. 812, relativo alla distinzione dei beni mobili ed immobili, ed, a rigore, se l'interprete non si pone innanzi tutto quanto il sistema delle dichiarazioni legislative <sup>(21)</sup>, per accertare se le espressioni misura, eccedenza, ecc. ricevano, o no, da un qualsiasi articolo di legge, che le definisca, un significato dato.

La distinzione fra norme sull'interpretazione (che ordinano un determinato procedimento interpretativo), e norme integrative definitorie (comprese le cosiddette norme interpretative), non ha ragione di essere fatta <sup>(22)</sup>. Invero non è difficile osservare, che le due categorie di norme si distinguono soltanto per il modo della formulazione esplicativo o iussivo <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Si fa per semplicità astrazione delle fonti non scritte, comunque voglia risolversi il problema della loro esistenza ed identità.

<sup>(22)</sup> Contra GIANNINI. *L'interpretazione*, cit., pagg. 65 segg.

<sup>(23)</sup> La coppia di proposizioni: « Quando un determinato immobile è venduto con l'indicazione della sua misura e per un prezzo stabilito in ragione di un tanto per ogni unità di misura, il compratore ha diritto ad una riduzione, se la misura effettiva dell'immobile è inferiore a quella indicata nel contratto (art. 1537 pr. c. c. 1942). Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, ecc. (art. 812 pr. c. c. 1942) » è, in definitiva, identica ad un'altra, (immaginaria) ricalcata sul modello degli artt. 1537 pr. c. c. e 12 pr. delle preleggi, che reciti: « Quando un determinato immobile è venduto... il compratore ha diritto ad una riduzione... Nell'applicare l'art. 1537, non si può attribuire alla parola immobile altro senso, che quello fatto palese dall'art. 812 pr. ».

Reciprocamente, la coppia di proposizione: « Al padre ed alla madre succedono i figli legittimi in parti uguali (art. 566 c. c.).

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe (art. 12 cpv. preleggi) », vale la coppia di proposizioni, immaginaria, « Al padre ed alla madre succedono i figli legittimi, legittimati o adottivi in parti uguali. La disposizione relativa alla parità delle quote si applica anche in caso di successione dei soli figli naturali ».

Del pari non sarebbe difficile dimostrare, che anche i casi di interpretazione autentica si riportano al caso delle dichiarazioni integrative.

La impossibilità, che tutta l'attività ermeneutica sia regolata da norme, si ricava - al lume delle considerazioni svolte - dal fatto, che non si può definire con norme il significato di ogni parola presente nella dichiarazione normativa - e, via via, di ogni parola presente nella definizione.

La impossibilità in esame risulta, per altro verso, dal fatto, che non si può regolare con norme la interpretazione delle norme ermeneutiche stesse, e, progressivamente, con altre norme, quella di queste nuove norme ermeneutiche <sup>(24)</sup>.

§ 3. - GLI ARTT. 12 E 14 DELLE PRELEGGI AL C. C. 1942.

Da quanto si è detto nel § precedente risulta la natura esplicativa degli articoli sulla interpretazione della legge e sull'applicazione delle legge penali ed eccezionali.

---

<sup>(24)</sup> Esattamente MESSINEO, op. cit., pag. 49; SCHREIER, op. cit., pag. 7. Contra invece ASCARELLI, op. cit., pagg. 258 segg. Ma non sembra persuasiva la figura delle norme autointerpretative. Come può una norma regolare la propria interpretazione quando ancora non è interpretata, e non è quindi perfettamente nota?

Conscio del valore della obbiezione in esame è lo SCIALOJA, op. cit., pag. 46. Egli propone una soluzione assai meditata: « Le norme sull'interpretazione sono determinate... specialmente da rapporti... regolati solo parzialmente dal diritto scritto,... determinati... da quel diritto tacito fondamentale, che si può chiamare diritto consuetudinario... La consuetudine rivendica tacitamente il suo imperio su tutta questa parte del diritto fondamentale. E chi detterà infatti le regole per l'interpretazione e l'applicazione delle leggi, relative all'interpretazione? ». Basti qui osservare, che anche la norma consuetudinaria esige una interpretazione, e che non appare più adatta della norma scritta ad ordinare procedimenti ermeneutici dati.



Gli artt. 12 e 14 delle preleggi al c.c. 1942 sono assai indeterminati, e mostrano fino all'evidenza che l'interpretazione dei precetti ermeneutici meriterebbe essa stessa, di essere facilitata da ulteriori norme ermeneutiche.

Per tacere della promiscuità, con cui vengono usate le parole « interpretazione » e « applicazione », si rileva che il principio dell'art. 12 contiene una insolubile contraddizione, prescrivendo all'interprete di ricercare il valore obbiettivo delle parole, e, contemporaneamente, il contenuto della intenzione (necessariamente soggettiva) del legislatore. Se si alluda qui ad una persona fittizia a cui debbano venire imputate tutte le dichiarazioni legislative, non è detto.

Il capoverso non è più chiaro. Cosa significhi la espressione « precisa disposizione » è assai dubbio. L'interprete può congetturare una serie di criteri, per stabilire quale disposizione sia precisa, e quale imprecisa. Altrettanto dubbio è, quali « casi » e quali « materie » siano « analoghi ».

Si vedrà bene nel corso della trattazione, che i fondamentali problemi dell'interpretazione sono proprio quelli, che emergono dall'art. 12 cit. senza peraltro esserne risolti. Il principio dell'articolo legittima qualsiasi tipo di interpretazione cosiddetta « logica », il capoverso, qualsiasi ricorso, per quanto ardito, all'analogia. Non si fa cenno del divieto, o del permesso, riconosciuto all'interprete, di « creare » il diritto in determinati casi, o di « modificare la norma », o di « integrarla ».

L'art. 14 incide effettivamente in modo sensibile sulla pratica ermeneutica, con il divieto dell'analogia, nel campo del diritto penale. La dottrina discute però ampiamente, se il divieto di analogia permanga, anche nel caso di norme non incriminatrici; inoltre quali norme meritino la qualifica di eccezio-

nali <sup>(25)</sup>; infine entro quali limiti possa ammettersi, nei casi previsti dall'art. 14, l'interpretazione estensiva.

Risulta, da quanto si è detto, la povertà e la indeterminatezza delle norme contenute negli artt. 12 e 14 delle preleggi al c.c.

§ 4. - CARATTERE INTERPRETATIVO O CLASSIFICATORIO DELLA TRATTAZIONE.

È ormai riconosciuta dalla dottrina migliore una distinzione fra scienza, o conoscenza concettuale, o naturale, del diritto, ed interpretazione del medesimo. Il Gorla suol contrapporre una conoscenza storica individuale dell'atto normativo (interpretazione), ad una conoscenza concettuale, od opera di pura classificazione di concetti di norme (scienza del diritto, come astrattizzazione di concetti di norme singole, le quali ai fini della sistematica vengono raggruppate in classi <sup>(26)</sup>); e contesta, che le categorie di norme, ottenute mediante astrazione dalle norme singole, possano venire utilizzate ai fini della comprensione della norma sussistente, come concreta realtà, nel mondo spirituale del legislatore <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Cfr. COPPA ZUCCARI *Diritto singolare e diritto territoriale diritto singolare e diritto comune*, Modena 1915, pagg. 13 segg., 77, 101 e passim; BOBBIO, op. cit., pagg. 163 segg., VASSALLI, op. cit., pagg. 6-32; GIANNINI, *Analoga cit., Jus*, 1942 pag. 64 segg.; SALTELLI, *L' analogia e i principii generali di diritto in materia penale*, estratto dagli *Annali di diritto e procedura penale* 1934.

Senza affrontare l'argomento, può qui essere sufficiente l'affermazione, che non sembrano possibili distinzioni, se non basate su criteri affatto empirici.

<sup>(26)</sup> GORLA, op. cit., passim, soprattutto pagg. 37 segg., 46 segg.

<sup>(27)</sup> È poi superfluo notare che, accanto ad ogni concetto legislativo, è possibile rinvenire schemi o categorie scientifiche, arbitrariamente delimitate (salvo il problema, della liceità della sovrapposizione di questi schemi al concetto legislativo ai fini ermeneutici), e chiamate con il medesimo nome. Così ad es. io posso definire il diritto reale, ai fini della sistemazione scientifica, come diritto *erga omnes*, e posso considerare estra-



Del resto, la distinzione era già ammessa da giuristi della fine del secolo scorso <sup>(28)</sup>.

Anche a proposito della presente trattazione ci si può domandare, se essa si presenti come una esposizione *de iure condito*, ossia come un'elaborazione critica dei principi che regolano una determinata materia secondo un determinato diritto positivo, o se sia un'opera di pura classificazione, una analisi degli elementi concettuali, che valgono a definire fenomeni, fatti e norme.

Non è difficile rispondere che, non essendo (vedi § 2) l'atto ermeneutico soggetto a norme giuridiche, esso non può venire trattato *de iure condito*. Una analisi delle norme sulla interpretazione è evidentemente impossibile, ove si neghi la esistenza di norme, capaci di regolare l'attività dell'interprete.

Il concetto di interpretazione del diritto come i concetti di diritto oggettivo e soggettivo, norma, persona giuridica non può essere ridotto a concetto normativo.

---

neo alla categoria diritto reale, nel senso da me fissato, il diritto del nudo proprietario a determinati comportamenti dell'enfiteuta; e tutto ciò potrà apparire utilissimo ai fini di una migliore sistematica; ma non saprò ancora, se non potrò ricomprendere in ogni caso, ai fini dell'interpretazione dell'art. 22 delle preleggi c. c., nei rapporti reali, le obbligazioni *propter rem* dell'enfiteuta titolare del diritto reale.

<sup>(28)</sup> WINDSCHEID, op. cit., nota <sup>(1)</sup> al § 69, afferma, in tema di negozio giuridico: « Sulla definizione del negozio giuridico non vi è accordo... Ma nella controversia non si dovrà dimenticare, che questo concetto è un concetto scientifico, cioè un concetto che la giurisprudenza stabilisce per i suoi fini, e che quindi chiunque prende parte al lavoro scientifico è autorizzato a dare a questo concetto quella figura che crede più acconcia, purchè egli, designando coll'espressione negozio giuridico gli elementi intellettuali che mette insieme, non commetta un'incongruità di linguaggio ». Sulla questione cfr. ancora, tra gli altri, FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma 1915, pagg. 3-4.

La presente trattazione avrà dunque, quale unico contenuto, una serie di giudizi classificatorii, atti a chiarire la natura del fenomeno, a cui si è convenuto di dare il nome di interpretazione.



## PARTE II.

### L'OGGETTO DELLA INTERPRETAZIONE

#### § 5. - *IN QUALI SENSI SI POSSA PARLARE DI ELEMENTI OGGETTIVI DELL'INTERPRETAZIONE.*

Gli Autori dicono indifferentemente « interpretare un testo legislativo » od « interpretare una norma ». Generalmente non rilevano, che nella prima espressione interpretare significa recepire una dichiarazione, e ricercare un significato <sup>(1)</sup>, e, nella seconda, significa conoscere perfettamente una norma. La ricerca si presenta come atto strumentale, che ha come conseguenza la conoscenza <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> DEGNI, op. cit., pag. 51, presceglie l'espressione « interpretazione della legge » anzichè « del diritto », in coerenza con quanto afferma altrove (pag. 152) che « l'interpretazione, come indica lo stesso nome, s'impone come mezzo per scoprire la norma giuridica... ».

<sup>(2)</sup> V. esattamente GORLA, op. cit., pagg. 1 segg.: « Per antonomasia è divenuta questa, (interpretazione) del fatto espressivo esterno, del segno, della parola, l'interpretazione nel senso più usato del termine... ».

Data la larghezza, con cui si è voluto in questa trattazione circoscrivere l'attività interpretativa, appaiono legittime ambo le eccezioni del termine; senonchè si rende necessaria una chiarificazione.

Che un testo di legge possa essere « oggetto » di fronte all'interprete, sembra indubbio. Neppure la dottrina del diritto libero, nè la scuola degli interessi, nè quella dell'atto storico, l'hanno negato.

L'unica obbiezione può essere avanzata su un terreno di filosofia pura, da chi riduca ogni forma di esistenza ad una relazione con un soggetto (mente pensante). Ma anche i soggettivisti possono annettere un valore, sia pure empirico, alla distinzione tra un oggetto, che viene ad un qualsiasi fine in considerazione come in sè e per sè autonomamente sussistente, e una realtà psichica soggettiva propria della mente dell'interprete: valore empirico, o di comodo, prezioso anche ai fini dell'economia dell'espressione <sup>(3)</sup>.

---

Questa specie di interpretazione, che ha per oggetto la prova e non l'atto o il fatto... si potrebbe chiamare interpretazione inferiore ». Viceversa, nel significato più proprio « oggetto dell'interpretazione... diventa l'atto, e non più la sua prova... Nella interpretazione o comprensione l'atto viene rivissuto dall'interprete, riprodotto nel suo spirito ».

Esistono pertanto due interpretazioni (una recezione od una ricerca, ed un intendimento) ciascuna con diverso oggetto (testo di legge, e norma giuridica).

<sup>(3)</sup> Per altro verso, sarebbe invero possibile contestare la non oggettività della realtà psichica dell'interprete, scindendo dal suo spirito le cause esterne che lo hanno influenzato e che possono presentarsi quali elementi obbiettivi; ma di ciò vedi a proposito degli elementi subbiettivi della interpretazione. Particolarmente, potrebbe sollevarsi la questione a proposito del diritto naturale (che l'interprete, a prescindere da quegli Autori che lo considerano come una aspirazione subbiettiva, trova fuori di sè), inoltre a proposito dei giudicati precedenti ecc. Ma si tratta sempre



Che l'oggetto della interpretazione (intesa come intendimento) abbia, anche prima dello svolgersi dell'atto ermeneutico, una perfetta e conclusa esistenza fuori della mente dell'interprete, è sostenuto, come s'è visto, dal Gorla; e, inoltre, dal concorde insegnamento tradizionale. Esso suppone, ovviamente, una realtà normativa, in sè e per sè sussistente, di fronte all'interprete.

Il Gorla la identifica con l'atto spirituale concreto normativo del legislatore (su cui vedi § 6); la dottrina tradizionale con un significato oggettivo (vedi § 7) od usuale (vedi § 8) della dichiarazione normativa.

Anche più capziosa è poi l'affermazione, emergente da più

---

di elementi, la rilevanza dei quali è più perspicuamente condizionata alla presa in considerazione da parte dell'interprete, di quanto non avvenga a proposito della dichiarazione legislativa, per cui la natura di fonte è lo stesso elemento concettuale costitutivo.

D'altro canto, nel corso della attività interpretativa, anche il testo della legge svolgerà il suo ruolo in quanto inteso dall'interprete e trasformato in patrimonio di una mente, ossia d'un soggetto. Ma rimane tuttavia indiscussa la sua individualità in quanto la reciproca distinzione degli elementi oggettivi e soggettivi dell'attività ermeneutica si riflettono dalle rispettive posizioni iniziali: la conoscenza del testo di legge da parte dell'interprete non preesiste all'inizio dell'attività interpretativa mentre tutti gli elementi soggettivi intervengono in un identico modo, e cioè come parte viva della mente dell'interprete.

Si potrebbe semmai contestare che a risultato ottenuto (ad interpretazione perfezionata), si riesca a stabilire una logica discriminazione tra soggetto ed oggetto della interpretazione: la realtà giuridica nota al soggetto non si riduce agli elementi che furono all'inizio estranei alla sua mente: nessun elemento soggettivo intervenuto nell'operazione ermeneutica è ancora tale, ma si è riflesso nell'oggetto; cosicchè il soggetto è ormai categoria priva di contenuto, mentre, per altro verso, si può sostenere, che tutto l'oggetto, non avendo vita autonoma rispetto alla mente dell'interprete, si è trasformato in realtà subbiettiva.

parti, della esistenza di realtà obbiettive trascendenti l'interprete e rilevanti ai nostri fini, quali i vari criteri politici di decisione, gli scopi del diritto e gli scopi dell'interpretazione (vedi § 9 e § 10).

§ 6. - *IRRILEVANZA DELL'ATTO SPIRITUALE NORMATIVO DEL LEGISLATORE.*

1. - Il problema della rilevanza della volontà del pensiero e degli scopi dell'autore della dichiarazione legislativa (o persona fisica del legislatore, o fattori legislativi) è insieme problema della natura della interpretazione e della natura della norma (se essa sia un atto d'uno spirito, od abbia esistenza autonoma) <sup>(4)</sup>.

La fedeltà dell'interprete al volere psichico dei fattori legislativi è richiesta con energia dalla *Interessenjurisprudenz* (Heck ammette anche la ricerca della volontà non manifestata, in caso di disaccordo tra volontà e manifestazione, dovuto ad errore) e, con rigore di argomentazione, dal Gorla <sup>(5)</sup>.

2. - La rilevanza dell'atto spirituale del legislatore deriverebbe dalla insussistenza di una qualsiasi altra realtà capace di fornire punti di riferimento apprezzabili per l'interprete.

---

<sup>(4)</sup> Problema diverso è, se in tale intendimento di volontà pensiero e scopo, si esaurisca l'interpretazione del diritto.

<sup>(5)</sup> GORLA, op. cit. Fra i pandettisti germanici ed i trattatisti italiani, WINDSCHEID, ENNECCERUS, GOLDSCHMIDT, BIERLING, REGELBERGER, PACIFICI-MAZZONI, FADDA, DUSI, MORTARA, PACCHIONI, RAGGI, CALOGERO, ecc. danno rilievo all'atto di volontà del legislatore.

La liceità di tali procedimenti è invece revocata in dubbio od esclusa dai rappresentanti della teoria dell'identità, della tendenza sociologica, della dottrina del diritto puro. Decisive sono in tal senso le indagini del KELSEN e del WURZEL, che contestano la stessa possibilità di conoscere il contenuto della volizione della persona legiferante.



Si afferma al riguardo che la natura non fornisce all'interprete concetti di norme in sè e per sè validi, e corrispondenti ai vocaboli usati dal legislatore, nè categorie « costruite »; le norme in sè e per sè (avulse dalla mente del legislatore) « solo per un atto di misticismo dei popoli » sarebbero considerate realmente esistenti <sup>(6)</sup>.

I fatti espressivi esterni, ossia la dichiarazione normativa, sarebbero poi semplici mezzi di prova dell'atto spirituale. Ad essi si crederebbe solo per la loro fidedignità <sup>(7)</sup>.

Senonchè, la tesi dell'atto spirituale è per intanto inficiata dalla possibilità, sia pure remota, che il legislatore operi in stato di incoscienza (si pensi ai legislatori profeti, che agirono in stato di estasi). Non si risponda che in tali casi la dichiarazione funge come elemento di rinvio, poichè la norma vera e propria, ossia l'atto di volontà, ordina che in questo caso le parole acquistino il significato oggettivo <sup>(8)</sup>; invero, se ciò fosse, risulterebbe ammessa la possibilità di un'interpretazione og-

---

<sup>(6)</sup> Cfr. GORLA, op. cit., pag. 24.

Al GORLA deve concedersi, che « norma » è un'astrazione, atta a classificare una massa di doveri e diritti. Il dovere a sua volta è una astrazione, sussistente solo in relazione ad una mente che compie tale astrazione. Infatti la obbligatorietà, o doverosità di un comportamento non è, se non una sua relazione con una coazione, o con una istituzione, ecc.: tale relazione è evidentemente frutto di una operazione intellettuale. (Solo una corrente, per escludere, che la giuridicità sia una relazione tra obbiettivi del « mondo dell'essere » sostiene che la forma del concetto « dovere giuridico » sia una categoria *a priori*).

Ma ciò che interessa il giurista è proprio questo schema di diritti e doveri: e non è detto, che esso debba ricercarsi nello spirito del legislatore!

<sup>(7)</sup> GORLA, op. cit., pag. 2.

<sup>(8)</sup> È questa la risposta che potremmo attenderci dal GORLA, conforme a quanto è sostenuto op. cit., pagg. 27 segg., 123 segg.

gettiva; mentre si renderebbe facile l'osservazione che, in generale, non è detto, che la norma fondamentale del nostro ordinamento rinvii ad una massa di atti di volontà, e non ad un complesso di significati obbiettivi di dichiarazioni.

Quanto al valore dei fatti espressivi esterni, se il Gorla richiama l'esempio della pittura, che « non è il quadro, perchè per fare il quadro bisogna prima possedere nel proprio io rappresentativo la rappresentazione o espressione interna » <sup>(9)</sup>, può ben risponderci che, come accanto all'opera d'arte abbiamo la bellezza naturale, così accanto alla norma voluta abbiamo una serie di norme non volute dai fattori legislativi.

Ma v'è di più: non insistiamo sull'argomento, sfruttatissimo, che, oggi, la norma si forma in modo tale, che i fattori legislativi spesso non vogliono nulla o vogliono, in generale, che sia approvata la proposta avanzata da un determinato partito politico; e che i Monarchi non avrebbero neppure il tempo di leggere tutte le leggi ed i decreti sottoposti alla loro firma. Notiamo piuttosto che la stessa identificazione dei fattori legislativi può essere arbitraria. Si pensi al diritto comune, reso vigente in Germania in forza di un atto di volontà dell'imperatore, il quale rinviava ad una costituzione di Giustiniano, il quale rinviava a proposizioni di giuristi (corrette da una commissione presieduta da Triboniano) i quali si proponevano di interpretare un editto di magistrati, od un *ius civile* consuetudinario. Wurzel si domandava ironicamente <sup>(10)</sup>, cosa sarebbe avvenuto nella terra soggetta al diritto comune, se in giudizio alcuno avesse citato fatti della vita di Alfeno o Labeone per chiarire il valore d'una loro *sententia*: ma va aggiunto che, noto il pensiero di Alfeno o Labeone, si sarebbe dovuto successivamente indagare, se Triboniano abbia ripensato la proposizione di Alfeno o La-

<sup>(9)</sup> GORLA, op. cit., pag. 107.

<sup>(10)</sup> WURZEL, op. cit., pagg. 49, 50.



beone dandole un uguale significato: ove ciò non appaia, si sarebbe dovuto indagare se Giustiniano abbia voluto rinviare alla volontà di Alfeno o Labeone, od a quella di Triboniano; più difficile sarebbe poi, ridurre il fenomeno della recezione del diritto romano ad atto normativo, ed interpretare la volizione dell'autore dell'atto, per indagare se abbia voluto rinviare alla volizione di Giustiniano, od a quella dei compilatori, od a quella di ciascun giurista, in modo che ciascuna delle proposizioni del *Corpus iuris*, sia da interpretarsi nel senso storicamente pensato dal suo primo autore.

Si pensi inoltre al nostro recente codice civile: come si potrebbe, di fronte ad esso, ricercare nella mente dei fattori legislativi, di volta in volta, il carattere di eccezione delle norme non destinate alla applicazione analogica: o ricercare in un atto *non ipotetico* di volontà dei fattori legislativi l'ampia portata della norma da interpretarsi per analogia? a parte il problema, se i fattori siano in questo caso le commissioni parlamentari o governative, o le camere ed il monarca od altri organi. e prescindendo da un altro più generale problema, se lo stesso c. c. sia valido solo in virtù di un rinvio dell'art. 3 dello Statuto albertino o di norme costituzionali successive, e se tale articolo o tali norme intendano rinviare al contenuto storico di una volontà, od al significato di una dichiarazione.

È chiaro che la concezione in esame dell'interpretazione si è rinvigorita in conseguenza degli insegnamenti crociani nel campo della filosofia dello spirito: ridotta l'interpretazione a riproduzione o reviviscenza dell'atto interpretando si è sviluppata tutta una costante preoccupazione di lasciare l'atto normativo nel campo degli atti di volizione, per poterlo più agevolmente fare oggetto di apprezzamenti e indagini filosofiche <sup>(11)</sup>.

---

(11) Cfr. oltre al GORLA, op. cit., anche BOBBIO, op. cit., pag. 36:

Che peso possono avere queste preoccupazioni, è facile dire: perchè sussista una norma è sufficiente che sussista uno schema di doveri e diritti, e perchè sia conosciuta è sufficiente che sia pensata come schema di doveri e diritti: se per la creazione di questi schemi si postuli, o non si postuli un atto di volontà, non interessa, nè deve interessare in questa sede.

L'interpretazione come intendimento di un atto storico potrebbe essere postulata solo se la stessa realtà giuridica non si potesse esprimere altrimenti, che in termini di atti spirituali di volizione astratta <sup>(12)</sup>, il che nessuno ha sostenuto (vedi § 6 n. 2) o, meglio, se il criterio di esattezza fosse fornito dal contenuto dell'atto spirituale di volizione astratta (vedi più ampiamente § 28), il che non avviene perchè qualunque sia l'elemento, in cui si fa consistere, in ultima analisi, la giuridicità di un comportamento, ad es. nella sua coercibilità, o nella sua osservanza di fatto <sup>(13)</sup>, è certo che il consociato viene coatto all'osservanza di una norma il cui contenuto può essere diverso da quello dell'atto storico, inoltre la portata della norma effettivamente osservata può non coincidere con la portata dell'atto

---

« Fra gli atti conoscitivi l'interpretare è quell'atto di conoscenza diretto non già ad un oggetto qualunque, bensì ad un altro atto. « Interpretare significa conoscere un atto... ». Ma si badi, se questo tentativo di ricavare dal concetto di interpretazione i principî sull'interpretazione non sia un vistoso esempio di concettualismo!

<sup>(12)</sup> Non ogni atto di volizione astratta crea norme giuridiche. La discriminante fra gli atti-fonti di diritto, e gli atti, che non lo sono, non è stabilita a sua volta da un atto spirituale storico di volizione, ma da qualcosa di diverso (in definitiva, da una nostra operazione intellettuale, cfr. nota <sup>(8)</sup> a pag. 27). Ora, è questo « qualcosa di diverso », che dà valore a ciò che è stato chiamato la « norma fondamentale » dell'ordinamento giuridico. Qualunque altra fonte, appare poi delegata dalla « norma fondamentale ».

<sup>(13)</sup> Cfr. contra KELSEN, *Hauptprobleme*, cit. passim.



di volizione; e, in generale, si può dire che il requisito della giuridicità manca al contenuto dell'atto storico.

Si noti ancora, come l'argomentazione, che gli scopi della norma vengono frustrati se l'interprete si svincola dalla volontà dei fattori legislativi trascini nella discussione il valore dello « scopo » perseguito: valore politico, che sarà analizzato più tardi.

Assai spesso parlano di « volontà del legislatore » anche Autori lontani dall'insegnamento dei rappresentanti della teoria storica <sup>(14)</sup>.

§ 7. - *INESISTENZA DI UN SIGNIFICATO OGGETTIVO DELLA DICHIARAZIONE NORMATIVA.*

1. - Valore indiscusso hanno invece le critiche mosse dagli ultimi rappresentanti della teoria dell'atto storico alla teoria del significato oggettivo della dichiarazione legislativa, rammentando che tale significato non esiste in natura: va osservato che solo un processo mentale di oggettivazione fa considerare il significato, che il dichiarante attribuisce alla dichiarazione come significato insito nella dichiarazione medesima.

In particolare, si ha ben ragione di negare, che i concetti

---

<sup>(14)</sup> Così GIANNINI, in *L'interpretazione* cit. può offrire un esempio delle contraddizioni insite nel linguaggio della dottrina comune: « In campo giuridico, oggetto dell'interpretazione è sempre una esternazione di volontà, cioè una volontà manifestata ecc. » (pag. 37). « Riconosciuto che l'oggetto dell'interpretazione giuridica è esclusivamente la volontà, o meglio l'atto giuridico, il giurista ecc... » (pag. 39); però « La ricerca storica è irrilevante per chi deve applicare il diritto » (pag. 121). Come possa essere una volontà astorica, non si sa - e neppure, come si ponga, al lume di queste proposizioni, una contrapposizione (frequente del resto in tutta la dottrina!) tra l'interpretazione - che avrebbe quale oggetto una volontà - e la integrazione - che presupporrebbe una assenza di volontà nel legislatore.

della scienza del diritto siano categorie *a priori* dello spirito umano, e che come tali abbiano un inalterabile contenuto predeterminato <sup>(15)</sup> (vedi però §§ 7 n. 3, 13 n. 3, 20 nn. 3 e 4, 21, 22).

Ciò che non è visto chiaramente neppure dai seguaci della teoria soggettivistica, si è che il problema non è tanto, se la interpretazione abbia per oggetto un significato determinato aprioristicamente, o conforme ad un atto psichico, ma se, in generale, il significato, comunque inteso (oggettivo, usuale) possa porsi come *prius* rispetto all'operazione intellettuale dell'interprete.

2. - Lo stesso Gorla ammette <sup>(16)</sup> la obbiettività di un « significato usuale ». Crede al senso usuale l'Heck che distingue un *usueller Sinn* da un *konkreter Sinn* <sup>(17)</sup>. Ma ciò che si dice senso usuale non sta ad indicare, se non la relazione fra diversi sensi concreti. La parola emessa non ha se non un senso (concreto: quello datole dall'emittente), quella ascoltata, avrà uno o molti sensi, ma tutti concreti (quelli datile da ciascuno degli ascoltatori). Fuori degli atti mentali dei due tipi, la parola non ha alcun senso: s'io pronuncio una parola, di cui ignoro il senso, davanti a persone, che ne ignorano il senso, non ha alcun rilievo lo stato di fatto, che i Cinesi diano usualmente a quella parola un certo significato.

---

<sup>(15)</sup> Il GORLA (op. cit. pag. 51 nota 1) afferma che « in RADBRUCH (*Rechtsphil.* cit. § 15 pagg. 16 seg.) si trova un « elenco di pretesi concetti *a priori* ». In realtà al loc. cit. si trova solo l'affermazione, che « SOMLO' *Jur. Grundlehre*, pagg. 27 segg., contrappone ai concetti del contenuto del diritto i concetti fondamentali del diritto, cioè soltanto i concetti giuridici *a priori* ». Anche Autori recenti credono però nei concetti *a priori*, cfr. WOLFF K., *Mentalreservation*, in *Jher. Jahrb. für die Dogm. des bürg. Rechts*, II F., 45. Band, 1931, pag. 53.

<sup>(16)</sup> GORLA, op. cit., pagg. 27-29, 123-125.

<sup>(17)</sup> HECK, *Begriff.*, cit., pag. 53.



Nel caso specifico della dichiarazione precettiva e legislativa, l'atto spirituale dell'emittente può a rigore mancare (vedi i casi dell'oracolo, del legislatore che commette un *lapsus* ecc.), ma una mente dell'interprete è necessaria. Il giudizio: « Il tale comportamento è conforme al diritto » non può formularsi senza conoscere il diritto, e la conoscenza del diritto presuppone una conoscenza d'un qualche significato della dichiarazione normativa. Ma questo significato sussiste nella sola mente dell'interprete, anche se questa realtà, che nessuna norma potrebbe mutare, venga deprecata per motivi politici (carenza della certezza del diritto <sup>(18)</sup>, ecc.) <sup>(19)</sup>.

3. - Il concettualismo, ossia l'errata opinione, che i concetti esistano fuori di una mente che li pensi, è un vizio logico, che conduce, come giustamente rilevano tutte le tendenze anti-tradizionali, a ricercare il contenuto dei concetti giuridici non nella mente del legislatore, ma in schemi aprioristici, approntati da quella scienza del diritto che dovrebbe, al contrario, limitarsi a classificare i concetti tratti dalla norma. Di qui il nome di metodo di inversione, dato dai rappresentanti della

---

<sup>(18)</sup> È del resto noto, che la maggior parte dei rappresentanti della cosiddetta teoria dell'identità, KOHLER, SPIEGEL, STAMPE, WUESTEN-DOERFER, restringono l'oggetto dell'interpretazione al Wortsinn, od al Textsinn, solo per limitare l'uno e l'altro in angusto spazio, e postulare, accanto all'interpretazione della norma, la creazione di proposizioni giuridiche ad opere del giudice: con quale vantaggio della sicurezza del diritto, ognuno può immaginare.

<sup>(19)</sup> Tra gli oggettivisti possono essere ricordati lo SCHLOSSMANN, il BURCKHARDT, il CROME, il CARRÉ DE MALBERG, il COVIELLO, il GRISPIGNI, l'ALLARA, lo ZANOBINI. Essi si possono far derivare, in generale, dal KOHLER. Contro la tendenza oggettivista, tra gli altri, ULE, op. cit. e contro la tendenza oggettivista estrema, FERRARA, DE RUGGIERO, opp. citt.

giurisprudenza degli interessi al metodo concettualistico, o « costruttivo ».

È comune l'affermazione, che il metodo costruttivo risale alla scuola storica. Acutamente osserva però il Gorla, che il metodo è conseguenza della stessa tendenza concettualistica, insita nella mente umana. La scuola storica creò la fiducia che i concetti giuridici sussistessero, prima che nella mente del legislatore, nella coscienza popolare (e che ivi fossero raggruppati in categorie, e che ciò autorizzasse ad integrare, in caso di necessità, le norme dettate per un istituto, con quelle dettate per istituti che, secondo quello schema, gli fossero affini).

La liceità del metodo è stata contestata in modo vivacissimo dalla Freirechtsschule, dalla tendenza sociologica evolutiva, dalla Interessenjurisprudenz, e, coerentemente ai propri principi, dai sostenitori della interpretazione storica.

Senonchè, prima di entrare nel merito della liceità del procedimento concettualistico, giova riesaminare la natura: se i suoi avversari lo definiscono come: persuasione, o credenza che « concetti giuridici » esistano in natura, e poi si lamentano che l'interprete concettualista cavi da questi « concetti giuridici » serie di « norme », va energicamente affermato, che il contenuto di una norma potrà essere ricavato, se mai, da un giudizio (es. Tizio deve): un concetto (es.: Tizio; ovv.: il dovere di Tizio) è necessariamente sterile. Se l'interprete utilizza, in sede di interpretazione, un concetto scientifico (es.: il contratto), potrà sostituire al concetto di una fattispecie legislativa, quello di una fattispecie rispondente al medesimo nome, e contemplata dalla dottrina; ovvero potrà sostituire al concetto di una considerazione normativa data quello di una considerazione normativa dello stesso nome, e prevista dalla dottrina, ma non potrà giungere al punto di accoppiare una fattispecie ad una conseguenza giuridica. Ogni volta, che l'interprete compie



una tale operazione, e pensa una norma, compie una operazione che non è più elaborazione di un concetto (o di più concetti), ma è un vero giudizio: se giudica arbitrariamente, ciò sarà non perchè crede nell'esistenza di un concetto, ma perchè crede addirittura nell'esistenza di una norma: procedimento anche più grave di quello concettualistico puro, e che da esso deve venire in ogni caso distinto. Quanto meglio si osservino le applicazioni del procedimento cosiddetto per inversione o concettualistico, tanto meglio emergerà la differenza tra la definizione aprioristica dei concetti e la persuasione od il pregiudizio, sulla esistenza di una norma <sup>(20)</sup>.

Se, ad es. il Coviello <sup>(21)</sup> parla di elementi « logicamente o legalmente essenziali » pel negozio giuridico, è chiaro che sfrutta un suo concetto della fattispecie negozio - come manifesta più chiaramente nel dimostrare la prevalenza della volizione sulla dichiarazione con una serie di argomenti concettuali a cui fa seguire un « E poi... », e l'argomento di diritto positivo.

Ma se il Bähr <sup>(22)</sup> dichiara concettualmente impossibile, in caso di contratto in favore di terzo, l'acquisto ad un terzo di un diritto originario (*urwüchsig*), anzichè tratto da quello

---

<sup>(20)</sup> Nel definire la costruzione ed il concettualismo, anche gli Autori più rigorosi cadono nelle confusioni ora lamentate. Così si legge (OERTMANN, op. cit., pag. 7) che « ...si tende ad abbracciare le proposizioni del diritto vigente essenzialmente sotto il solo punto di vista di deduzioni logicamente conseguenti da certi *concetti* o *proposizioni* fondamentali... »; così il GORLA (op. cit., pag. 60) identifica due processi concettualistici: « trarre norme da concetti di norme », ed « applicare i concetti della scienza del diritto pel concreto intendimento di un determinato diritto positivo ».

<sup>(21)</sup> COVIELLO, op. cit., § 115 e § 117. Cfr. esattamente il GORLA op. cit., pag. 73 nota.

<sup>(22)</sup> Citato dall'OERTMANN, op. cit., pag. 7.

del promissario, è chiaro che egli ricorre a concetti *a priori*, tutto al più, per determinare i caratteri della categoria « contratto a favore di terzo » o della categoria « acquisto di un diritto originario », ma deve supporre l'esistenza di una norma (deve formulare un giudizio) per ritenere che la prima categoria (la fattispecie) non origini le conseguenze espresse dal secondo concetto.

Così il Gorla <sup>(23)</sup>, negando che la successione dell'erede nei debiti possa ricavarci in via logica dal « concetto » dell'eredità come *universitas*, potrebbe suffragare la sua tesi con la osservazione, che da un concetto non si deduce assolutamente nulla.

Tenuto conto d'un ultimo procedimento concettualistico (assunzione di un determinato concetto specifico in una categoria di genere, ai fini della analogia), che è anche, forse, il più usitato in pratica, si possono dunque distinguere tre diversi processi logici che, chiamati genericamente « costruzione », hanno diversa natura, e quindi diverso valore. Essi originano, riassumendo ciò che s'è venuto fin qui dimostrando:

a) il pregiudizio, che un fatto giuridico indicato con un nome dato o mediante elementi estrinseci dati (o che una considerazione normativa indicata con un nome dato) abbia un contenuto dato;

b) il pregiudizio, che una fattispecie data sia accompagnata da una considerazione normativa data;

c) il pregiudizio, che ad un carattere dato, comune a più fattispecie (carattere naturale, o consistente nell'uguale trattamento fatto dalla legge, ad alcuni fini, alle fattispecie), corrisponda, entro certi limiti, un'identità di trattamento delle fattispecie.

Dalla presente analisi esce confermata, in ogni caso, la non

---

<sup>(23)</sup> GORLA, op. cit., pag. 92.



oggettività dei concetti e delle categorie giuridiche, e l'assenza di un dovere, da parte dell'interprete, di adottare il metodo costruttivo.

Va però osservato, che la questione della liceità del metodo rimane impregiudicata. Essa verrà in considerazione, per ciò che riguarda il caso sub *a*) in tema di elemento ermeneutico linguistico (vedi § 13 n. 3). Per ciò che concerne il caso sub *b*), va notato che tale persuasione sarà ammissibile o no, a seconda che siano ammissibili, in generale, i pregiudizi dell'interprete sul contenuto delle norme giuridiche (su cui vedi § 14 nota <sup>(10)</sup> pag. 77; § 15 nota <sup>(11)</sup> pag. 78; § 16 nota <sup>(15)</sup> pag. 80; § 21 e § 22). Per il caso sub *c*) vedi § 20 n. 3 e 4, in tema di ricorso all'analogia.

§ 8. - *IMPOSSIBILITÀ DI UNA DETERMINAZIONE UNIVOCA DI UNA VOLIZIONE « IN ASTRATTO » DELL'AUTORE DELLA DICHIARAZIONE.*

Senonchè la non oggettività del cosiddetto significato usuale (vedi § 7) non ne esclude ancora, a rigore, la rilevanza.

Il principio del significato usuale potrebbe essere assunto: *a*) come surrogato del principio della volontà storica vera e propria; *b*) come surrogato del principio del significato oggettivo.

*a*) La volontà storica vera e propria non si possiede mai con certezza. L'interprete può pensare, o meno, che dietro la dichiarazione legislativa sia presente una volontà: ma ciò che egli conosce è sempre un comportamento di dichiarazione o di espressione. La volizione attribuita al dichiarante è la volizione, che l'interprete attribuisce ad un ipotetico « uomo medio », che compie quella dichiarazione. Per meglio ricostruire la portata dell'atto storico, si ricorre a « mezzi di prova » diversi dalla dichiarazione legislativa pubblicata, si potrà anche ricorrere

per chiarimenti alle parole confidenziali dei fattori legislativi: ma anche in questo caso avremo la certezza della avvenuta dichiarazione esplicativa, ma non, della corrispondenza tra dichiarazione e volizione. Se l'interprete crede di scoprire una divergenza tra la « volontà » dell'uomo medio ed una pretesa volontà storica del dichiarante, ciò significa che egli ha tenuto conto di nuovi elementi del complesso comportamento espressivo (qualsiasi circostanza, che accompagni una dichiarazione, può essere un elemento del comportametro espressivo in senso lato), e che da tale comportamento espressivo si ricava la volontà d'un « uomo medio » costruito attraverso ad una minuziosa considerazione delle varie circostanze che accompagnarono la dichiarazione (così delle modalità cronologiche, topografiche, delle nozioni e della situazione del dichiarante): ma la volontà concreta non può essere ricostruita.

b) È evidente che l'indirizzo « obbiettivo » nell'interpretazione supporrà dietro il dettato legislativo un « uomo medio » costruito in modo generico, senza tener conto del tempo e del luogo in cui la espressione è stata emessa, delle opinioni politiche e scientifiche e del livello culturale dei fattori legislativi, e così via. Senonchè, l'espressione « volontà dell'uomo medio » è in ogni caso insufficientemente determinata.

Lo stesso contenuto della normalità è indeterminato: dicendo: « uomo di intelligenza normale » non si vuol parlare di quell'uomo tale, che una metà degli uomini esistiti ed esistenti sia di lui più intelligente, e l'altra metà, meno intelligente: poichè degli uomini primitivi, di lui assai meno intelligenti, si tiene un conto minimo o nullo. Procedendo su questa via, non si astrae « l'uomo medio » dalla massa di tutti gli uomini di tutte le razze, ma si tiene conto minimo dell'intelligenza degli uomini di civiltà arretrate. Così nell'interpretazione si terrà un conto, di grado in grado diverso, delle persone di le-



vatura culturale politica giuridica, oltrechè di sesso e di età, difforni da quelle dei fattori legislativi, e si costruiscono così varie cerchie sempre più ristrette, a cui la persona del legislatore appartiene - o si suppone che appartenga.

Potendo poi la determinazione del contenuto della volontà dell'uomo medio, o volontà in astratto del legislatore, prescindere dalla modalità cronologica, dal luogo di dichiarazione, dalle circostanze occasionali, e così via, se ne inferisce che sarà possibile costruire tanti « uomini medi », di cui uno, meno astratto, e verosimilmente più vicino all'uomo concreto dichiarante, rappresenta l'uomo medio in tempo luogo e circostanze date, e gli altri, via via più astratti, rappresentano altri uomini medi costruiti prescindendo dal tempo dal luogo e dalle circostanze occasionali date.

La disputa tra sostenitori dell'interpretazione cosiddetta oggettiva e di quella cosiddetta soggettiva va classificata come una disputa intorno alla maggiore o minore larghezza nell'ammettere ai fini ermeneutici le « prove della volontà », o, secondo il linguaggio usato in questa trattazione, gli elementi del comportamento dichiarativo <sup>(24)</sup>. La disputa, ove non vada risolta in sede di diritto positivo, deve allo stato qui esposto degli argomenti, restare insoluta, poichè non si potrebbe trovare una giustificazione della rilevanza attribuita ad alcuno di questi « elementi », ma non si troverebbe neppure una giustificazione della loro irrilevanza.

Per altro verso, resta acquisita la pluralità dei significati « astratti » (= « usuali ») della dichiarazione legislativa, e se ne conclude che non ogni significato usuale è utilizzabile ai fini della interpretazione.

---

<sup>(24)</sup> Qualcosa di simile afferma, per l'interpretazione degli atti giuridici, WOLFF, *Mentalreservation*, in *Jher. Jahrb. f. d. D. d. b. Rechts*, II F., 45. B, 1931, pag. 87.

Resta in ultimo da chiarire, che lo stesso significato « usuale », od « astratto » non è un significato obbiettivamente identificato, ma il risultato di una operazione di astrazione, o di computo, il cui valore è, anch'esso, tipicamente soggettivo (relativo alla mente dell'interprete).

§ 9. - IRRILEVANZA DEGLI SCOPI DEL DIRITTO.

1. - Escluso in ogni caso che l'interprete sia soggetto di doveri giuridici nella sua attività ermeneutica (vedi § 2 n. 2) resta da analizzare il pensiero di quanti scorgono, fuori dalle norme giuridiche, questo o quel vincolo a cui l'interprete « deve » <sup>(25)</sup> sottostare <sup>(26)</sup>.

Fortunatamente, non è ammissibile che quanti Autori parlano di un dovere o di una « occorrenza » facente capo all'interprete, alludano ad un vincolo giuridico o ad un dovere di uniformarsi ad un criterio metagiuridico. Spesso si indica con la parola « dovere » l'imperativo ipotetico (ossia la pratica necessità, relativa al raggiungimento d'uno scopo), che condiziona l'individuazione di un determinato oggetto (significato oggettivo del testo, o volontà psichica del legislatore) creduto giuridicamente rilevante <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Tali « doveri », frequenti nelle trattazioni e più ancora nel linguaggio usuale, privi di una base nel diritto oggettivo, e perciò ribattezzati « criteri politici » appartengono ad un mondo metagiuridico.

Di essi si tratta in tema di elementi oggettivi della interpretazione, poichè se ne parla come di principî aventi un valore indipendente da quello loro conferito dall'interprete.

<sup>(26)</sup> Cfr. soprattutto l'intera impostazione dell'opera classica di DE GNI, cit., ad es. pag. 153, pag. 337, ecc.

<sup>(27)</sup> Si può senz'altro affermare che WINDSCHEID, COVIELLO, DE RUGGIERO e tutta la dottrina tradizionale parlano di doveri dell'interprete, di servirsi di questo o quel mezzo tecnico, per indicare, che egli non può conoscere, senza il ricorso ai mezzi in esame, il contenuto della cosiddetta volontà della legge.



Il punto di partenza più frequente dei sostenitori di un criterio politico è l'affermazione, che il diritto gioca, nel firmamento di tutte le forze sociali economiche naturali un suo ruolo determinato: ruolo che lo trascende e che per altro verso ne determina il contenuto, respingendo ogni stortura del legislatore intesa a distogliere il diritto dalla missione che l'economia della natura gli ha affidato.

Altro punto di partenza, da esaminarsi a parte, è la credenza in una finalità del diritto, che giunge a deformarne il contenuto, non perchè necessariamente collegata con il diritto stesso, ma perchè il creatore del diritto se la è posta innanzi, per modo che essa assume rilevanza anche di fronte all'interprete.

Una trattazione di ampio respiro si rende poi necessaria per accertare: *a)* se sussista effettivamente un collegamento oggettivo tra il diritto ed il suo fine, *b)* e se tale fine abbia una giuridica rilevanza.

2. - *a)* Se lo scopo fosse assegnato al diritto dalla natura stessa dell'ecose, dovremmo trovarci in presenza di un rapporto teleologico obbiettivamente sussistente, all'infuori di ogni mente umana.

Tale costruzione non può ammettersi. La relazione di mezzo a scopo non può essere presente se non in una mente umana; nel caso originario, nella mente di chi sceglie il mezzo per raggiungere lo scopo; in caso derivato, il terzo può, oggettivando l'intenzione dell'agente, considerare lo scopo dell'atto dell'agente (solo un atto di un ente cosciente può avere uno scopo!) come scopo del comportamento in sè (indipendentemente dalla mente dell'agente) o come scopo del risultato del comportamento <sup>(28)</sup>.

---

(28) Così, se mi costruisco una casa per abitarvi, si dovrebbe parlare di scopo del mio atto di costruzione, ma si parla, per brevità, di scopo

Resta quindi soltanto da ricercare quale mente potrebbe aver posto uno scopo alla norma. Rigettiamo qualsiasi fantasmatica imputazione di tali operazioni mentali ad una « psiche collettiva » di cui partecipi e il legislatore e l'interprete.

Vi sarebbe ogni ragione, per ammettere che lo stesso fine ultimo del diritto sia proposto dal creatore del diritto, (cfr. la distinzione dei « punti di partenza » pag. 41); ma, poichè non si possono ammettere creatori del diritto all'infuori dei fattori legislativi, vale, contro la conoscibilità dello scopo dell'autore del diritto, ognuna delle considerazioni sviluppate a suo tempo contro la rilevanza dell'atto psichico di volizione astratta del fattore legislativo.

Analoga questione è, se le singole norme giuridiche, e non già il diritto come tale, possano avere uno scopo rilevante (di ciò vedi § 9 n. 9 e segg.): ma la distinzione tra scopo del diritto e scopo di ogni singola norma è quasi sfuggente (ed è comunque una distinzione di specie uguali fra di loro per qualità e differenti per quantità) ove si imputi lo scopo del diritto alla mente del legislatore; essa è invece assai perspicua, per chi ammetta accanto ai singoli scopi delle norme, voluti dal legislatore, il grande scopo di tutto il diritto, proposto da una mente impersonale, o identificantesi con la natura del diritto.

3. - b) Il modo come la finalità del diritto giungerebbe ad assumere rilevanza, è, a seconda degli autori, vario; essa A) inciderebbe sulla natura del diritto, ovvero B) offrirebbe all'interprete un criterio per modificarne la portata.

A) Ad es. per il filosofo Radbruch <sup>(29)</sup> la natura del di-

---

della casa. A questo processo di oggettivizzazione tende facilmente lo spirito umano.

<sup>(29)</sup> Cfr. RADBRUCH, *Rechtsphil.* cit., pag. 116: Intendere il diritto significherebbe comprenderlo « come un tentativo di realizzazione dell'idea del diritto ».



ritto, come impegnerebbe il legislatore, così impegnerebbe pariteticamente l'interprete, accomunandolo al fattore legislativo nella soggezione al principio che tutta la sua attività è intesa a « realizzare un'idea » <sup>(30)</sup>.

Analogamente, altri precisano che l'attività creatrice del diritto è valutazione di interessi, o realizzazione di un minimo etico, o che il diritto è imperativo ecc.

Essi possono avere tutti quanti ragione nella classificazione del diritto o dell'attività di legislazione e di interpretazione tra le valutazioni di interessi, tra le realizzazioni di un minimo etico o di un'idea, tra gli imperativi e così via. Tutto ciò non autorizza a trarre la minima illazione relativa alla interpretazione <sup>(31)</sup>, perchè non dice ancora assolutamente nulla sull'interesse, che dal diritto è tutelato, sull'idea, che è realizzata, sul

---

<sup>(30)</sup> È ben differente l'affermazione: « il diritto ha la tal natura, e va interpretato in modo conforme alla sua natura », dall'altra « l'attività di creazione del diritto è di tal natura, e l'interpretazione giuridica è simile ad essa ». Tuttavia occorre confutare insieme le due proposizioni, perchè alcuni Autori passano indifferentemente dall'una all'altra.

<sup>(31)</sup> Invero comunque si classifichi il diritto, tale classificazione, opera di una mente umana concettualizzante, non può di per sè sprigionare « doveri » o « convenienze » per l'interprete; se poi si vuol con ciò dire, che alle persone legiferanti e interpretanti è di fatto impossibile liberarsi dalla tendenza a valutare certi interessi, a realizzare una certa idea ecc., tale stato, in cui si trova la mente dell'interprete, sarà una disposizione soggettiva dell'interprete, su cui vedi oltre parte III.

Perchè la classificazione del diritto possa comunque incidere sull'opera di creazione del diritto, e su quella di interpretazione, bisogna che la definizione del diritto *in quanto tale*, consistente perciò in un giudizio analitico, ossia in una enunciazione dei suoi elementi concettuali, degeneri in una definizione approssimata del suo contenuto (ossia una specie di principio generale del diritto, il quale si introdurrà nel mondo dell'attività ermeneutica non per la sua intrinseca validità, ma quale elemento soggettivo dell'attività interpretativa, cfr. infra parte III).

criterio etico, al quale il diritto si attiene, sul contenuto dell'imperativo, oggetto della norma ecc.

B) Resta da esaminare, se la finalità o la natura del diritto offra all'interprete un criterio per modificare *ab extrinseco* la portata della norma.

Nessuno ha finora risposto all'obbiezione che, se il diritto è mezzo per raggiungere un qualsiasi scopo nel mondo sociale e naturale, tuttavia l'interpretazione è interpretazione del diritto, quindi ricerca o conoscenza del mezzo, qualificato ormai dal suo proprio contenuto, e non dal suo scopo.

Se il diritto è mezzo per raggiungere gli ideali della società, essendo lo scopo in ogni caso esterno rispetto al mezzo, l'interprete, il quale ai fini ermeneutici ricorra alla nozione dello scopo, mentre è in presenza di una norma del diritto, giungerebbe al risultato di modificare scientemente quella che egli conosce come norma giuridica. Ciò sarà ammissibile, o no, a seconda che si supponga che l'interprete sia svincolato, o legato, alla norma giuridica (vedi parte IV).

Se poi si volesse sostenere, che l'elemento teleologico concorre con altri elementi (dichiarazione ecc.) per formare un complesso « oggetto » della interpretazione, si risponderebbe ancora una volta che: se lo « scopo » è noto *a priori* all'interprete, il quale ne vuole tenere conto, dovremmo interessarci della cosa in sede di elementi soggettivi della interpretazione; se lo « scopo » è indotto *a posteriori* dal dettato legislativo, esso è scopo di una singola norma (su cui vedi § 10) e non del diritto in generale.

4. - Procedendo ad un esame analitico dei vari ideali sociologico-economici che di volta in volta sono stati illustrati dagli Autori, quali scopo ultimo del diritto, o quali scopo, che il diritto non può non perseguire, possiamo distinguere: a) il bene sociale, b) la comparazione e valutazione degli interessi



umani, c) la certezza del diritto, d) la praticabilità, rappresentabilità del diritto ecc.

a) Il bene sociale, o benessere pubblico. Non va ricordato in questa sede tra i suoi sostenitori chi lo addita come criterio di integrazione della norma positiva (es.: Géný, ecc.) ma il solo Vander Eycken, che ne parla <sup>(32)</sup> come di funzione determinante del diritto.

Si può osservare che, in ogni modo, il diritto è libero di tutelare questo o quell'elemento dell'utilità sociale. E poichè, comunque si intenda la norma, ogni soluzione concreta di un qualsiasi caso giuridico tutelerà un qualche elemento dell'utilità sociale, il criterio in esame non ci sa illuminare nella scelta dell'uno o dell'altro contenuto possibile della norma <sup>(33)</sup>. Sembra ovvio, che qui « utilité sociale », o « bonheur public » significhino utilità anche di un solo membro della società. Altrimenti lo stesso postulato di Vander Eycken sarebbe errato.

Si possono del resto riferire al criterio in esame le obiezioni che seguono nella più complessa trattazione del criterio proposto dalla Interessenjurisprudenz.

5. - b) La comparazione e tutela degli interessi è soprattutto sostenuta dalla Interessenjurisprudenz <sup>(34)</sup> (Stampe, Rümelin, Heck, Müller Erzbach, ecc.).

<sup>(32)</sup> VANDER EYCKEN, op. cit., pag. 56: « Il diritto è l'organizzazione dell'utilità sociale. Esso rende obbligatorii gli atti, che salvaguardano ed assicurano il benessere pubblico. La sua missione è affatto pratica. Esso regge le azioni degli uomini. Ora, ogni azione è determinata dal suo scopo. Il diritto è dunque derivato dall'idea dello scopo da perseguire: è essa, che ne determina tutto il contenuto ». L'opera del VANDER EYCKEN ha avuto risonanza in Francia (cfr. GÉNY, *Méthode*, cit. pagg. 278, 284) e altrove.

<sup>(33)</sup> Di qui, l'illegittimità della costruzione di una gerarchia di scopi secondari, proposta dal VANDER EYCKEN, op. cit., pagg. 102, 117.

<sup>(34)</sup> BETTIOL, op. cit., pag. 394 non considera la giurisprudenza degli interessi come un particolare tipo di giurisprudenza teleologica.

Heck <sup>(35)</sup> riassume il fondamento del suo sistema nella formula: le leggi sono le risultanti degli interessi contrapposti, ed in lotta per essere riconosciuti. E tutta una teorica si costruisce su questo assioma ripetuto decine di volte nelle varie opere che la fertilità di Heck ha dato alla luce: pecca l'interprete se vede nella legge altro che un compromesso di interessi, pecca, se non sa attribuire a interessi uguali protezione uguale, pecca se costruisce gerarchie di concetti giuridici, anzichè di interessi giuridicamente rilevanti.

Che ogni norma necessariamente tuteli bisogni od interessi presenti o possibili, è chiaro. Nessun Autore lo mette in dubbio, se prescindiamo da un'osservazione dello stesso Heck <sup>(36)</sup>.

Ma è altrettanto chiaro, che tale funzione della norma non è assolutamente adatta a farci intendere, quali tipi di interessi siano tutelati dal diritto. Non appena si precisi, che il diritto tutela un certo interesse, a scapito di un altro, si sarà enunciato un principio di diritto positivo, e non, un canone ermeneutico <sup>(37)</sup>. La proposizione « il diritto è tutela di interessi » può

---

<sup>(35)</sup> HECK, *Gesetzes*, cit., pag. 17.

<sup>(36)</sup> HECK, *Begriffs*, cit., pag. 74, dopo aver riportato la frase sopra citata, aggiunge: « Questo giudizio vale per la normalità dei casi. Con ciò non si esclude, che anche il legislatore può sbagliare ». Ma se uno scopo è presente solo nel caso normale, si dovrà indagare di volta in volta se il legislatore non voglia perseguire altre finalità, diverse dalle tutele di interessi (può venire al proposito richiamato il caso delle norme attinenti ad attività di culto nel diritto canonico). Ammesso ciò, tutto il sistema di Heck cadrebbe. La ricerca degli interessi tutelati sarebbe, tutt'al più, ricerca di uno scopo del legislatore in una norma singola (su cui vedi § 10).

<sup>(37)</sup> Non è perciò insufficienza di Autori, ma inettitudine del metodo, se, come rileva ISAY, op. cit., la *Interessenjurisprudenz* non possiede alcun metodo per scoprire il contenuto delle norme e se essa, legata alla rinuncia ad una elaborazione di misure per la valutazione dei valori, non possiederà mai un tale metodo.



enunciarsi in modo così assoluto solo a condizione, che non si intenda « interessi » nel senso di « determinati interessi ». La proposizione « il diritto tutela questo e quell'altro interesse » è invece un giudizio, che può valere per uno o per molti diritti positivi, ma che può soffrire deroghe, eccezioni, ecc.: non è altro, che un comune principio generale di determinati ordinamenti giuridici.

Non si comprende perciò come Heck possa disinvoltamente affermare che « gli interessi che il legislatore deve garantire... si possono ordinare in gruppi », in primo luogo quegli interessi « alla cui difesa la legge si adopera (« eingreift », non: *einzugreifen hat!*...)... ma il legislatore vuole anche emanare un comando, che sia applicabile... (come lo si prova? si noti che lo Heck sostiene l'interpretazione storica) ... il legislatore in terzo luogo vuole un comando non soltanto applicabile, ma anche facilmente applicabile » <sup>(38)</sup>.

Si ha qui un quadro pittoresco di principî di politica legislativa trasformati in brocardi ermeneutici, di pretesi elementi concettuali tipici del diritto elevati a criteri interpretativi, e, ad un tempo, di principî generali di un diritto positivo trasformati in principî *a priori* del diritto in generale <sup>(39)</sup>.

<sup>(38)</sup> HECK, *Begriffs*, cit., pag. 40.

<sup>(39)</sup> La imprecisione terminologica dello HECK appare particolarmente adatta a favorire equivoci, quando si osservi che la *Interessenjurisprudenz*, mentre difende il vincolo rigoroso al volere del legislatore, rivendica d'altro canto ampia libertà al giudice, secondo lo schema che troviamo in *Begriffs* cit. pag. 4: « Ciò, di cui la nostra legge, e la nostra vita hanno bisogno (ma come può la legge aver bisogno? il bisogno è uno stato psichico...) è un giudice il quale stia a fianco del legislatore come aiuto pensante, il quale non badi soltanto alle parole ed agli ordini, ma entri nelle intenzioni del legislatore, realizzi i giudizi di valore della legge anche per i casi non regolati, in base a proprii esami degli interessi ». Con brillantissima disamina, il BETTIOL, op. cit., pag. 394, muovendo dall'e-

6. - c) Certezza del diritto (sostenuta da Heck e da altri); dovrebbe influire nel senso di dare valor di legge al giudicato precedente. Lo scopo sarebbe raggiunto solo quando tutti i magistrati concordemente si rifacessero ai precedenti: diversamente rimarrebbe sempre il dubbio, se il magistrato giudicherà secondo i precedenti, o secondo un'interpretazione personale.

Non formando i precedenti un tutto organico, dovrebbe ricorrersi ad una delimitazione dei casi, a cui ogni giudicato dovrà applicarsi. Ciò postulerebbe una nuova opera di interpretazione condotta con i soliti mezzi (che per Heck saranno la *Interessenforschung - abwägung - vergleichung*).

Il fondamento di tale criterio politico non è perspicuo: per appagare il bisogno di sicurezza, si sacrificerebbero quei bisogni, che i giudicati precedenti hanno trascurato, senza preoccuparsi se il legislatore intendeva garantirli.

La portata dell'obbiezione va anzi ampliata, dicendo che i criteri politici preesistenti al legislatore od all'interprete sono in numero illimitato (tutela degli interessi della vita, della moralità, della giustizia, del benessere, della potenza nazionale, della libertà, della certezza giuridica, della praticabilità), ma si limitano a vicenda. Il carattere, che il diritto assume, di tutore di interessi non giova ancora affatto ad indicarci, quali interessi siano, in questo o quel caso, tutelati: così, nel caso specifico, la certezza del diritto potrà dimostrarsi tutelata, a preferenza di altri interessi, solo su una base di diritto positivo.

d) Praticabilità, rappresentabilità del diritto ecc. Sono questi i nomi di alcuni interessi tutelati dalla norma. Pos-

---

same della contrapposizione heckiana fra interessi da bilanciare e criterio di bilanciamento degli interessi medesimi (cfr. *Begriffs* cit., pag. 41 e passim), rileva la contraddizione fra il principio dell'ossequio all'atto storico del legislatore, e la libertà del giudice, nel sistema della *Interessenjurisprudenz*.



sono assumere rilevanze, in quanto glie la assegni un principio generale del diritto positivo, ovvero in quanto possano influire sulla configurazione dei mezzi dell'interpretazione (vedi oltre quanto si osserva sull'elemento subbiiettivo della interpretazione).

7. - La complessa questione dello scopo del diritto si risolve dunque con un rinvio al problema della libertà del giudice dalla legge, od a quello degli elementi subbiettivi dell'interpretazione; o con una riduzione dei pretesi criteri ermeneutici a principi generali di un diritto, suscettibili di deroghe; in ogni caso non ammettendo teorie macchinose ed immaginose (presupponenti menti collettive ecc.). In generale, una chiave di volta per la soluzione della questione è data dalla stessa premessa che, se il diritto esistesse, e lo scopo (estraneo al contenuto del diritto, e trascendente rispetto ad esso) intervenisse per chiarirne il contenuto, bisognerebbe supporre che la risultante del diritto e dello scopo non sia più diritto, poichè la risultante non può identificarsi con uno dei due dati componenti. Ovvero, lo scopo in esame sarebbe scopo non del diritto, ma di altro (della attività legiferatrice). Ed il problema in esame si ridurrebbe al problema dello scopo di ogni atto normativo, quale concretamente si propose il legislatore.

§ 10. - *IRRILEVANZA DEGLI SCOPI DELLA NORMA.*

1. - Resta così da affrontare un nuovo, più semplice ma più dibattuto problema, dove la stessa dottrina comune merita alcune profonde chiarificazioni.

A rigore nessuna norma può avere in alcun caso uno scopo unico individuato. I suoi scopi, oltre ad essere classificabili in molte serie, secondo la mente che li suppone (mente di ognuno dei fattori legislativi, mente di ognuno degli interpreti) possono essere catalogati secondo la maggiore o minore immediatezza; così la norma sull'omicidio avrà come scopo ultimo, secondo un

determinato fattore legislativo, la tutela dei cardini della civiltà, come scopi via via più prossimi, la tutela degli interessi sommi dell'uomo, la tutela della vita dell'uomo, la punizione dell'omicida colpevole.

Gli scopi più remoti sono scopi comuni a più norme <sup>(40)</sup>.

Quanto agli scopi più prossimi, essi sono difficilmente distinguibili dalla norma stessa, se si esprimono in termini di realtà giuridica.

Si apre così una distinzione, ed una possibilità di una duplice trattazione concernente: a) la *ratio iuris* come realtà normativa; b) la *ratio iuris* come realtà sociologica.

2. - a) La realtà normativa non può essere scopo di una norma, perchè non può essere scopo di sè stessa.

Si potrà piuttosto parlare A) di uno scopo della volizione del legislatore; B) di uno scopo della dichiarazione legislativa, secondo l'intenzione del legislatore; c) di uno scopo della dichiarazione legislativa, secondo la supposizione dell'interprete.

A) Negata senz'altro, in base alle solite considerazioni, la rilevanza dello scopo della volizione del legislatore <sup>(41)</sup>, resta da esaminare la figura dello scopo della dichiarazione.

B) Va osservato che lo scopo, che il legislatore ha proposto alla propria dichiarazione, può apparire soltanto dal comportamento dichiarativo del legislatore, in senso lato <sup>(42)</sup>. Sarà allora

---

<sup>(40)</sup> Si può parlare di alcuni scopi comuni a tutte le norme, scopi che un misticismo ha fatto credere inerenti alla natura del diritto (vedi § 9 n. 3).

<sup>(41)</sup> Il contenuto della volizione, quando sia espresso, è esso stesso diritto, senza chiarificazioni desunte dallo scopo; quando non venga in luce attraverso la dichiarazione, non verrà illustrato dal suo proprio scopo, che fra l'altro sarà tanto meno chiaro e conoscibile della volizione stessa.

<sup>(42)</sup> In caso diverso, ove l'interprete attribuisca al legislatore proprio lo scopo da questi propostosi, si tratterà di una relazione di mezzo a scopo presente, checchè possa apparire, nella mente dell'interprete; su cui v. infra sub C).



ovvio, che la manifestazione del significato della dichiarazione è avvenuta mediante la dichiarazione medesima, e non mediante una autonoma manifestazione dell'elemento teleologico della dichiarazione stessa: in nessun caso sarà presente, accanto al significato naturale della dichiarazione, un significato distinto ed artificiale, interpretato tenendo conto della *ratio* <sup>(43)</sup>.

c) Quale scopo attribuisca alla dichiarazione legislativa l'interprete, e quale rilevanza abbia tale attribuzione, infine come possa venire classificata questa operazione spirituale, forma oggetto di un nuovo problema.

L'interprete può concepire uno scopo della dichiarazione oggettivizzandolo, e supponendolo immanente nella espressione medesima. Senonchè ripugna il concetto di uno « scopo oggettivo », essendo la relazione di mezzo a scopo, come s'è già detto, un rapporto astratto visto dalla mente di chi opera il mezzo. Si dirà perciò « effetto oggettivo », e non « scopo oggettivo » della dichiarazione.

Ciò premesso, va osservato che, ove una dichiarazione sia ambigua, ciascuno dei più significati possibili della dichiarazione sarà accompagnato da un effetto possibile della dichiarazione; così, quando sia incerto, se una dichiarazione significhi « uomo maschio », o « uomo in generale », l'ambiguità del significato della dichiarazione si trasformerà in un dubbio, se l'effetto della norma sia relativo all'uomo maschio o all'uomo in generale. Ciò che diventerà decisivo, per l'attribuzione di un

---

<sup>(43)</sup> Così, nella vita comune, se chiedo un pezzo di carne ad un macellaio, lo voglio crudo; se lo chiedo ad un cameriere d'albergo, lo voglio cotto: ma non rileva lo « scopo della dichiarazione ». Rileva, più semplicemente, l'elemento spaziale cronologico ecc. del mio atto dichiarativo: e rileva, in quanto trasformato in persuasione del macellaio, o del cameriere d'albergo, che si rivolga a loro soltanto chi voglia carne cruda, o, rispettivamente, cotta.

significato dato alla parola « uomo » nel caso concreto non è un elemento della dichiarazione, ma non è neppure un effetto, od uno scopo della medesima. È invece, per quanto ciò possa parere insoddisfacente, la persuasione dell'interprete che gli scopi della dichiarazione siano, in generale, scopi dati (la soggezione agli obblighi di leva degli uomini maschi, la tutela della vita di tutti gli uomini maschi e femmine). Se tale persuasione sia o meno lecitamente ammessa a giocare un ruolo nello sviluppo del processo ermeneutico, è questione che verrà risolta a parte (vedi § 21). Il ricorso all'elemento teleologico della norma non è altro, che la sostituzione ad una scelta, tra i più valori possibili di una dichiarazione in quanto tale, della scelta tra più contenuti di una norma.

3. - b) Basterebbe, per escludere la rilevanza dello scopo metagiuridico (economico sociologico etico ecc.) della norma, la considerazione kelseniana sull'autonomia della realtà giuridica da ogni altra realtà propria del « mondo dell'essere ». Giova inoltre richiamare le solite considerazioni sulla possibilità di intendere il rapporto di mezzo a scopo in un senso soggettivo (scopo della volontà del fattore legislativo), che lo condanna alla inconoscibilità ed alla irrilevanza, oppure in un senso pseudo oggettivo, ove si voglia ricorrere alla costruzione dello « scopo in astratto » o « scopo proposto dall'uomo medio » alla norma interpretanda <sup>(44)</sup>, o, infine, in un senso oggettivo.

In quest'ultimo caso, è opportuno parlare di causa ed effetto, anzichè di mezzo e scopo: ed occorre precisare che l'effetto, a rigore, non è effetto della norma (che, nella sua essenza puramente formale, o ideale, non può sortire effetti nel mondo

---

<sup>(44)</sup> Per la qual via si impone la sostituzione della figura dello « scopo » con quella della « persuasione dell'interprete, che lo scopo sia tale », dato il criterio soggettivo di determinazione del significato in astratto della dichiarazione medesima, cfr. § 8.



del reale), ma della sua rappresentazione, o della sua osservanza, o del processo sociologico attraverso il quale viene in esistenza la norma, o di qualche altra realtà psicologica.

Ed è anche chiaro, che altro è l'effetto che sortisce la osservanza della norma, o la reazione psicologica che viene suscitata nei consociati per effetto della sua conoscenza, altro è, il risultato ipotetico teorico che la norma sortirebbe, se tutti la osservassero. Ambedue i tipi di « effetti » sono punti di riferimento scientificamente apprezzabili a vari fini <sup>(45)</sup>.

Ciò premesso, giova ancora richiamare quanto si è già detto sulla illimitata possibilità di moltiplicazione degli effetti meta-giuridici, poichè da effetti via via più prossimi si passa ad effetti via via più remoti, i quali sono per lo più comuni ad un numero via via maggiore di norme.

Una determinazione della natura intrinseca dei cosiddetti scopi della norma manca in alcuni Autori; e, tra gli altri, l'accordo non è raggiunto. Ciò serve a complicare notevolmente la polemica, perchè gli argomenti svolti contro lo scopo-interesse devono poi essere ripetuti e trasformati contro lo scopo-volontà del soggetto giuridico, contro lo scopo-principio infirmatore della norma, contro lo scopo-realizzazione della giustizia, contro lo scopo-tutela di un bisogno umano e così via.

È opportuno, che si tratti per primo delle rilevanze dello scopo sociologico della norma (meglio: dell'effetto sociologico della osservanza della norma); si mostrerà poi, che le identiche conclusioni si adattano benissimo all'effetto inteso in ciascuno degli altri modi.

---

<sup>(45)</sup> Talora si parla, nella dottrina, di funzione della norma: che la funzione si riduca, in ogni caso, ad uno scopo d'un atto, o ad un effetto di un accadimento, risulta chiaro dalla considerazione che, oltre ai rapporti teleologico (subbiettivo) ed eziologico (oggettivo nel senso empirico già precisato) non si dà fra più accadimenti o fatti, un terzo tipo di vincolo diverso da essi due.

Ove sia invocato il cosiddetto scopo della norma, per correggere la portata della dichiarazione legislativa imperfetta, si domanda, su quale base si neghi che la portata della dichiarazione legislativa « imperfetta » sia l'effetto (o lo scopo stesso) della norma!

Una indagine su un preteso scopo distinto dalla norma ha come oggetto non già la dichiarazione legislativa, ma le realtà di altro genere note all'interprete (storia, sociologia, atto storico, ecc.). Così ad es. in presenza del c.c. 1865, che non faceva cenno del dovere dei non consociati di non ingerirsi nello spazio sopra e sottostante i fondi, ad ogni interpretazione possibile della dichiarazione normativa relativa alla proprietà poteva farsi corrispondere una simmetrica pretesa finalità della norma così interpretata: gli elementi decisivi, che facevano preferire quella a questa interpretazione, erano moventi politici, sentimenti soggettivi dell'interprete, nozioni (non tratte dalla norma) che permettevano all'interprete di giudicare quale, fra gli scopi possibili, fosse più desiderabile.

Così la norma che precisa che la fattispecie cosiddetta « contratto simulato » non sortisce gli effetti conformi alla dichiarazione contrattuale, va interpretata nel senso, che nessuna fattispecie costante di due dichiarazioni recettizie uguali, ma non accompagnata da volizioni concordanti tra di loro nè concordanti con le dichiarazioni, sortisca l'effetto conforme al contenuto delle dichiarazioni; cioè, lo scopo della norma negativa, relativa ai contratti simulati, è di impedire, che alcuno si trovi vincolato ad un contratto alla cui conclusione neppure la controparte ha interesse. Ma si domanda, come possa l'interprete, senza ricorso alla storia, al diritto naturale e comparato, ecc., escludere che l'elemento decisivo della norma in esame sia la presenza della malafede nelle parti (sarebbe assai strana una norma protettrice della malafede, ma, a rigore, non è impos-



sibile). Anche qui, per ogni diversa interpretazione è pronta una possibile finalità della norma (tutela della libertà dei contraenti - tutela della malafede).

L'interprete non può ottenere il criterio di scelta se non cercandolo nelle sue nozioni ed opinioni in tema di morale o di giustizia o di sociologia o ricavandolo con costruzioni; comunque, è presente un rinvio ad elementi tipicamente subbiettivi.

Il ricorso all'elemento teleologico ai fini ermeneutici va dunque presentato, anzichè come un modo di determinazione del contenuto della norma, come una sostituzione ai contenuti possibili della dichiarazione, degli scopi (meglio: degli effetti) che ogni possibile norma, ricavata dalla dichiarazione sortirebbe <sup>(46)</sup>: sostituzione, che permetterà poi, in base a criteri opportuni, di « scegliere » la norma migliore (volgarmente: di interpretare la norma nel modo migliore) <sup>(47)</sup>.

4. - Ciò che si è detto dello « scopo » sociologico si adatta parimenti « all'interesse » tutelato, al « motivo » della norma (anche se lo si faccia consistere nella « ragione giustificatrice »), al bisogno umano protetto, al principio informatore della norma, ecc.

---

<sup>(46)</sup> Sull'affermazione dello SCHREIER (op. cit. pag. 36) che talune norme non abbiano uno scopo esseudo scopo esse stesse, basti qui osservare, che essa non può affatto sostenersi, quando al concetto di scopo di norma si sostituisca quello di effetto della osservanza della norma.

<sup>(47)</sup> In questo senso è ben vero, come dice HOENIGSWALD (op. cit., pag. 2) che anche il più acceso formalista non trascurerà mai intieramente, in concreto, il momento teleologico. Ma ciò non avviene perchè il formalista scenda ad un compromesso con la tendenza teleologica; vedi al riguardo le ottime considerazioni dello SCHREIER (op. cit., pagg. 25, 26) sulla equivalenza dei sistemi di giudizi di valore, e di giudizi cognitivi puri ai fini delle decisioni dei casi.

Ciò appare abbastanza ovvio per l'interesse tutelato, e per il bisogno umano protetto <sup>(48)</sup>.

Giova ricordare anche qui, che in presenza di una dichiarazione da interpretare, l'interprete non sa *a priori* quale sia l'interesse tutelando <sup>(49)</sup>, ma lo saprà solo quando, postisi innanzi tutti i possibili interessi tutelandi, riterrà in base ai soliti criteri (storico, etico, sociologico) che la norma ne tutela uno determinato, ed assegnerà alla dichiarazione un significato corrispondente.

5. - Più delicata è l'indagine sulla ragione giustificatrice, o principio informatore della norma. Esso apparirebbe piuttosto come motivo, o movente, o causa, della norma, anzichè come scopo od effetto. Senonchè come l'interesse preesiste alla norma che lo tutela, ma si presenta come fine della norma in quanto tutelato, così la ragione giustificatrice, ed il principio informatore, pur preesistendo alla norma, si presentano come scopo della norma ispirata ad essi <sup>(50)</sup>.

Giova ricordare a proposito della ragione giustificatrice (o *ratio iuris* in senso oggettivo), che essa viene per lo più invocata come qualcosa di trascendente rispetto ad una singola norma e ciò spiega la frequenza con cui il ricorso alla *ratio iuris* viene invocato per giustificare la interpretazione analogica.

---

<sup>(48)</sup> Invocati, il primo dallo HECK, il secondo dalla dottrina comune come *ratio iuris* intesa in senso soggettivo, cfr. ad es. DE RUGGIERO.

<sup>(49)</sup> Ad es. nel caso dell'errore riconoscibile che cade sulla dichiarazione contrattuale previsto dall'art. 1433 c.c. è decisivo l'interesse del dichiarante non in dolo, o l'indegnità di tutela dell'interesse del destinatario colpevole?

<sup>(50)</sup> Ciò se il principio informatore interviene come motivo subiettivo del legislatore, o come movente del legislatore - uomo medio, ad es. se il legislatore, mosso dal principio informatore, che l'omicidio intenzionale è un male, legifera contro gli omicidi intenzionali, il motivo si traduce nello scopo, di impedire gli omicidii intenzionali.



In realtà, avviene che, data una norma, se ne può determinare *a posteriori* la *ratio*, solo dopo aver saputo, se l'ordinamento giuridico tenga, in altre norme, nella medesima considerazione gli elementi, che, *a priori*, possono essere considerati decisivi: ad es. in presenza della norma che sancisce la nullità relativa del contratto simulato, l'interprete concluderà che l'elemento decisivo per la nullità è la presenza della duplice divergenza tra le due dichiarazioni e le due volizioni, se ritroverà una norma che sancisce la nullità relativa del contratto affetto da duplice errore ostativo: ma concluderebbe, che l'elemento decisivo è la presenza della malafede nei contraenti, se trovasse una norma che sancisse la nullità del contratto affetto da duplice riserva mentale, e la validità di quello affetto da duplice errore ostativo: davanti alla dizione trascurata (cosiddetta lacunosa) del c.c. 1942, potrà poi scegliere il principio informatore che, in base a considerazioni svariate, preferirà; e considerarlo principio della norma, fino a ricavarne una serie di altre norme. Ma giova notare che la rilevanza di una *ratio* si ha solo se la *ratio* informa tutte le norme in cui appaia l'elemento decisivo; ora, se ci ricaviamo tale rilevanza dalla serie delle dichiarazioni legislative il ricorso alla *ratio*, come mezzo di interpretazione, è inutile; ove, per una fattispecie, sia dubbia la rilevanza della *ratio*, il considerare decisiva proprio la *ratio*, la cui rilevanza è, per ipotesi, dubbia, è una petizione di principio. Ciò che si chiama ricorso alla *ratio iuris* non è se non la sostituzione, ai possibili significati di una dichiarazione ambigua, dei principî a cui la soluzione del caso controverso può ispirarsi: l'elemento decisivo della scelta, estraneo alla *ratio iuris*, sarà una persuasione soggettiva dell'interprete, che un determinato principio sia desiderabile, ed implicitamente accettato dal legislatore; persuasione, che costituisce un elemento squisitamente soggettivo.

Queste asserzioni, più che contraddette, escono corroborate

dall'indagine che sulla *ratio* ha condotto il Bobbio, per accertarne la rilevanza in sede di interpretazione, particolarmente in sede di ricorso all'analogia: l'Autore sembra ben persuaso, che il contenuto del principio informatore vada ricercato nel mondo della storia dell'etica e della sociologia <sup>(51)</sup>.

§ 11. - LA DICHIARAZIONE NORMATIVA COME ELEMENTO OGGETTIVO DELLA INTERPRETAZIONE.

1. - Neppure la dottrina del diritto libero ha negato che la dichiarazione legislativa sia oggetto dell'interpretazione, ossia che sussista ed abbia il suo valore indipendentemente da un apprezzamento di merito dell'interprete. Così non l'ha negato la scuola dell'atto storico (che la ammette come oggetto di una interpretazione inferiore), nè la giurisprudenza degli interessi.

L'unica obiezione potrebbe essere portata da chi non

---

<sup>(51)</sup> Cfr. BOBBIO, op. cit., pagg. 115, 116: « Quello che fa il diritto non è la volontà di un momento... ma il pensiero umano, che in quel momento confluisce non per arrestarsi e solidificarsi in schemi definitivi, ma per trapassare in altro pensiero e in altra storia ». E soprattutto (op. cit., pag. 121): « Si sarebbe quasi tentati, dopo aver scavalcato la giustificazione volontaristica, di fare addirittura il salto dalla parte opposta, ed arrivare al diritto naturale... senonchè l'espressione diritto naturale... è venuta sempre più assumendo un significato polemicamente troppo determinato... e suscita troppa diffidenza presso i giuristi, come espressione ostica ed antiquata... ».

Quale sia la funzione della nozione, che l'interprete può avere, della storia, delle necessità della società, e del diritto naturale, sarà oltre oggetto di adeguata indagine. Comunque si può più agevolmente accedere alla teoria, di una *ratio* come realtà sociologica, elemento sussidiario della stessa fonte della norma, oggetto di interpretazione, che non, di una *ratio* estrinseca alla norma, scopo di essa, e capace tuttavia di modificarla in sede di interpretazione. Sulla storia e sul diritto naturale come elementi subbiettivi od obbiettivi della interpretazione vedi nota <sup>(3)</sup> a pag. 24.



voglia riconoscere come autonomamente sussistente alcun oggetto del pensiero.

2. - Ma, uscendo dalla incertezza della teoria generalissima del diritto, e riaffermando che la distinzione tra oggetto e soggetto della interpretazione può porsi solo su un piano empirico, è opportuno considerare se alcuni elementi del comportamento espressivo siano o non siano oggetto di interpretazione; vengono qui in considerazione le circostanze in cui la espressione si svolge, la modalità cronologica, topografica, la posizione politico-storica del fattore legislativo, ecc.

Contro la dottrina dominante, che nega valore ai lavori preparatori, alla relazione, alle circostanze della emissione della dichiarazione, e, in generale, a tutto ciò che non è stato pubblicato nella forma voluta, si suole rispondere che la pubblicazione è necessaria, perchè la norma sussista, ma che ai fini della interpretazione, come è lecito ricorrere ad altre indagini di vario genere, così si può ricercare con mezzi diversi dalla pubblicazione la volontà dell'autore.

Noi ammettiamo, ovviamente, che la dichiarazione legislativa in senso stretto non può constare di altro, che di carta sporcata di inchiostro; osserviamo però che, non avendo le parole un significato assoluto, ma solo quello relativo, che vien dato loro di volta in volta, sarà assurdo il pretendere in modo assoluto che l'interprete tenga conto, oppure, che egli ignori, certe serie di elementi del comportamento espressivo in senso lato.

Se, e fino a qual punto, l'elemento soggettivo del comportamento del dichiarante (sua situazione, sue abitudini nella scelta delle parole) e le circostanze della dichiarazione (valore usuale delle parole nel periodo di tempo in cui avvenne la dichiarazione) influiscano sull'interpretazione è, nel fatto, mutevole: ma si presenta la impossibilità, al solito, di costruire un

dovere dell'interprete di ampliare o restringere la cerchia della fonte di cognizione, fino a comprendervi od escludervi alcune modalità dell'elemento soggettivo della dichiarazione. Di qui, l'impossibilità di stabilire che modalità e circostanze dell'atto espressivo siano parte della dichiarazione, e come tali rilevanti; e l'impossibilità, per altro verso, di accertare che, fuori della carta sporca di inchiostro, non possa aversi rilevanza di alcun fatto esterno espressivo.

Questa trattazione, opera di pura classificazione, potrà solo contenere l'osservazione che, ove l'interprete si lasci influenzare da elementi circostanziali o subbiettivi della dichiarazione, ciò renderà più complessa la espressione normativa.

Quali siano in pratica le proporzioni del fenomeno è noto: ad es., al tempo dei monarchi assoluti, l'interprete rincorreva più fedelmente il pensiero effettivo del monarca legislatore. Non fu errato, allora, quel procedere, come non è errata, oggi la minor considerazione dell'elemento soggettivo della dichiarazione <sup>(52)</sup>.

3. - È appena il caso di ricordare quale più ampio discorso meriterebbe la interpretazione di fonti consistenti in imperativi orali od in comportamenti diversi del legislatore o di consociati o di terzi, a cui si faccia rinvio da parte delle fonti propriamente dette: la dichiarazione orale, od il comportamento del legislatore e dei terzi avrebbe, in sede di interpretazione del diritto (della fonte e dei suoi elementi di rinvio), i caratteri tipici dell'oggetto dell'atto ermeneutico, nel senso che sopra si è detto.

Più grave si presenta il problema per alcuni casi, in cui è

---

<sup>(52)</sup> Un'assoluta preterizione del soggetto non avviene: noi interpretiamo i nostri codici secondo il significato che hanno le loro parole nella lingua italiana non solo perchè l'italiano è la lingua nostra, ma anche perchè non ci consta che i fattori legislativi abbiano voluto parlare altra lingua.



malagevole distinguere il vero e proprio oggetto della interpretazione; vengono qui in considerazione a) la consuetudine, b) la cosiddetta assenza di norme in caso di lacune.

Rinviano alla sede della materia (vedi § 25) per ciò che concerne la natura dell'attività ermeneutica svolta in simili casi, è necessario precisare qui se, ed in qual misura, sia presente in tali casi un oggetto della interpretazione.

4. - a) Il sorgere d'una consuetudine nel mondo del diritto suppone la possibilità, di riferirla ad un ordinamento giuridico dato <sup>(53)</sup>. Sia ben chiaro, che tale riferimento non può ricavarsi dall'*usus*, che, come elemento materiale di fatto, non è relativo ad un ordinamento in quanto tale.

Il riferimento in esame implica, che il venir in esistenza della consuetudine è condizionata ad un concorso delle altre norme in cui si concreta l'ordinamento <sup>(54)</sup>.

L'elemento oggettivo della interpretazione della consuetudine conterà dunque delle dichiarazioni normative che condizionano la consuetudine medesima.

Fortemente dubbio è invece, se il comportamento generale e costante dei consociati sia, propriamente, oggetto di interpretazione. Si noti che, se la *opinio iuris* è la persuasione che, *de iure condito*, un certo comportamento è antiggiuridico od obbligatorio, sarebbe contraddittorio pensare, che esista una norma

---

<sup>(53)</sup> A quale ordinamento debba essere riferita, può in qualche caso interessare anche i pratici, ad es. quando, su un medesimo territorio, si trovino consuetudini federali, anche limitate territorialmente, e cantonali, con diversa sfera di applicazione, o diversa efficacia in caso di collisione con norme scritte.

<sup>(54)</sup> Ciò si inquadra perfettamente nell'affermazione, che anche il valore della consuetudine si ricavi dalla volontà dell'ordinamento giuridico, affermazione non sempre sostenibile sulla base della tesi, più pregnante, del rinvio alla consuetudine, da parte delle norme autoritative.

diversa, da quella che vieta di tenere il comportamento ritenuto illecito od ordina di tenere quello considerato obbligatorio, anche se quest'ultima non è suffragata dall'*usus*.

Ciò è stato riconosciuto da alcuni, a proposito del *ius civile* romano, che si modificava con il modificarsi della *opinio* dei giureconsulti, indipendentemente dal comportamento generale dei consociati; e può essere affermato per tutti i diritti, a prescindere dal caso dell'accertamento o della interpretazione dell'*usus* come elemento di rinvio (su cui vedi oltre).

Il caso della consuetudine ossia il caso, in cui l'interprete, in presenza della dichiarazione normativa data, è legato alla *opinio* che la norma abbia un determinato contenuto, è dunque un caso in cui la dichiarazione normativa oggetto dell'interpretazione, pur essendo presente, ed intervenendo nel processo di formazione della norma, è ridotta al minimo.

5. - b) Più complesso è il problema della lacuna del diritto, che si riaffaccia in tema di elementi subbiettivi dell'interpretazione (come problema del ricorso all'analogia), in tema di natura dell'atto ermeneutico (come problema dell'integrazione), ed in tema di risultati dell'interpretazione (come problema dell'estensione per analogia) (vedi parte III § 22, parte IV § 23, parte V § 29).

L'esistenza stessa delle lacune è stata revocata in dubbio, da chi ha sostenuto la «logische Geschlossenheit des Rechts» <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Ricorda, fra gli altri, il BRINZ, *Lehrbruch der Pandekten*, I, 3. ed., Erlangen 1884, pagg. 150 segg.) ed il BERGBOHM, (op. cit., pagg. 372-393). Una parola definitiva è stata portata dal DONATI, con la sua opera cit. notissima, in cui si deduce dallo stesso concetto di Stato come ordinamento giuridico, ossia come Stato di diritto, la generalizzazione, espressa in forma dommatica, della conchiusione dell'insieme delle norme. Il BRUNETTI, in *Il Dogma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze 1924, porta oltre l'idea del Donati, e nega addirittura la logica possibilità di concepire un ordinamento giuridico come chiuso o aperto, completo od incompleto.



In ogni caso, la locuzione « lacune del diritto (più propriamente « Lücken im Recht » negli Autori germanici) <sup>(56)</sup> è senz'altro da scartare. Infatti, se la integrazione della norma lacunosa è fonte di diritto, la lacuna sussiste solo nei riguardi dell'insieme delle considerazioni normative derivanti dalle sole fonti integrande; se poi è un particolare tipo di attività interpretativa, la lacuna non è nel diritto, ma, in ogni caso, nella dizione legislativa; se poi la integrazione si sovrappone al diritto senza esserne essa stessa una fonte, la valutazione della norma lacunosa si svolgerebbe, come la sua integrazione, necessariamente su un piano non giuridico, e la lacuna non potrebbe venire in considerazione in questa sede.

La dottrina tradizionale, che non ha mai ammesso la minima indipendenza del giudice dal legislatore, risente in modo strano della contraddittoria concezione che il diritto soffra lacune, e che ciò che colma le lacune sia ancora diritto. Essa ammette così due cerchie di realtà giuridiche: la cerchia più stretta sarebbe lacunosa (ossia: postulerebbe la considerazione normativa di una fattispecie data, e non suggerirebbe il contenuto della considerazione). L'entità di simili contraddizioni risulterà meglio individuata da un esame dei più noti fra i trattatisti.

Non cade nell'errore lamentato il Windscheid <sup>(57)</sup> che dedica però alla questione delle lacune poche frasi.

Il Coviello <sup>(58)</sup> parla di integrazione delle « lacune della legge » (meglio si direbbe: integrazione della legge in caso di lacuna) in modo insoddisfacente. Si colgono le seguenti affermazioni: « La legge non prevede tutti i casi, ma può ugual-

---

<sup>(56)</sup> La teoria delle lacune fu sviluppata in Germania dallo ZITELMANN, cfr. *Lücken* cit., e dallo EHRLICH, *Über Lücken im Recht* in *Juristische Blätter* 1888.

<sup>(57)</sup> WINDSCHEID, op. cit., § 23.

<sup>(58)</sup> COVIELLO, op. cit., § 28.

mente regolarli per la propria forza latente di espansione ». Si affaccia qui la concezione di una duplice cerchia di norme: in senso stretto (rispetto alle quali, la integrazione si presenta come creazione di qualcosa di esterno) ed in senso largo (a cui si allude nella definizione dell'interpretazione riportata pag. 11).

Altrettanto incoerente è il De Ruggiero, che malgrado le definizioni dell'interpretazione riportate (vedi pag. 12), ammette la esistenza di una « analogia », di cui non spiega i rapporti con la norma; limitandosi a dire, che il procedimento analogico è « mezzo di integrazione delle leggi », che « soccorre quando non si rinvenga una norma da applicare al caso » <sup>(59)</sup>.

Cosa si intenda qui per norma è ben dubbio: il diritto non si esaurirebbe in norme: ma poichè la norma è la enunciazione dei doveri giuridici, e dei diritti soggettivi, tanto varrebbe dire, che la realtà giuridica consta di altro, che non di diritti e doveri!

Una simile acrisia, in tema di classificazione dei concetti in esame, è comune ad altri Autori.

La definizione stessa di lacuna non è chiarificatrice.

Si avrebbe lacuna ove « la legislazione non prevede un caso possibile » (Coviello, De Ruggiero). È troppo chiaro che i casi non previsti saranno sempre numerosissimi, e costituiranno la grande massa dei fatti irrilevanti per il diritto. Un fatto non diviene giuridicamente rilevante senza un intervento della norma; intervenuta la quale, rimane fuor di discussione, che il caso regolato cade sotto l'imperio di questa norma, anche ai fini della determinazione della valutazione giuridica da applicarsi al caso.

Ad es., in sede di interpretazione del c. c. 1865, non poteva giungersi ad alcuna conclusione, in tema di tutela del godimento della energia elettrica, che non fosse: o la assenza della tutela,

---

<sup>(59)</sup> DE RUGGIERO, op. cit., Vol. I, pag. 139.



in via civile, del possesso della energia (e non ci sarebbe stata lacuna, in quanto la sottrazione di energia sarebbe stata irrilevante), o la rilevanza della sottrazione di energia (ed allora la stessa norma che attribuisce rilevanza alla fattispecie ne determina anche le conseguenze giuridiche).

Così, la cosiddetta lacuna del c. c. 1942 in tema di riserva mentale non può dirsi determinata da un'assenza di norme in tema di divergenza volontaria fra dichiarazione e volizione: se non si applicasse al caso, per via di procedimento analogico, l'art. 1433 sulla rilevanza dell'errore ostativo, necessariamente un'altra norma soccorrerebbe (ad es. l'art. 1321, il quale parla per la irrilevanza della divergenza), a meno che il fatto giuridico in esame sia affatto irrilevante. Se si vuole sostenere che l'art. 1433 « prevede » solo l'errore ostativo, ma « viene applicato » anche alla riserva mentale, non si dica, almeno, che tale applicazione è giustificata da una assenza di norma.

Giova qui ricordare, che la norma ha necessariamente una di queste portate: a) limitazione del numero delle fattispecie soggette ad altra norma; b) aumento delle fattispecie comunque prese in considerazione dal diritto; non si può parlare di un terzo risultato diverso: rilevanza della fattispecie, disgiunta dalla valutazione normativa della medesima <sup>(60)</sup>.

Sembra quindi di poter concludere per l'insussistenza di « lacune » intese come assenza di norme <sup>(61)</sup>, o come giustifi-

---

<sup>(60)</sup> Una delle cause della confusione di concetti in questo campo è il duplice uso della parola norma per designare ora l'intero giudizio con cui si valuta giuridicamente la fattispecie (es.: chi si obbliga, deve pagare) ora la sola considerazione normativa, prescindendo dalla fattispecie a cui si applica (es.: deve pagare).

<sup>(61)</sup> Non appare neppure soddisfacente l'affermazione, che (ASCA-RELLI, op. cit., pagg. 246-243) il diritto vada considerato non lacunoso da un punto di vista csegetico-domatico, ma lacunoso in un senso storico e filosofico. Storia e filosofia possono trovare lacune nel diritto, solo a

cazione di procedimenti ermeneutici integrativi: il diritto penale italiano non è più lacunoso del diritto civile, solo perchè una serie cospicua di norme non vengono interpretate per via di analogia.

Per far corrispondere al procedimento analogico, caratterizzato da un peculiare atteggiamento degli elementi soggettivi dell'interpretazione (vedi § 20), un peculiare atteggiamento degli elementi oggettivi, si è anche parlato di un regolamento implicito ed ipotetico <sup>(62)</sup>. Vale al proposito quanto già osservato, poichè il venire in considerazione del regolamento ipotetico presupporrebbe la inammissibile presenza di una lacuna.

L'oggetto della interpretazione condotta per via di analogia non è dunque diverso dall'oggetto dell'interpretazione condotta con altri mezzi.

6. - Dalla scuola storica in poi, la dottrina dominante <sup>(63)</sup> insegna, che la interpretazione va condotta avendo riguardo alla sistematica della dichiarazione legislativa.

Quale « debba » essere il rilievo di tale sistematica può rimanere qui impregiudicato (vedi tuttavia quanto si dice sui rapporti fra dichiarazione legislativa ed atto ermeneutico infra parte IV).

Basti precisare, che il « sistema » legislativo, comunque lo si concepisca (suddivisione delle leggi in libri titoli paragrafi ed articoli, e, in generale, struttura ed articolazione delle diverse norme, ovvero rapporto fra il contenuto di diverse di-

---

condizione di sostituire il concetto del diritto con il concetto di una realtà diversa dal diritto.

<sup>(62)</sup> ALLARA, *Nozioni* cit. II ed., pag. 56.

<sup>(63)</sup> Ricorda tra gli altri SAVIGNY, BUELOW, WACH, ENNECCERUS, MENGER, STAMMLER, DEGNI, CAMMEO, FERRARA, RASELLI, ROMANO, GÉNY, ecc. Tutte le tendenze innovatrici, fino alla *Interessenjurisprudenz*, non riconoscono valore al sistema legislativo.



chiarazioni normative, ecc.), è sempre un elemento della dichiarazione normativa stessa; la sua conoscenza è essa stessa interpretazione, e non mezzo di interpretazione <sup>(64)</sup>.

7. - Un importante elemento del sistema è il linguaggio del legislatore.

Quando l'interprete non si accontenta di imporre un proprio schema linguistico al dettato legislativo <sup>(65)</sup>, ma se ne ricava uno apposito dal contesto, il linguaggio si presenta come elemento oggettivo dell'interpretazione, elemento di cui si tien conto, per avvicinare quanto più l'interpretazione alla ricostruzione dell'atto storico (vedi § 8); il possesso di un proprio linguaggio, da parte del legislatore, può farsi rientrare in uno di quegli elementi soggettivi del comportamento dichiarativo, su cui vedi § 11 n. 1.

Come esempio, si può ricordare che alla parola nullità l'interprete dà il valore di invalidità in generale per c. c. 1865, e di invalidità assoluta (nullità in senso stretto, o inesistenza), per c. c. 1942.

In difesa del metodo ermeneutico che tiene conto di massima di esperienza, sul linguaggio del legislatore, è stato osservato, che il significato volgare delle parole oscilla di continuo nel tempo <sup>(66)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> Non si obietti che la conoscenza del sistema va posta su un unico piano con la conoscenza della lingua, avendo per oggetto questa le parole nel loro legame grammaticale, e quella, nel loro legame sistematico. Invero, l'una è conoscenza di norme linguistiche, che l'interprete porta con sè avanti l'interpretazione, l'altra può paragonarsi alla conoscenza delle parole stesse della legge.

<sup>(65)</sup> A ciò si riduce il ricorso al mezzo grammaticale, v. infra § 14 ecc.

<sup>(66)</sup> La obiezione che tali varianti provvedano ad adattare la norma ai bisogni fluttuanti della società va respinta, perchè le oscillazioni del

Si preferisce perciò tener conto delle modalità cronologiche del comportamento della dichiarazione <sup>(67)</sup>.

---

valore d'un vocabolo non adattano, se non per puro caso, le norme allo stato della società.

<sup>(67)</sup> Un interessante caso, in cui il mezzo linguistico ed il linguaggio del legislatore vennero in conflitto è il seguente. L'art. 11 Code Napoléon recita: « Lo straniero godrà in Francia degli stessi diritti civili che sono o saranno accordati al Francese dai trattati della nazione, a cui quello straniero apparterrà ». Tale articolo va raffrontato con l'art. 8: « Ogni francese godrà dei diritti civili ».

In sede di interpretazione dell'espressione « droits civils », sorge il dubbio se si debbano considerare come tali solo i diritti espressamente riservati ai Francesi, o tutti quelli che trovano il loro fondamento nel diritto positivo, anzichè in quello naturale. In origine la soluzione corretta era la seconda, ma, a quaranta anni dalla promulgazione del codice la parola mutò di valore, perchè una contrapposizione fra diritti civili e naturali si considerava priva di senso (cfr. ZACHARIAE, op. cit., I Vol. § 76). Di qui, un contrasto fra giurisprudenza, legata al valore originario della parola, e dottrina, propensa al nuovo significato del vocabolo.



### PARTE III.

## IL SOGGETTO DELLA INTERPRETAZIONE

### § 12. - IN QUALE SENSO SI POSSA PARLARE DI ELEMENTI SOGGETTIVI DELL'INTERPRETAZIONE.

1. - Da quanto si è detto a proposito dell'oggetto dell'interpretazione, è abbastanza chiaro che l'elemento soggettivo dell'atto ermeneutico è l'interprete stesso, in quanto persona senziente e razionale; egli, impressionato dall'oggetto (fonte in senso stretto) dà ad esso un significato <sup>(1)</sup>.

I limiti posti per definire l'oggetto sono, e *contrario*, limiti che definiscono il soggetto. Deve qui rimanere impregiudicato, se il valore di questi limiti non sia puramente empirico, ossia: se lo stesso oggetto intervenga nell'atto ermeneutico, solo

---

<sup>(1)</sup> Giova affermare, fin d'ora, che tale operazione non è condotta secondo alcuno schema logico; conforme conclusione accetta, tra gli altri, il RUMPF, (op. cit., capp. V-XIV) ed ogni Autore della Freirechtslehre. Ciò avviene però, non perchè il diritto si preoccupi piuttosto delle necessità della vita, che non della fredda ragione, ma perchè l'interpretazione evidentemente non è un ragionamento.

perchè l'interprete lo assume nel bagaglio delle proprie cognizioni (nel proprio mondo soggettivo), e, per altro verso, se le nozioni ed i sentimenti che l'interprete possiede quali guide nel processo di interpretazione non abbiano essi stessi un vero e proprio oggetto, che potrebbe in determinati sensi parificarsi al comportamento dichiarativo-normativo (vedi pag. 24). È sufficiente, in questa sede, definire come oggetto di interpretazione ogni realtà che l'interprete assume nel proprio mondo spirituale soltanto all'atto dell'interpretazione, e come soggetto l'interprete, arricchito di tutte quelle nozioni e di quei sentimenti che ha già fatti suoi avanti all'atto ermeneutico.

Non si presenta alcuna seria difficoltà nell'esame dei caratteri fondamentali dell'interprete (sua sensibilità, sua razionalità). Ciò che interessa invece rilevare, è il gran numero di conoscenze, pregiudizi, aspirazioni e sentimenti soggettivi ed acquisiti, che l'interprete trascina seco durante il processo ermeneutico.

2. - È dubbio, fino a qual punto sia esatto dire, che l'interprete « ricorre » a queste nozioni, poichè il « ricorrere » si presenta come qualcosa di voluto: è certo, però, che non ne prescinde, e che non ne potrebbe prescindere. Intorno a ciò si terrà oltre un più lungo discorso.

Basti qui rilevare, che l'intervento di questi elementi soggettivi, presentato spesso dalla dottrina quale un dovere (necessità od occorrenza), viene qui in considerazione come semplice ed inevitabile realtà di fatto, la quale deve venire classificata. Che questo intervento, se non doveroso, sia però almeno lecito, sarà provato oltre, § 29 e passim.

Gli elementi soggettivi dell'interpretazione vengono all'incirca a coincidere con i così detti « mezzi ermeneutici » <sup>(2)</sup>,

---

(2) Tale espressione ha il valore di elemento, a cui si ricorre consciamente in vista di uno scopo. Pur rimanendo qui impregiudicata la que-



cognizioni che soccorrono, secondo la comune dottrina, l'interprete per dirigerlo verso un esatto intendimento della norma.

La dottrina ne distingue molti; la grammatica, la storia, il sistema, lo scopo della norma, l'economia politica, il diritto comparato, la psicologia, i giudicati precedenti, la proiezione dei concetti nel tempo, il diritto naturale, la comparazione di interessi, porgerebbero al giudice i più validi sussidi.

Limitandoci ai cinque mezzi ermeneutici più noti, ricordiamo fin d'ora che, accanto al mezzo grammaticale (meglio: linguistico), a quello sociologico ed a quello storico si suol parlare di un mezzo sistematico (su cui vedi § 11 n. 6) il quale si presenta come un vero e proprio elemento oggettivo dell'interpretazione ed un mezzo teleologico (o razionale), sul quale vedi § 10 e § 19.

È superfluo notare, che la distinzione dei vari mezzi ha un valore puramente convenzionale, e che il numero dei mezzi non è nè chiuso nè limitato.

Fissate queste premesse, si può procedere all'analisi dei singoli mezzi.

### § 13. - LA CONOSCENZA DELLA LINGUA.

1. - È l'elemento ermeneutico più indispensabile. La stessa teoria dell'identità, che preclude la via ad ogni altro mezzo ermeneutico, sottintende che il Wortlaut, dovendo avere un senso, abbia quello che si ricava con il mezzo in esame <sup>(3)</sup>. Si è

---

stione, se la cognizione di una norma sia scopo, o semplice conseguenza, dell'atto ermeneutico, si userà indifferentemente, nella trattazione, la parola « mezzo ermeneutico » e la parola « elemento soggettivo ».

(3) È ovvio, d'altro canto, che, se il mezzo grammaticale è condizione senza cui non si arriva a dare un significato qualsiasi alla dichiarazione, tuttavia non si trova alcun motivo per escludere gli altri mezzi, una volta ammesso questo. Tutti i mezzi si introducono ugualmente nel processo

dato storicamente il caso di norme, che non poterono sussistere, per mancata conoscenza della lingua da parte dell'interprete, in occasione della estensione all'Italia del *Corpus iuris iustinianei*, le cui Novelle erano scritte parte in latino e parte in greco. Non è da ritenersi, che la norma sussistesse, ma non venisse interpretata ed applicata; da nessun elemento avrebbe potuto ricavarsi il carattere di giuridicità di una norma siffatta.

Riemerge qui la questione se, data la estrema varietà degli interpreti (i quali possono anche non essere applicatori od esecutori della norma, o ad essa soggetti) ognuno di essi distrugga la norma stessa con il semplice fatto di non comprendere i testi. Tale problema, già affiorato in precedenza (nota <sup>(16)</sup> a pag. 15) si risolverà solo in seguito (§ 28). Basti qui dire che, se anche non si vuol ammettere che ogni interprete condizioni la sussistenza della norma, questa non avrà un senso qualsiasi senza che almeno intervenga un interprete. Un'osservazione analoga può farsi a proposito di ognuno degli altri mezzi ermeneutici.

Poichè non è logicamente necessario, che le regole di grammatica ed il lessico noti all'interprete coincidano con quelli noti all'autore della dichiarazione, ma è sufficiente che essi spieghino in un modo qualsiasi il significato della dichiarazione, va affermato che la conoscenza della lingua (grammatica e lessico) non è conoscenza del linguaggio dell'autore-persona fisica della dichiarazione.

Se ne deduce qualche conseguenza pratica da tenersi presente in tema di rapporti fra lingua e pensiero, quando vengano in considerazione a) la cosiddetta proiezione di concetti nel tempo b) la costruzione, come pregiudizio che ad un nome dato corrisponda un concetto giuridico dato c) il valore tecnico ed il valore volgare delle parole.

---

ermeneutico come bagaglio delle cognizioni - linguistiche, storiche, etiche e sociologiche, non importa! - dell'interprete.



2. - a) Il fatto, che diversi interpreti (od il medesimo interprete in circostanze diverse) attribuiscono a parole uguali valori diversi (così uomo può valere « individuo appartenente a quella data specie animale »; o « individuo di quella specie, e di sesso maschile »; o « individuo di quella specie, di quel sesso e di età adulta »; ecc.) - fatto spiegabile con l'alterarsi degli elementi soggettivi dell'interpretazione, perchè la realtà economico sociale, o la realtà linguistica, mutando, si riflettono sulle nozioni dell'interprete -, ha fatto dire, invece, che i concetti giuridici tendono ad allargarsi ad opera del linguaggio, a seconda delle esigenze sociali. Questo allargamento, battezzato dal Wurzel « proiezione dei concetti nel tempo », da lui illustrato ampiamente <sup>(4)</sup>, e considerato quale caratteristico mezzo ermeneutico (ad esclusione dei mezzi storico, teleologico, sistematico, costruttivo e della ricostruzione del pensiero del legislatore), è una categoria inutile nella presente sistemazione della materia <sup>(5)</sup>.

Non è qui la sede adatta, per trattare della « proiezione

---

<sup>(4)</sup> WURZEL, op. cit., Cap. IV.

<sup>(5)</sup> La concezione del WURZEL è ancorata al sistema logico del WUNDT (*Logik*, Stuttgart 1908). Il concetto sarebbe una classe di rappresentazioni aggregate intorno ad una rappresentazione tipica. La volontà farebbe rientrare, od escluderebbe, nel o dal concetto, le rappresentazioni disposte nei contorni sfumati del concetto.

In questa trattazione si accoglie la teoria, che il concetto sia determinato univocamente dai suoi caratteri tipici, combinati insieme da un'operazione mentale. Il contenuto di un concetto non potrebbe perciò mutare, senza che muti il concetto stesso. Il fenomeno dell'ingresso o dell'egresso di determinate rappresentazioni da una categoria, si spiega pensando che l'elemento tipico di essa è, nel caso dato, certamente una relazione. Un atto appartiene o meno alla categoria degli « atti contrari al buon costume », a seconda che incontri o meno la disapprovazione della società (a seconda del modo, come si atteggia un elemento, che gli è estrinseco).

dei concetti » come risultato dell'interpretazione. Tale « proiezione » sarebbe per Wurzel qualcosa di affine all'interpretazione estensiva.

3. - b) L'interprete esercita necessariamente, nell'attribuire ad un vocabolo il suo significato, un ruolo decisivo.

In alcuni casi, ciò è stato deplorato dai propugnatori dell'interpretazione storica, che hanno mostrato con quale mancanza di basi nel diritto positivo siano state ideate certe costruzioni (cioè come la scelta degli elementi concettuali tipici di una categoria giuridica sia stata operata arbitrariamente in sede di scienza del diritto, e trasferita in sede di interpretazione).

La lamentela non è giustificata (vedi anche § 7 n. 3). Come, in presenza del vocabolo « giorno », solo l'interprete individua il carattere tipico della categoria « giorno », così, in presenza dei vocaboli « negozio giuridico », « diritto reale », solo l'interprete può determinare qual'è l'elemento concettuale tipico della categoria « negozio giuridico » o « diritto reale ». E, se non sa intendere « diritto reale » se non come « diritto *erga omnes* », oppure come « diritto, che comporta un godimento immediato della cosa » (ad esclusione, quindi dei rapporti di garanzia, e ad inclusione del diritto del conduttore), non si può discutere sulla liceità od illiceità di questo suo ricorso ad una definizione aprioristica. Bisognerà semplicemente rilevarne la inevitabilità <sup>(6)</sup>.

Si noti ancora, che la costruzione come forma elementarissima della attività di pensiero (composizione di concetti) non

---

<sup>(6)</sup> É chiaro in ogni caso che, ove la dichiarazione normativa definisse il diritto reale come diritto *erga omnes*, o come diritto che comporta un godimento immediato della cosa, l'interprete si troverebbe di fronte ad un oggetto diverso, e tutto il problema ne risulterebbe spostato.



è mezzo ermeneutico, se non in quanto permette il formarsi di un pregiudizio dell'interprete, che una data parola corrisponde a quel dato concetto.

4. - c) Talora le parole vengono assunte dall'interprete nel loro significato volgare (non tecnico giuridico); talaltra, nell'accezione più comune fra i giuristi. Sarebbe però ingenua la persuasione, che l'interprete si attenga, nel dubbio, al pensiero della persona fisica del legislatore, che spesso non gli consta neppure (7).

Quando un vocabolo ha un significato caratteristico nell'ambito di determinate scienze diverse dal diritto, può sorgere il problema, se l'interprete debba tenere conto del valore tecnico o di quello volgare del vocabolo. Giova ricordare come il Bonfante abbia ricevuto consensi da tutti i romanisti, quando affermò che le varie categorie delle *res* erano distinte, per diritto romano, in base ai caratteri che presentavano di fronte ad una visuale economico-sociale, e non già fisica, o filosofica. Anche oggi, si può ben dire che la parola « acqua » può ordinariamente valere ciò che ad una visuale economico-sociale si presenta come acqua, e non ciò, che in sede di chimica appare tale. Ma si badi, che ciò non rende impossibile alla concezione economico-sociale di definire i suoi concetti sulla falsariga di scienze esatte, anche familiari a pochissimi, perchè anche i con-

---

(7) Sarebbe altrettanto errato credere che, ammettendo la lingua ambedue i significati della parola (quello volgare e quello tecnico) possa essere la conoscenza della lingua in senso stretto ed ispirare la soluzione: si dovrà invece ricorrere ad altro mezzo. Ad es., la storia della norma potrà mostrare come, essendo rimasta a lungo immutata la lettera della dichiarazione normativa, mentre il significato volgare della parola è mutato, sia da ritenersi che il contenuto della norma non si sia alterato; e che l'antico significato volgare, rimasto fino ad oggi come significato tecnico, s'imponga all'interprete.

cetti usati comunemente possono avere un contenuto determinato per rinvio (il concetto di determinate sostanze medicinali o concimi chimici non può non essere, nella mente dei profani, « quella sostanza a cui i chimici danno il nome tale »). È ovvio che, anche in questo caso, la cosiddetta concezione economico-sociale, rileva in quanto nozione soggettiva dell'interprete.

5. - La conoscenza del lessico implica una conoscenza, comunque vaga, dell'oggetto indicato dalla parola. Un interprete avulso da qualsiasi elemento del mondo esterno non può configurarsi. Se l'interprete, ad es., non conoscesse la possibilità di energie immateriali, le norme sull'elettricità non sarebbero interpretabili e cesserebbero di essere norme (sarebbe inesatto, affermare che siano norme valide, ma riferentisi a fattispecie irrealizzabili: infatti non si vede da quale elemento si ricaverebbe la giuridicità di una norma siffatta).

La conoscenza del lessico ricomprende dunque una conoscenza di realtà sociologiche diverse. Se una dichiarazione normativa si riferisce ad un oggetto, sconosciuto all'interprete, sarà impossibile stabilire, se ciò che l'interprete ignora è il valore in senso linguistico delle parole che indica l'oggetto, o la natura fisica od economica ecc. dell'oggetto.

#### § 14. - LA CONOSCENZA DELLA STORIA DEL DIRITTO.

Non va confusa con i mezzi propri dell'interpretazione storica della norma (ossia con la ricerca della volontà in senso psicologico del legislatore), o dell'interpretazione propugnata dalla scuola storica, (la quale si conduce ricorrendo alla grammatica, alla storia, alla logica ed al sistema) o dall'indirizzo storico evolutivo.

Va pure distinta dalla conoscenza della storia civile, politica, o, comunque, dalla storia delle evoluzioni della società, la quale andrà ricompresa nella conoscenza della natura socio-



logica della fattispecie da regolare o del diritto naturale: l'indirizzo storico evolutivo o de l'assouplissement <sup>(8)</sup> propugna il mezzo sociologico e non quello storico.

È poi opportuno distinguere una storia della norma attraverso i vari ordinamenti giuridici attraverso cui è passata (es. storia del principio della responsabilità dei ministri nelle costituzioni inglese e francese e belga che precedettero lo statuto albertino) ed una storia del modo come fu regolata una fattispecie data in un ordinamento giuridico dato (storia di norme di contenuto diverso). Ciascuna delle due storie potrà servire per l'interpretazione.

La liceità del mezzo in esame è revocata in dubbio dal Wurzel il quale nota come, in presenza della dichiarazione legislativa, l'interprete non sappia, *a priori*, se la dichiarazione stessa abbia una portata innovatrice o conservatrice; egli asserisce altresì, che l'interprete presume arbitrariamente di dover in ogni caso conservare <sup>(9)</sup>.

È opportuno far notare che sarebbe contraddittorio affermare che l'interprete si lasci trarre, dalla storia della norma, ad interpretare la norma in senso conservatore <sup>(10)</sup>, e che tuttavia la conoscenza della storia non giochi un suo ruolo come elemento soggettivo dell'atto ermeneutico. Per ciò che concerne la liceità del mezzo in esame, vale quanto si dirà, in generale, sulla liceità dei mezzi (vedi § 22).

---

<sup>(8)</sup> Vedi citazioni a pag. 82 nota <sup>(22)</sup>.

<sup>(9)</sup> Ai sostenitori dell'elemento ermeneutico storico appartengono quasi tutti gli specialisti e la dottrina comune. Sarebbe troppo lungo citarli.

<sup>(10)</sup> Questa persuasione dell'interprete, che la norma abbia un contenuto dato, è un caso di costruzione, nel senso definitivo al § 7 n. 3 sub b).

Si noti che «interpretare in senso conservatore» non significa conservare il contenuto delle norme abrogate, ma solo, predeterminarle univocamente come sviluppo logico di evoluzioni precedenti.

In alcuni casi, la conoscenza della storia varrà anche come mezzo indiretto per la conoscenza della natura sociologica della fattispecie da regolare (ciò che ha rilevanza sociologica non è però la norma in quanto valida, ma in quanto osservata), dello scopo della dichiarazione normativa ecc.

§ 15. - *LA CONOSCENZA DEL DIRITTO COMPARATO.*

Il fondamento del suo valore non differisce da quello del mezzo precedente. L'interprete, come suppone che la norma attuale non differisca da quella che l'ha preceduta, così suppone che la norma del suo Stato non differisca da quella consacrata in altre legislazioni <sup>(11)</sup>. In alcuni casi, le norme del b. G. B. del 1900 reagirono sull'interpretazione del c. c. 1865. Per ciò che concerne invece il code Napoléon, può talora essere difficile stabilire se le sue norme influenzino l'interprete italiano attraverso alla conoscenza, dei precedenti storici della norma, o di un diritto civile straniero.

Vistosi esempi dell'importanza di questo mezzo si potrebbero portare nel campo del diritto costituzionale <sup>(12)</sup>.

§ 16. - *LA CONOSCENZA DEL DIRITTO NATURALE.*

Prima di Savigny, si riteneva che il diritto naturale fosse fonte sussidiaria di diritto. Oggi, non si suol riconoscere alla conoscenza di esso, neppure il valore di mezzo ermeneutico

L'incomunicabilità dei due sistemi, di diritto positivo e di diritto naturale, è sostenuta dal Windscheid e dal Gierke <sup>(13)</sup>,

<sup>(11)</sup> Anche questa è una costruzione nel senso definitivo al § 7 n. 3 sub b).

<sup>(12)</sup> Il mezzo è raccomandato dal SALEILLES, *Conception* cit., pagg. 383-405, dal LAMBERT, op. cit., e dal DEGNI, op. cit., pagg. 335 segg.

<sup>(13)</sup> A parte la *petitio principii* contenuto nel ragionamento che il contenuto del diritto non può essere determinato da ricerche nel mondo naturale, perchè il diritto è positivo, si ricordi che l'interprete ricorre a proprii elementi psichici, e solo mediatamente ad elementi esterni.



ed è asserita in modo brillante dal Kelsen <sup>(14)</sup>. La dimostrazione è imperniata sul fatto, che il diritto naturale è realtà del mondo dell'essere (« Sein »), e non del dovere (« Sollen »). Senonchè è conclusione fondamentale della presente trattazione, che l'interpretazione stessa, come l'attività di legiferazione, si svolge nel mondo del « Sein » (vedi § 23 n. 1).

Kelsen afferma che, anche se gli uomini credessero e volessero che il diritto sia A, non per questo esso cesserebbe di essere B. È però lecito di domandarsi in che cosa consisterebbe la giuridicità della norma B, se tutti gli interpreti la sostituissero con la norma A (a rigore B, non potrebbe essere « norma », ogni norma iniziando la propria esistenza solo ad interpretazione avvenuta!). Ove gli interpreti, nella persuasione che il diritto naturale possa modificare il diritto positivo, o presumendo (come è caso frequente) che la norma positiva aderisca al diritto naturale, non potessero intendere la dichiarazione legislativa prescindendo da tale persuasione, il contenuto del diritto positivo si sarebbe uniformato al contenuto del diritto naturale, rimanendo ovviamente illesa la distinzione formale dei due ordini di norme.

Il diritto naturale viene a volta a volta identificato:

a) con una norma morale, o di diversa natura, cui si riconosce un valore trascendente od almeno universale (concezione più antica);

b) con una norma suggerita da indagini sociologiche, e considerata eccellente per una data società (concezione più moderna).

È chiaro che, ai fini della presente trattazione, può rimanere indifferente, in qual senso si possa parlare di diritto naturale, e quali ne siano i requisiti (immutabilità, o variabilità,

---

(14) Più che KELSEN, *Hauptprobleme* cit., cfr. KELSEN, *Naturrecht* cit.

ecc.), rilevando solo il fatto, che l'interprete sia o meno persuaso della sussistenza di una norma a contenuto determinato, comunque sia poi stato costruito il contenuto - per deduzioni *a priori*, o dopo indagini nella realtà sociale.

Tuttavia, a proposito della concezione più moderna (fermo restando quanto già detto sulle convenzionalità della distinzione dell'un mezzo ermeneutico dall'altro), va rilevato quanto segue, ai fini di una opportuna demarcazione dell'elemento sociologico da quello giusnaturalistico.

Come bene osservò il Géný, data una realtà sociologica, è possibile applicarle un numero infinito di norme, e, parimenti, è impossibile ideare norme conformi ad un principio superiore, ad es. di giustizia, e determinate intieramente nel loro contenuto, senza conoscere la realtà sociologica, a cui vanno applicate. La norma intrinsecamente buona (o giusta, o utile, ecc.) risulta dunque univocamente determinata solo attraverso una duplice considerazione (considerazione della realtà - considerazione della bontà o giustizia o utilità); il paragone che si affaccia alla mente, è quello di un punto nel piano, il quale viene determinato solo dalle due coordinate.

Sostenuto, che la conformazione della società di per sè non aiuta minimamente l'interprete ad opinare sulla maggiore o minore possibilità della sussistenza di norma determinate, se ne avrà che l'interprete avrà tale opinione, solo ricorrendo ad una sua propria aspirazione o persuasione (ad es., persuasione che la norma appaghi le aspirazioni o i bisogni, o venga incontro ai principi morali o politici dei cittadini, o dell'interprete stesso) non tratta della società <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Questa persuasione dell'interprete è ancora un tipo di costruzione nel senso chiarito al § 7 n. 3 sub b).



Estesa nel modo suesposto la categoria del diritto naturale, nulla vieta di dire che oltre al Gény <sup>(16)</sup> al Kantorowicz <sup>(17)</sup> allo Hellwig, ed al Radbruch <sup>(18)</sup>, anche il Kohler, il Wurzel, lo Ehrlich, la stessa dottrina comune <sup>(19)</sup>, ammettono il mezzo in esame <sup>(20)</sup>.

§ 17. - LA CONOSCENZA DELLA NATURA SOCIOLOGICA DELLA FATTISPECIE DA REGOLARE.

I limiti della categoria realtà sociologica sono stati talora estesi fino a ricomprensivi qualsiasi realtà non ridotta in termini di dovere giuridico <sup>(21)</sup>.

<sup>(16)</sup> GÉNY, opp. cit., passim, p. es. *Méthode* cit. II, pagg. 93-113.

<sup>(17)</sup> Cfr. KANTOROWICZ, op. cit., pagg. 10-12.

<sup>(18)</sup> RADBRUCH, più che *Rechtsphil.* cit., cfr. *Rechtswissenschaft* cit., pagg. 355-370. Il diritto naturale è ivi considerato regola, o fatto, e contrapposto al principio, positivo.

<sup>(19)</sup> A proposito dell'art. 440 c. c. 1865 il GABBA (*Della proprietà usque ad sidera et inferos*, in *Questioni di diritto civile*, Torino 1909, I, p. 112), osserva che « il testo del detto art. 8 è chiaro e categorico, eppure si tratta di vedere se sia lecito sottintendervi qualche cosa, per cui il significato letterale suo venga ad essere corretto e ristretto: e il motivo, l'impulso di siffatta interpretazione è *le ripugnanze della ragione* ad ammettere una sconfinata potestà del padrone del suolo ad *sidera et inferos* ».

<sup>(20)</sup> Per alcuni di questi Autori, può sorgere il dubbio, se il diritto naturale non sia considerato una fonte sussidiaria, più che un mezzo ermeneutico. Così, certamente, BRUNETTI, *Il diritto naturale* cit., pagg. 437 segg.

<sup>(21)</sup> KELSEN contrappone costantemente alla realtà giuridica, o mondo del dovere, la realtà sociologico-economica, o mondo dell'essere. A proposito poi dell'affermazione, che la nozione della realtà sociologica sia il mezzo ermeneutico esclusivo o dominante, essa è giustificata o meno, a seconda che si estenda o no il concetto di « realtà sociologica » fino a comprendervi l'intero universo sensibile e pensabile (dalla conformazione del terreno agli usi linguistici alle opinioni dominanti in tema di morale,

È noto poi, che alla natura dei fatti si dà da taluno l'importanza di una vera fonte di diritto <sup>(22)</sup>. Ma non si vede perchè e come uno stato di fatto possa trasformarsi in imperativo, sia pure con l'ausilio di una astrazione, ossia di un'operazione intellettuale.

Ma, anche ove fosse possibile tradurre una realtà di fatto in uno schema di doveri, tale traduzione, purchè si voglia distinguere il diritto dalla realtà sociologica (sia pure, solo come se ne distingue una parte dal tutto, secondo l'opinione dello Gény, nella presente trattazione peraltro non accettata), postulerebbe un rinvio ad opera dell'ordinamento giuridico, altrimenti si avrebbero norme non riducibili a fondamento di validità identico, e quindi appartenenti a sistemi normativi diversi <sup>(23)</sup>.

Diverso è invece il problema della natura dei fatti come elemento necessario alla univoca determinazione del contenuto

---

alle aspirazioni dei consociati alle usanze commerciali), ovvero l'intero bagaglio di pensieri e sentimenti dell'interprete (il che sarebbe equivalente). Sarà appropriato al « mezzo sociologico » in questo senso latissimo ciò che si dirà a proposito degli elementi soggettivi dell'interpretazione in generale.

<sup>(22)</sup> Così in generale, a parte l'indirizzo del diritto libero, tutti gli Autori della tendenza storico-evolutiva: SALEILLES, Prefazione alla I ed. del *Méthode* di GÉNY, ed *École historique*, cit. paragrafi 7, 8 pp. 101-112 ecc., LAMBERT, *Fonction* cit., VADALÀ PAPALE, op. cit., GABBA, *Prolusione* cit., SALVIOLI, op. cit., GANGI, op. cit. pag. 137 e, massimamente, DEGNI, op. cit. (cfr. ad. es. pag. 161: In caso di lacuna, « l'interprete deve ricercare la norma... anche nei fatti sociali », ecc.). Una posizione diversa occupa il GÉNY, opp. cit., lo EHRLICH, il WURZEL, ed il KOHLER delle opere seriori. (*Lehrbuch*, I, *Moderne Rechtsprobleme*, Berlino 1923).

<sup>(23)</sup> Qui basti osservare che la presenza di un rinvio del diritto a leggi naturali può aversi solo come un dato *de iure condito* in casi determinati, e che una priorità, in generale, dell'elemento sociologico sulle fonti autoritative-normative può razionalmente concepirsi solo su un piano sociologico, per ciò che concerne la portata sociologica della realtà giuridica.



della norma, ossia il problema della nozione della natura dei fatti come mezzo ermeneutico <sup>(24)</sup>, o come condizione della condizione della esistenza della norma e della univoca determinazione del suo contenuto.

Si è visto, che tale nozione è indispensabile ai fini della conoscenza del valore lessicale della parola (vedi pag. 76).

Può aggiungersi, che anche la nozione del diritto naturale sarebbe impossibile, senza una conoscenza della realtà sociologica (vengono qui in considerazione soprattutto le aspirazioni della società, i bisogni dei consociati, le opinioni sociali in tema di morale) <sup>(25)</sup>.

Per altro verso, non sembra che il mezzo sociologico, salva la sua funzione indiretta, che si riflette sugli elementi soggettivi linguistico e giusnaturalistico, espliciti una funzione autonoma nel processo interpretativo.

Ciò che si dice della natura sociologica della fattispecie, è ispirato al principio, che da una nuda fattispecie non può sprigionare una considerazione normativa, neppure putativa, o presunta <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Il mezzo sociologico, ignoto al SAVIGNY ed alla scuola storica, ammesso fra gli altri dal REGELSBERGER, dall'UNGER, dallo STOBBE, dal DERNBURG, dal PLANIOL, sostenuto da altri (cfr. nota 22) piuttosto come fonte di diritto che come elemento ermeneutico, è oggi riconosciuto dalla dottrina comune, come un elemento, per mezzo di cui l'interprete adatta la norma al mutare delle esigenze della società, od almeno come una conoscenza della natura del rapporto oggetto della norma.

<sup>(25)</sup> A queste ultime dedica più pagine il DEGNI, op. cit., pagg. 289 segg.

<sup>(26)</sup> Ciò anche perchè non esiste neppure un solo ideale politico, uscente dallo stato della società, che si imponga in modo così evidente, da essere accolto necessariamente dall'ordinamento giuridico. *De jure condendo*, la trasformazione dei doveri morali in doveri giuridici può essere sostenuta, o negata; le esigenze del commercio possono essere favorite o

Lo stesso si può dire a proposito della psicologia e dell'economia politica, di cui alcuni Autori fanno menzione a parte. La conoscenza della psicologia, oltre a fruttare all'interprete una conoscenza più precisa degli atti umani, che il diritto regola, può suggerire classificazioni di interessi (vedi § 20 n. 4) ecc.; ma non è mai mezzo ermeneutico autonomo <sup>(27)</sup>. L'economia politica <sup>(28)</sup> come nozione del modo come si svolgono i fenomeni economici si riduce alla nozione della realtà sociologica <sup>(29)</sup>; come nozione delle leggi naturali dell'economia, può contribuire a creare schemi aprioristici di norme giuridiche atte a favorire lo sviluppo dell'economia, o ad illuminare i principî liberistici: e si riflette allora nella nozione del diritto naturale.

§ 18. - LA CONOSCENZA DEI GIUDICATI PRECEDENTI.

Se ne nota da più Autori l'attitudine ad assicurare una maggior certezza del diritto. Gioverebbe però osservare, che al consociato non basta sapere, che fino al momento presente i giudici si sono attenuti alla prassi giurisprudenziale: egli, per acquistare la nozione certa della norma che verrà applicata in giudizio al suo caso, dovrebbe sapere se, nel caso che lo riguarda, i giudici continueranno, o meno, a regolarsi ispirandosi alla tradizione giurisprudenziale.

Per alcuni ordinamenti, questa tradizione era fonte sussidiaria di diritto (così ancora oggi per diritto canonico). Per nostro diritto, essa è irrilevante (non interessa, in questa sede quale parte essa possa avere ed abbia, nella formazione della

---

trascurate (non è necessario portare esempi specifici); il benessere popolare può essere perseguito, o meno in pericolo; e così via.

<sup>(27)</sup> Grande importanza annette alla conoscenza della psicologia il PETRAZYCKY.

<sup>(28)</sup> Ne fanno menzione il PLANIOL ed il CAUWES.

<sup>(29)</sup> In questo senso la sostiene DEGNI, op. cit., pagg. 305 segg.



consuetudine) <sup>(30)</sup>. Tuttavia, nel bagaglio delle *regulae iuris* che l'interprete porta con sè possono trovare luogo le nozioni dei giudicati precedenti, le quali intervengono quindi almeno come mezzo indiretto dell'interpretazione (influenndo sulla costruzione, sul significato delle parole, ecc.) <sup>(31)</sup>.

§ 19. - LA CONOSCENZA DELLO SCOPO DELLA NORMA.

Esclusa la rilevanza di uno scopo della norma, il quale si presenti come obbiettivamente collegato alla norma stessa od alla dichiarazione legislativa o come preposto dai fattori legislativi nell'atto di legiferare (vedi §§ 9, 10), rimane impregiudicata la questione, se l'interprete possa stabilire egli stesso un collegamento di mezzo a scopo tra la dichiarazione ed un altro scopo. Ed in effetto poichè spesso gli interpreti parlano di uno scopo della norma, o scopo del diritto, sembra difficile negare che qualsiasi riferimento teleologico rilevi in sede ermeneutica. La dottrina comune è d'accordo nell'ammettere, fra i mezzi ermeneutici, l'elemento teleologico.

Ciò che è necessario precisare, si è che l'interprete non può ricavarsi uno scopo dalla norma già a lui nota (anche se ciò fosse possibile, sarebbe inutile, perchè nota, e quindi interpretata, la norma, lo scopo non avrebbe più veste per interferire nel processo ermeneutico); ma può portare, nell'atto interpretativo, la persuasione - aprioristica rispetto alla conoscenza della norma che lo scopo della norma sia uno scopo dato - ad es. la tutela della buona fede, o la tutela dei cittadini in confronto degli stranieri.

---

<sup>(30)</sup> Contra PACCHIONI in *I poteri creativi* cit., ammette che la giurisprudenza sia fonte sussidiaria. L'ALLARA aderì alla formulazione nella I ed. delle *Nozioni*, cit., ma se ne distaccò nella II edizione.

<sup>(31)</sup> L'elemento in esame è assunto dallo SCHMITT come criterio di politica interpretativa, dal LAMBERT come mezzo d'interpretazione.

Poichè ad ogni norma immaginabile può farsi corrispondere uno scopo, e reciprocamente ad ogni scopo di norma possibile corrispondente una possibile norma, ne viene che lo stesso dubbio, in cui l'interprete si può trovare, se attribuire il significato A od il significato B ad una dichiarazione normativa data, si riaffaccia in presenza dei due possibili scopi di norma A e B, che - in quanto scopi di norme possibili - sono per l'interprete equivalenti.

L'interprete, tradotte le infinite norme possibili, in termini di scopi di norme (o di effetti di norme) presenti nel mondo della realtà metagiuridica, potrà dare la preferenza a questo o a quello scopo solo quando si sarà creata una gerarchia di valori, ricorrendo ai mezzi ermeneutici diversi dal mezzo teleologico, (diritto naturale, storia della norma, ecc.).

Se ne conclude, che la conoscenza degli scopi delle norme non è un mezzo ermeneutico; è la traduzione, in termini diversi, del bagaglio di persuasioni, relative al contenuto delle norme interpretande, che il soggetto necessariamente porta con sè <sup>(32)</sup>.

---

(32) Il fenomeno in esame è perfettamente visibile, ad es., nel caso dell'interpretazione teleologica dell'art. 364 c. p. 1930, il quale recita: « Il cittadino che, avendo avuto notizie di un delitto contro la personalità dello Stato, per il quale la legge stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, non ne fa immediatamente denuncia all'autorità... è punito... ».

La norma viene intesa con la restrizione « quando il fatto non è notorio », restrizione che emergerebbe dallo scopo della norma (identificato con la facilitazione della scoperta dei delitti in esame, ANTOLISEI, op. cit., pag. 63). È il caso di domandarci, come si possa affermare, che lo scopo della norma è quello suddetto, e non, ad es., quello di disturbare tutti i cittadini ed imbarazzare la polizia, ogni volta che viene compiuto un delitto avente quei dati requisiti. Evidentemente, l'interprete porta, *a priori*, la persuasione, che le norme giuridiche possano voler facilitare le scoperte dei delitti, ma non possano volere il disturbo dei cittadini e l'imbarazzo della polizia.



Se egli tragga queste sue persuasioni, dall'osservare che altre norme hanno effetti dati, o se l'abbia ricavata dai suoi principî morali, o dalla storia del diritto, è indifferente. Ciò che si può affermare è che: la nozione dello scopo non viene tratta dalla norma; la configurazione di uno scopo della norma non è che una traduzione in termini non normativi di una realtà normativa <sup>(33)</sup>.

Lo schema utilizzato a proposito della ricerca dello scopo vale anche in tema di valutazione di interessi: l'interprete può trarre norme da valutazioni di interessi, solo se, *a priori*, suppone che la norma tuteli interessi determinati; diversamente, non saprà quale degli infiniti interessi possibili sia protetto dalla norma interpretanda. La supposizione dell'interprete si origina, al solito, attraverso la conoscenza della storia, del diritto comparato, del diritto naturale ecc. - Vale anche l'osservazione, che la tutela dell'interesse è una traduzione in termini non giuridici della realtà giuridica stessa, e si confonde con la norma, che non può quindi illuminare dall'esterno <sup>(34)</sup>.

§ 20. - *IL SENTIMENTO DELL'UGUAGLIANZA GIURIDICA.*

1. - Tale realtà psicologica viene necessariamente in considerazione, se si vuole spiegare il ricorso dell'interprete alla cosiddetta analogia. Invero, le altre giustificazioni più comuni del procedimento analogico appaiono poco persuasive. Si è parlato al proposito *a)* di un permesso del legislatore, *b)* di una consuetudine, *c)* di un principio di equità, *d)* di una necessità di colmare la lacuna, *e)* di un processo di induzione applicato

---

<sup>(33)</sup> Cfr. le considerazioni analoghe svolte nel § 10 n. 3 a proposito dello scopo della norma esaminato come elemento oggettivo dell'interpretazione.

<sup>(34)</sup> Cfr. le parallele osservazioni sviluppate nel § 10 n. 4 a proposito della tutela di interessi come elemento obbiettivo dell'atto ermeneutico.

alle norme, *f*) di una volizione presunta del legislatore, *g*) di una tacita dichiarazione di volontà del legislatore, *h*) di una potenziale capacità di espansione della norma.

*a*) La teoria in esame è, in fondo, negativa della liceità dell'interpretazione analogica <sup>(35)</sup>. Ma, dato che l'interpretazione analogica viene praticata anche dove una norma del tipo dell'art. 12 preleggi c.c. è sconosciuta, e data la difficoltà di negare la giuridicità di norme osservate ed applicate di fatto (vedi § 28 n. 2, 3), si imporrà la soluzione di ammettere, in ogni caso, la liceità della interpretazione analogica; e se ne dovrà cercare la giustificazione, anzichè nell'oggetto interpretando, nell'elemento soggettivo dell'atto ermeneutico (nozioni e sentimenti dell'interprete).

Si noti, che dichiarazioni legislative sul tipo dell'art. 12 preleggi c.c. non influiscono sull'analogia come procedimento ermeneutico, ma modificano l'oggetto stesso dell'interpretazione (vedi § 2): esse sono pezzi di norme, che, accoppiate ad altre dichiarazioni normative integrande, ne rendono applicabile il così detto tenore a tutta una serie di fattispecie.

*b*) Secondo una teoria, l'analogia sarebbe lecita in base ad un principio consuetudinario <sup>(36)</sup>. Conforme alla concezione della consuetudine, qui accolta, una simile affermazione non assume alcun rilievo particolare, riducendosi la consuetudine ad una *opinione* dell'interprete, *opinio* meritevole d'essere ulteriormente classificata (vedi § 11 n. 4) tra le persuasioni ed i sentimenti dell'interprete.

---

<sup>(35)</sup> Infatti, mentre è sostenuta dal GIANNINI, *L'analogia* cit. 1942, pag. 59, e dall'ASCARELLI, op. cit., pag. 277, con lo scopo di provare la liceità dell'analogia, è poi sostenuta con intenti opposti (salvo sempre il *ius conditum*) dal DONATI, op. cit., pagg. 45-57.

<sup>(36)</sup> Contro questa dottrina cfr. GÉNY, *Méthode* cit. pagg. 11, 117.



c) Alcuni canonisti, considerano e giustificano il ricordo all'analogia come un'applicazione del principio di equità <sup>(37)</sup>. La indeterminatezza del concetto di equità non permette di dare di questa vecchia teoria una valutazione definitiva. Ove equità si voglia identificare con giustizia, valga in proposito quanto si dirà oltre nn. 2 segg.

d) Si è già provato che l'analogia non colma lacune, dal momento che in caso di divieto del procedimento analogico, l'ordinamento giuridico non diventa per questo più lacunoso. Del resto, la presenza di lacune, di per sè, non indica ancora, a quale mezzo debba ricorrersi per colmarle; perchè, ad es., non al diritto naturale o comparato? <sup>(38)</sup>.

Riservando a sede più adatta un'ultima analisi sulla natura della lacuna, si rinvia al § 11 n. 5 per la dimostrazione della insussistenza delle lacune come realtà oggettive di fronte all'interprete.

e) Si è fondato da qualcuno <sup>(39)</sup> il valore del procedimento per analogia sui principî milliani dell'induzione.

Sembra dubbio, tuttavia, che un metodo atto a rinvenire leggi naturali valga come mezzo di indagine giuridica, data la cerchia necessariamente stretta delle esperienze di cui il giurista può servirsi (non si indurrebbe la legge di gravitazione uni-

---

<sup>(37)</sup> Cfr. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae 1931, pagg. 331.

<sup>(38)</sup> Questa obbiezione non vale contro la maggior parte degli Autori i quali considerano la lacuna come una prima condizione adempiendosi la quale diventa lecito il ricorso all'analogia, in base ad un'altra considerazione (volizione presunta, principio dell'uguaglianza, ecc.). Essa può valere però, ad es., contro lo ZITELMANN.

<sup>(39)</sup> Cfr. anche GÉNY, *Méthode*, II, pag. 117, ma in realtà il GÉNY è di un eclettismo tale, che menziona quasi tutti i fondamenti dell'analogia qui enumerati.

versale, dalla caduta di un solo grave, mentre l'interprete ricava da un'unica disposizione, dettate per un solo caso, la norma che regola tutti gli altri casi simili).

Inoltre non si vede come potrebbe conciliarsi la affermazione comune, dell'arbitrarietà della considerazione normativa, con la pretesa armonia del sistema, la quale dovrebbe riaffiorare in ogni caso di silenzio della norma! Non consta che nessuno abbia mai sostenuto che a sistema legislativo più o meno armonico debba corrispondere una interpretazione più o meno affetta da procedimenti analogici (una affermazione simile inciderebbe sul valore del ricorso all'analogia in sede di interpretazione del c.c. 1942!).

f) La volontà presunta del legislatore <sup>(40)</sup> dovrebbe aver vigore, se si vogliono evitare conseguenze assurde, solo in assenza di una volontà dichiarata, ossia: solo in presenza di una lacuna. Ma è chiaro, che la fattispecie non valutata da alcuna volontà dichiarata potrebbe senz'altro essere irrilevante: la presunzione di volontà è perciò un arbitrio dell'interprete, che rimane ingiustificato finchè non si voglia spiegare, da un canto, in quali casi, e perchè, l'interprete presume una data volontà del legislatore, e in quali casi, e perchè, egli ammette l'irrilevanza della fattispecie; e, dall'altro canto, su quali basi si presume, che il legislatore voglia essere « coerente », tanto più che la coerenza del legislatore consiste nel non contraddirsi in un caso identico, ma non, nel dettare disposizioni uguali per casi diversi.

g) Poichè una serie di casi, non regolati da dichiarazioni espresse, sono irrilevanti, e non postulano dichiarazioni tacite di sorta, non sembra che possa in alcun modo spiegarsi perchè, ed in quali casi, una dichiarazione tacita valga come

---

<sup>(40)</sup> Per una critica serrata quanto brillante della tesi in esame vedi BOBBIO, op. cit., pagg. 129 segg.



dichiarazione normativa. Si deve poi domandare, come possa l'interprete accertare la esistenza di questa dichiarazione tacita - fantasiosa creatura della dottrina <sup>(41)</sup>, così come la volontà presunta (la quale ultima però, in quanto presunta, deve evidentemente condizionarsi ad una opinione dell'interprete, cosicchè ne risulta individuato un primo criterio di applicazione) -.

*h)* Un ultimo tentativo, per giustificare l'analogia mediante elementi obbiettivi si compie invocando la potenziale capacità di espansione della norma.

Tale capacità diverrebbe effettiva, al solito, in caso di lacune. Superfluo notare, che non si vede chiaramente la base della potenziale capacità di espansione (affermare tale qualità della norma è una petizione di principio). Va infine rilevato, che il principio giustificatore dell'analogia deve contenere in sè il criterio, per stabilire in quali casi l'analogia è praticabile, ed in quali casi non lo è.

Perchè, ad es., per c.c. 1942 la norma dettata per l'errore sulla dichiarazione in tema di contratto vale anche per le altre divergenze unilaterali tra volizione e dichiarazione contrattuale, mentre le norme dettate per il timore cagionato da violenza o pericolo o stato di bisogno non valgono per tutti gli stati sentimentali anomali, che accompagnano il formarsi della volizione (speranze infondate, odio verso terzi ecc.)? La sola teoria della forza espansiva latente della norma non lo può dire <sup>(42)</sup>.

<sup>(41)</sup> Ne è sostenitore ROCCO, *L'interpretazione*, cit.

<sup>(42)</sup> Le identiche considerazioni valgono anche se si sostituisce alla « norma » come astrazione mentale l'« atto normativo » concreto e storico, come vuole il GORLA, per cui l'atto viene « assunto come principio del mondo a cui appartiene ». Cfr. ad es. pag. 22 op. cit.: « la cosiddetta integrazione avviene nell'interno dell'ordinamento giuridico, per una sua forza interna ». Cosa possa significare esattamente la « forza » d'un ordinamento, è ben arduo dire. Ed è singolare che, trattando questo tema, il GORLA

Contro chi sostiene l'esistenza della lacuna, e la concreta espansione della norma appunto in caso di lacuna, si può infine obiettare che non si vede quale sia il fondamento logico o giuridico della distinzione fra regolamenti lacunosi e non lacunosi, ai fini della integrazione per via analogica.

In realtà la teoria della volizione presunta, e quella della dichiarazione tacita per la loro stessa mancanza di basi postulano la teoria dell'espansione della norma; ma la teoria dell'espansione postula a sua volta un criterio di giustificazione: proprio per la inettitudine dell'elemento oggettivo dell'interpretazione in generale a giustificare i criteri ermeneutici.

2. - Una parte della dottrina ha già respinto, del resto, tutte le teorie finora esposte, per fondare l'analogia sul « sommo principio dell'uguaglianza giuridica ».

La tesi in esame, purchè non se ne voglia fare un principio trascendente l'interprete, ed a lui estraneo, è da accettarsi, con tutte le precisazioni che seguiranno.

Come apparirà dallo svolgimento dell'argomento, il sentimento dell'uguaglianza assume rilievo indipendentemente dalla presenza di lacune, e contiene in sè stesso i limiti della propria applicazione (tale sentimento non trascinerà l'interprete dovunque si abbiano fattispecie astrattamente « simili », ma solo

---

si esprime figuratamente - menda da cui ha il merito di preservarsi in ogni altro luogo dell'op. cit.

Il GORLA parla anche (loc. cit.) di una norma generale che assumerebbe a suo contenuto i risultati dell'interpretazione analogica. Ma non dice, di che genere sia tale norma. Non è certo l'atto storico di volizione: esso trasformerebbe il valore degli atti normativi in genere mediante una integrazione dall'esterno (il che, GORLA esclude energicamente). Della teoria del GORLA va mantenuta l'affermazione che nessuna integrazione dall'esterno può completare il diritto. Ma proprio la identificazione di diritto e atto storico rende ardua la prova dell'assunto.



quando la similitudine venga concretamente apprezzata e sentita dall'interprete medesimo).

Le obiezioni al criterio in esame non mancano. Si rileva che l'applicazione di un principio di giustizia o di uguaglianza giuridica imporrebbe al giudice una logica od una coerenza a lui superiore. La *Freirechtsschule* e la tendenza sociologica negano che il giudice possa comunque essere legato ad una analogia, che non si presenta come fonte di norma in senso proprio.

È vero, infatti, che la estensione per analogia non solo non si sovrappone al legislatore, ma non si impone neppure all'interprete (salvo contraria norma *de iure condito*); ed è altresì vero che, nel caso dubbio, non c'è alcun motivo per stabilire che l'interprete debba rivolgersi al procedimento analogico, anzichè al mezzo storico o sociologico. È vero, semplicemente, che l'interprete trasporta nell'atto ermeneutico, in una con le sue cognizioni (linguistiche, storiche, ecc.) anche la sua aspirazione alla uguaglianza giuridica. Essa si giustifica in quanto è in dati casi inevitabilmente presente (vedi § 29), ma, ove mancasse, non potrebbe aver luogo l'affermazione, che ad essa si « debba » ricorrere. Il principio di uguaglianza giuridica non ha un valore in sè e per sè, ma solo in quanto si riflette nella psicologia dell'interprete.

3. - Quale sia il contenuto di questo principio che, come si vedrà in seguito, è il principio di giustizia, apparirà dalle considerazioni seguenti.

La applicazione del principio di giustizia non è, di per sè, adatto a determinare norme (giuridiche o morali, non importa) nel loro contenuto, se non interviene un ulteriore elemento determinante, una norma positiva, che funga da punto di riferimento.

Tutte le definizioni più note della giustizia, dateci da filosofi (es.: Tomaso d'Aquino), giuristi (es.: Digesto, I, 1, 10 pr.), e linguisti, parlano di una virtù di chi ha ciascuno il suo, o di chi

dà a ciascuno ciò che gli spetta, o ciò che gli è dovuto, e così via: suppongono dunque, che altri abbia già chiarito e statuito cosa sia il mio, cosa spetti, o cosa sia dovuto, ai singoli.

Meno frequentemente, la giustizia viene definita oggettivamente (come norma) anzichè soggettivamente (come virtù o volontà): in questi casi, viene identificata con il principio, per cui si riserva ai soggetti una parità di trattamento, ove si verifichi una parità di circostanze.

Ma il contenuto delle norme si avrà solo quando sia stato stabilito quali sono le circostanze rilevanti. Non si avranno mai in natura due fatti perfettamente uguali (differiranno almeno le modalità topografiche o cronologiche). Ogni fatto è individuato da una serie di caratteri, e ciascuno di essi può essere o non essere circostanza rilevante. L'attribuzione di una rilevanza alla circostanza non ha nulla a che vedere con la giustizia <sup>(43)</sup>.

Intorno ad un determinato caso (caratterizzato necessariamente da una serie illimitatamente numerosa di circostanze) le considerazioni normative non ingiuste sono illimitatamente numerose. Il caso può essere irrilevante (non regolato da alcuna norma), ovvero può essere valutato da una norma, che tenga conto di una sola tra le infinite circostanze di fatto, o da una norma che tenga conto di due circostanze di fatto, e così via (non è da credersi, che la rilevanza di un numero via via maggiore di circostanze avvicini progressivamente alla norma giustissima).

L'ingiustizia di una norma può sussistere solo relativamente ad un'altra norma. Se un ordinamento giuridico colpisce più duramente, attraverso l'intervento della parte civile, l'uccisore

---

<sup>(43)</sup> Ad es. il figlio del re potrà essere o non essere re, il donatario del campo e dello schiavo potrà essere e non essere proprietario del campo o dello schiavo, senza che ciò implichi (salvo interferenze di altri elementi di giudizio), una questione di giustizia.



di chi ha eredi, che non l'uccisore di chi non ne ha, viene rilevata un'ingiustizia soltanto perchè si confronta questa norma con il principio (nè giusto nè ingiusto) che a pari delitto corrisponda pari pena.

La giustizia è una relazione tra norme. Giusto è il legislatore, se è coerente; è il magistrato, se si conforma alla legge; il consociato, se si conforma alla decisione del giudice.

Le leggi cardinali di un ordinamento giuridico sfuggono ad una valutazione circa la loro giustizia: come dire che è giusta, o ingiusta, la proprietà privata, o la schiavitù privata, o la sovranità? <sup>(44)</sup>.

Tante sono le norme-base, che vengono proposte, tante sono le « giustizie ». Così può essere giusto, che ogni uomo goda di una quantità di beni proporzionale al proprio lavoro, oppure, proporzionale ai propri bisogni.

La scelta delle circostanze tipiche e rilevanti avviene, come s'è già notato, in base a realtà sostanziali (interessi, principî di morale, ecc.) che nulla hanno a vedere con la realtà formale (relativa) della giustizia.

La giustizia esige però che, ove una circostanza sia rilevante, tutta la classe dei casi concreti accompagnati da quella circostanza, subisca una valutazione normativa omogenea.

Avviene così, che l'interprete, individuata nella complessa fattispecie la circostanza che determina un particolare atteggiamento della valutazione normativa, non possa interpretare la

---

<sup>(44)</sup>. Nel campo del diritto tributario, si possono immaginare, *de iure condendo*, tre principî tanto giusti, che è impossibile affermare il contrario di ciascuno di essi: ma tali, che si escludono a vicenda: I contribuenti devono affrontare sacrifici uguali. - I contribuenti devono affrontare sacrifici proporzionali. - I contribuenti devono affrontare un sacrificio globale minimo. Cfr. sul tema EINAUDI, *Principi di scienza delle finanze*, III ed., Torino 1946, n. 142-144.

norma, se non nel senso, che la medesima circostanza determinerà un uguale atteggiarsi del tenore della norma, ogni volta che sarà presente in un'altra fattispecie.

4. - Si apre così la disputa, viva nella dottrina, intorno al modo migliore per individuare le circostanze determinanti, ossia per costruire le classi di fattispecie suscettibili, a determinati fini, di considerazioni normative uguali - fattispecie, fra cui possono comprendersi anche i diritti ed i doveri giuridici, quando siano condizioni o presupposti per l'applicazione di un determinato imperativo giuridico (ad es., se al debitore è fatto divieto di deteriorare la *res debita*, il dovere contenuto dal rapporto creditizio è presupposto dall'applicazione della norma sul dovere di non deteriorare, ed è quindi una fattispecie).

È appena il caso di rammentare, che la individuazione della circostanza determinante non è - malgrado il linguaggio della dottrina comune - una ricerca nella realtà psichica del fattore legislativo, e neppure una indagine nell'oggetto della interpretazione in senso proprio, ma è un giudizio arbitrario, formulato dall'interprete secondo i proprii giudizi derivati da opinioni o nozioni o sentimenti svariatissimi.

Contro il valore obbiettivo di un simile giudizio, valgono gli argomenti avanzati (vedi § 20 n. 1) contro il valore obbiettivo del criterio giustificativo dell'analogia <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Un ultimo tentativo di salvare un fondamento non arbitrario alla scelta degli elementi tipici delle fattispecie, è compiuto dal BOBBIO (op. cit., pag. 101). Giustamente egli rileva che « Se in giurisprudenza noi dovessimo accogliere l'argomento per analogia nella sua nuda formulazione senza determinare nell'unico significato logicamente concludente il rapporto di somiglianza, lasceremmo in modo troppo clamoroso aperta la possibilità all'arbitrio... Se bastasse la somiglianza, senza una particolare determinazione, a giustificare l'attribuzione di una conseguenza giuridica ad un caso non previsto, l'interprete troverebbe sempre una somiglianza per



Per individuare l'elemento tipico rilevante dalle fattispecie, ai fini della costruzione delle categorie giuridiche necessarie all'interprete nel procedimento per analogia, si ricorre: *a*) a classi di fattispecie, aventi un elemento di fatto comune; *b*) a classi di fattispecie, ridotte ad unità di categoria dalle stesse norme nel modo che si dirà.

Negato, che categorie di fattispecie esistano *a priori*, (vedi retro § 7 n. 3), si concluderà, che l'illusoria ricerca di classi di concetti di fattispecie come sussistenti in natura, conduce per lo più a riutilizzare le categorie già in uso nella dottrina, tra-

---

giustificare l'interpretazione arbitraria ». Egli ha fiducia, che a questa possibilità (o meglio a questa ineluttabilità) dell'intervento dell'arbitrio dell'interprete (a cui secondo i risultati della presente trattazione, può portare un parziale rimedio solo il senso storico e morale dell'interprete), si possa ovviare ricorrendo alla « legge di validità della analogia ». Tale legge farebbe corrispondere uguali conseguenze giuridiche a diverse fattispecie, quando esse abbiano in comune (prescindendo da ogni altra rassomiglianza) la identica ragion sufficiente delle conseguenze giuridiche (o identica *ratio iuris*). Ma condizione per l'applicazione di una simile legge è proprio la obbiettiva individuazione della ragion sufficiente, una delle arabe fenici della interpretazione del diritto.

La realtà è appunto, che l'interprete sceglie arbitrariamente la « ragion sufficiente » della considerazione normativa!

Il BOBBIO si rende conto che in pratica ciò può facilmente accadere: ma non consente, che anche in pura teoria ciò è una necessità, non avendo la « ragion sufficiente » una sua autonoma sussistenza fuori della mente dell'interprete.

Nell'op. cit., troviamo (pag. 111): « Perchè il ragionamento per analogia perda il carattere della certezza, basta che: o il principio generale sia soltanto tendenzialmente generale, cioè ammetta la possibilità di eventuali eccezioni, oppure il dato dell'esperienza sia il risultato di un'induzione imperfetta o almeno non definitiva; insomma che... la verità della *ratio* sia controversa ». Come s'è però detto, va ritenuto, che il caso della esperienza come risultato di una induzione non definitiva, è addirittura il caso generale.

mandate da generazioni di giuristi formati nell'interpretazione di diritti attualmente abrogati, e, in ogni caso, a costruire mentalmente, e ad utilizzare, categorie di fattispecie, aventi in comune un elemento concettuale dato (scelto senza preoccuparsi della valutazione normativa delle fattispecie in esame).

Da questa premessa, risulta abbozzata la bipartizione fra categorie, il cui carattere tipico è dato da un elemento intrinseco delle singole rappresentazioni di fattispecie (o delle singole classi di rappresentazione), tratto senza riguardo alle valutazioni normative delle fattispecie (es. i concetti di cosa materiale mobile, energia, riassunte nella categoria cosa mobile in senso lato, in base al comune elemento concettuale risultante dalla assenza di collegamento organico con il suolo e dalla utilità economica), e categorie, il cui carattere tipico è dato da un elemento estrinseco ai singoli concetti, precisamente una loro relazione con una determinata considerazione normativa, (es. i concetti dei fatti volizione contrattuale e volizione del testatore, riassunti nella categoria volizione negoziale, in base a quel comune elemento concettuale estrinseco, che risulta dalla valutazione normativa che sancisce effetti giuridici in particolari rapporti di simmetria con il contenuto delle volizioni stesse).

Entrando nell'apprezzamento dei due metodi di classificazione definiti sotto le lettere *a*) e *b*), si può rilevare:

*a*) la persuasione che a fattispecie, aventi un carattere tipico comune, corrisponda un'unica valutazione normativa è il fondamento del ricorso ad una particolare figura di costruzione (vedi § 7 n. 3 lettera *c*). Va ammessa, ovviamente, la liceità anche di questo ricorso. Come va avvertito, l'arbitrarietà del processo costruttivo non significa, che l'interprete non crei istintivamente per lo più quelle categorie di norme, che la proporzionata difesa degli interessi, od il bisogno della società esigono: ma solo, che la categoria si afferma come valida sul fondamento



di una astrazione mentale dell'interprete, e non già per riguardo al tipo degli interessi difesi, od alla *ratio iuris*.

b) ci si potrebbe domandare, se ai fini dell'analogia non siano più apprezzabili le classi di fattispecie, qualificate attraverso ad una esplicita considerazione normativa che, ad alcuni fini, sia comune (fattispecie della adozione e della affiliazione; fattispecie del timore provocato da violenza e dell'errore spontaneo sui motivi; mancano di tale esplicita parificazione, per nostro diritto, altre coppie di fattispecie intrinsecamente simili: riserva mentale ed errore che cade sulla dichiarazione; e, secondo una teoria <sup>(46)</sup>, *lapsus linguae* ed errore ostativo).

La risposta deve essere negativa. Ove più fattispecie godano, ad alcuni fini, di considerazioni normative uguali, può darsi che le differenze sussistenti fra le fattispecie giustifichino a tutti gli altri fini considerazioni normative divergenti. Ad es., l'uguale trattamento che il contratto ed il testamento possano ricevere in tema di vizî della volizione, non giustificherebbe senz'altro l'applicazione al caso del testamento delle norme dettate per il contratto in tema di divergenze tra volizione e dichiarazione.

A parte le divergenze dei metodi di classificazione accennati, va ricordato, che, secondo la *Interessenjurisprudenz*, non ogni elemento o carattere della fattispecie può considerarsi decisivo per la valutazione legislativa, ma solo l'interesse umano che, nella fattispecie, emerge. Tale scuola propugna perciò la presa in considerazione di categorie di fattispecie, considerate in ogni caso sotto la visuale dell'interesse umano che le contraddistingue. Anche a tali categorie può applicarsi la distinzione

---

<sup>(46)</sup> Cfr. ALLARA: *La teoria generale del contratto*, Torino 1943, litog., pag. 136; contra MESSINEO *Dottrina generale del contratto*, Milano 1944, pag. 81.

già formulata, tra categorie di interessi, che presentano caratteri intrinseci comuni, e categorie di interessi, che godono, ad alcuni fini, considerazioni normative uguali.

Secondo lo Heck e la sua scuola, infatti, le classi ottenute mediante costruzioni non sarebbero adatte ad appagare le necessità della vita giuridica, appunto perchè create dalla dottrina per scopi diversi dall'interpretazione. Così nel caso della categoria dei diritti reali, ricreata *ex novo* da ogni caposcuola, le norme relative ad un rapporto che per un interprete è un diritto reale non potranno essere integrate a tutti i fini riconoscendo il rapporto come appartenente alla categoria data.

Ciò che manca, alla tesi dello Heck, è un fondamento, che possa interessare il giurista. Non si può trasformare in diritto positivo neppure la tanto fondata aspirazione ad una parità di considerazione normativa in caso di similitudine degli interessi da tutelarsi (ciò a parte l'arbitrio immanente nella identificazione dell'interesse che determinò in effetto il legislatore; vedi § 10 n. 4).

Il Gorla nota acutamente <sup>(47)</sup>, come la classificazione heckiana degli interessi sia altrettanto arbitraria, quanto la classificazione dottrinale dei concetti, mancando anch'essa di un'origine nell'atto spirituale normativo storico. Conforme alla affermazione contenuta nella presente trattazione, si dovrà però sostituire, in questa funzione classificatrice, all'atto storico normativo, l'atto storico soggettivo ermeneutico, ed ammettere che ogni classe - di concetti o di interessi - influisce sulla norma quando - e solo quando - sia connaturata colla mente che interpreta la dichiarazione normativa.

Altre distinzioni potrebbero farsi fra i vari metodi escogitati per allineare i concetti di fattispecie, se questa esposi-

---

(47) GORLA, op. cit., pagg. 17, 35 ecc.



zione non avesse lo scopo, di mostrare, a dispetto delle gravi dispute fra concettualisti e dottrinari della *Interessenjurisprudenz*, la identità fondamentale del valore dei varî procedimenti di classificazione delle fattispecie e l'inutilità di alcune scolastiche distinzioni, comuni in questo tema.

Conforta quest'opinione l'osservazione che ogni Autore suole ricorrere promiscuamente a categorie di interessi, classi di fattispecie gerarchizzate dalla tradizione, e gruppi di fattispecie colpite da una considerazione normativa, che si mantiene, ad alcuni fini, omogenea per tutte. Tutto ciò apparirà più manifestamente dagli esempî che verranno citati in seguito (vedi § 20 n. 5). Una categoria, individuata in base all'interesse, può infine suddividersi in sotto categorie, a seconda della presenza od assenza nelle singole fattispecie di caratteri diversi dagli interessi tutelandi.

Infine, categorie ottenute per costruzione possono coincidere con quelle che si otterrebbero mediante i paragoni degli interessi in gioco; e questo è anzi il caso più frequente <sup>(48)</sup>.

5. - L'analisi di alcuni casi di ricorso all'analogia può offrire esempî opportuni tratti da un Autore che di frequente ricorre al mezzo in esame:

artt. 428 e 1433 c.c. 1942. In tema di *lapsus linguae* l'Allara <sup>(49)</sup>, affermata la opportunità di estendere al *lapsus* il regolamento di una delle divergenze tra volizione e dichiarazione,

---

<sup>(48)</sup> CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1936, rileva che in Italia si sono, se non sempre, almeno spesso, costruiti i concetti tenendo conto degli interessi; cioè dei reali contrasti tra i quali il diritto deve ottenere la giusta pace.

<sup>(49)</sup> ALLARA: *La teoria generale del contratto*, Torino 1943, litog., pag. 137. Per l'opinione, che l'art. 1433 regoli espressamente anche il caso del *lapsus*, cfr. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1944, pag. 81.

ritiene che « quantunque il *lapsus linguae vel calami* si avvicini, *in certo senso*, più alla figura della incapacità di intendere o di volere, che a quella dell'errore ostativo,... si debba applicare il regolamento di quest'ultimo, poichè l'art. 1433 non si limita a considerare l'errore ostativo ma anche l'ipotesi in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio, che ne era stato incaricato. La struttura di quest'ultima ipotesi si avvicina a quella del *lapsus* ».

È opportuna la restrizione « in certo senso », che va spiegata così: nel senso, che tanto il *lapsus linguae* quanto l'incapacità di intendere consistono in una divergenza tra la volizione del comportamento della dichiarazione (che in uno dei due casi può mancare), e la dichiarazione stessa. L'elemento comune è dunque formale ed intrinseco: ma istintivamente l'interprete è tratto verso una interpretazione basata sulla comparazione degli interessi (presentata bene dalla formulazione: quantunque in un certo senso si avvicini... ci sembra che), anche se rivestita nella forma di un'altra valutazione di elementi concettuali intrinseci.

Art. 428 c.c. (cfr. artt. 775 pr., 1433, 1425).

L'Allara <sup>(50)</sup>, alla domanda, se in tema di contratti l'incapacità di intendere e di volere diventi rilevante se accompagnata dal grave pregiudizio dell'incapace (interpretazione abrogante del secondo comma dell'art. 428), o se diventi rilevante quando accompagnata dalla malafede dell'altro contraente che può comunque risultare (disapplicazione dell'art. 428, pr. ai contratti), propende per la seconda interpretazione, pur ammettendo che: « In favore della prima interpretazione si potrebbe osservare che in materia di donazione, dove non è il caso di distinguere tra pregiudizio e non pregiudizio dell'inca-

---

(50) ALLARA *Il contratto* cit., pag. 134.



pace, non essendo ipotizzabile il secondo caso, il codice considera la pura incapacità di intendere e di volere senza aggiungere altri elementi »; ma aggiungendo: « In favore della seconda interpretazione si può addurre l'analogia col regolamento dell'errore ostativo ». È qui chiaro, che il ricorso alla *eadem ratio* sarebbe - come è inevitabile nella interpretazione per analogia - una pura petizione di principio. Accettata la analogia fra errore ostativo ed incapacità di intendere si identificherà la *ratio* della norma sull'errore ostativo nella tutela del destinatario della dichiarazione in buona fede, in caso diverso, nella tutela del destinatario in buona fede di una dichiarazione conforme alla volizione del contenuto della dichiarazione (senza preoccupazioni pel caso che la volizione del contenuto della dichiarazione divenga dalla volizione del valore della medesima). Reciprocamente la *ratio iuris* della norma contenuta nell'art. 428 pr. sarà la tutela del dichiarante incapace di intendere, ove si voglia riferire la norma a tutti gli atti, e sarà invece la tutela del dichiarante incapace di intendere in caso di atti unilaterali, ove non si voglia riferire la norma ai contratti. Anche una classificazione di interessi avrebbe, com'è chiaro, un carattere puramente arbitrario. La cosiddetta circostanza decisiva - che altro non è, che un elemento concettuale tipico scelto dall'interprete per sistemare la fattispecie in una categoria più ampia, - può essere, nel caso di dichiarazione contrattuale accompagnata da incapacità di intendere del soggetto dichiarante, tanto la divergenza tra volizione contrattuale e dichiarazione contrattuale, come l'incapacità del soggetto dichiarante in generale. L'interprete tradizionalista, ad es., classificherà l'incapacità, nelle incapacità negoziali in senso tecnico. Ricorrere alla mente del legislatore (all'atto storico) è qui, al solito, impossibile: il caso si presenta particolarmente delicato, per la diversa data di formulazione degli articoli 428, 1425, e 1433. Come indovinare,

nel caso in esame, quale rapporto dovessero avere tra di loro gli articoli citt. «nella mente del legislatore»?

§ 21. - CLASSIFICAZIONE DEGLI ELEMENTI SOGGETTIVI.

Precisato, che la sistematica legislativa non è se non un elemento oggettivo della interpretazione, ridotti la *ratio iuris* e l'interesse tutelato dalla norma, ad un particolare aspetto della norma (realtà giuridica tradotta in termini sociologici), identificate la costruzione, e la proiezione dei concetti nel tempo, con processi logici, che si riflettono su altri elementi ermeneutici soggettivi, e ne vengono assorbiti, dimostrato che anche l'apparente ricostruzione dell'atto storico si riduce ad una interpretazione storica condotta in presenza di un oggetto di interpretazione più complesso (vedi § 8), esclusa una autonomia della conoscenza della psicologia, dell'economia politica, della natura sociologica della fattispecie, rispetto alla conoscenza della lingua e del diritto naturale (vedi § 17), rimangono da esaminare, ai fini della sistemazione, il sentimento della giustizia, e le nozioni della lingua, della storia, del diritto comparato, del diritto naturale, dei giudicati precedenti.

Per mettere in chiaro la natura dei vari mezzi, può ben contestarsi, in via preliminare, che gli elementi subbiettivi (i cosiddetti «mezzi») influenzino in ogni caso direttamente l'interpretazione.

Ad es. la conoscenza, in sè e per sè considerata, della storia della norma, non influenzerà la interpretazione, perchè non potrà presentarsi nè come motivo nè come causa in senso proprio dell'atto psichico di interpretazione.

Essa originerà però (in combinazione con cause di altra natura) la aspirazione dell'interprete, che le norme attuali abbiano un contenuto uguale a quello delle norme che furono valide.



Da tale aspirazione potrà originarsi la persuasione <sup>(51)</sup>, che il contenuto delle norme presenti e passati coincida. Tale persuasione, finalmente, si rifletterà direttamente sul contenuto dell'atto ermeneutico.

Questa trasformazione di nozioni in sentimenti, e di sentimenti in persuasioni, può far osservare che l'elemento ermeneutico non è propriamente la nozione, ma la persuasione, che ne segue. Del resto, una più approfondita analisi dell'atto ermeneutico, può mostrare, che neppure la persuasione è di per sé causa sufficiente, dell'effettivo intendimento della norma. Ciò che appare decisivo è la incapacità od impossibilità dell'interprete, di prescindere da quelle persuasioni; od almeno, il dato di fatto, che l'interprete non ne prescinde.

In particolare, si può affermare, a proposito dei vari mezzi ermeneutici, che influiscono nel modo seguente:

a) La conoscenza della lingua opera attraverso la nozione o persuasione dell'interprete, che, in generale, chi si esprime in un modo dato voglia significare un oggetto dato, od almeno un oggetto avente determinate caratteristiche.

Va qui osservato che la conoscenza della lingua, intesa come conoscenza del significato concreto di qualsiasi formula espressa nella lingua data, ricomprende in sé tutti gli elementi ermeneutici, e si identifica con la stessa conoscenza del valore della dichiarazione legislativa (conoscenza, che è poi la interpretazione stessa). Infatti i mezzi non hanno altro modo di intervenire nell'atto ermeneutico, se non contribuendo a chiarire il valore della dichiarazione stessa, valore che non può non essere, contemporaneamente, il significato delle parole della legge nel loro insieme.

---

(51) Può essere chiarito, che tale persuasione relativa al contenuto della norma è il caso della costruzione su cui § 7 n. 3 sub b):

Solo quando si riduca il mezzo linguistico a « conoscenza della grammatica e del lessico », nel senso di « conoscenza del valore » che le espressioni normative hanno in generale fuori del caso dato, si potrà empiricamente distinguere, tra l'elemento linguistico (ivi compreso quello sociologico), e gli elementi diversi.

b) La conoscenza della storia, del diritto naturale e straniero, e dei giudicati precedenti, operano attraverso la persuasione, che le norme del diritto positivo imitano norme di legislazione abrogate, o sussistenti in altri ordinamenti giuridici, o conformi ai criteri del diritto naturale.

c) L'elemento analogico opera attraverso la persuasione dell'interprete, che tra le norme intercedano certi rapporti di simmetria (diversamente intesi dai vari interpreti).

Nel momento dell'atto ermeneutico, tutte le persuasioni od aspirazioni relative al contenuto della norma si traducono ovviamente nella persuasione, che le parole stesse della dichiarazione normativa abbiano probabilmente un significato tale, che il contenuto della norma reale si avvicini a quello della norma desiderata.

Non si dia perciò alla tripartizione elaborata (vedi sopra, lettere a) b) c), un rilievo maggiore, di quello che essa meriti.

## § 22. - IL VALORE DEGLI ELEMENTI ERMENEUTICI SOGGETTIVI.

1. - La dichiarazione legislativa non avendo alcun significato oggettivo, l'unico significato, che essa assuma, è quello (soggettivo) attribuitole concretamente dall'interprete.

Questi non potrebbe intendere la norma, senza possedere le proprie cognizioni e persuasioni: e non saprebbe prescindere da esse, anche se si volesse affermare la possibilità, in astratto,



di ottenere un significato della norma senza il ricorso ai mezzi o ad alcuni di essi <sup>(52)</sup>.

La mancanza di valore obiettivo dei mezzi fu confusa col nessun valore, in generale, dei medesimi, da quanti hanno tratto conclusioni scettiche sulla possibilità di ricavare dalla dichiarazione legislativa l'intera realtà giuridica. Il più facile bersaglio per la critica <sup>(53)</sup> è la costruzione, data la facilità con cui i singoli concetti vengono composti e poi sostituiti a loro volta.

---

<sup>(52)</sup> Il ricorso ad un mezzo, operato dall'interprete con la coscienza della turbativa che esso esercita sull'interpretazione, si distingue da un ricorso meccanico ed inconscio solo per la condizione subbiettiva dell'interprete (sua scienza della mancanza di un fondamento di validità giuridica dei mezzi a cui ricorre). Non sembra perciò presentare interesse la distinzione tra l'interpretazione criptosociologica (e, benchè meno se ne discorra, criptostorica, criptogiurnaturalistica) e quella sociologica, storica, giurnaturalistica, ecc.

La condizione subbiettiva non sembra inficiare la liceità dei procedimenti in esame. Storicamente si ha però, che il continuo ripiegamento dell'interprete sui moventi della sua interpretazione lo spinge da una fase di certezza (subbiettiva) dell'esattezza di un risultato considerato ovvio, ad una fase in cui si analizzano gli elementi, che hanno condotto alla scoperta del risultato, poi ad una fase, in cui si critica la validità degli elementi, finchè viene a cessare la certezza che il risultato (che sembrava ovvio) sia davvero esatto.

Già lo EHRlich ha notato, (op. cit., pag. 157) che la roccaforte di ogni interprete è rappresentata dalle « Selbstverständlichkeiten » le quali, fatto il loro tempo, cadono. Ciò è visibile soprattutto nell'uso delle categorie giuridiche. Categorie fino ad un certo tempo in onore vengono poste *sub iudice*: l'interprete cerca di dare una più solida base alla sua costruzione dei concetti, eliminando ciò che non ha riscontro nel dettato legislativo (l'unico oggetto, che l'interprete possa prendere in considerazione). Cercherà allora di ricostruire le categorie presenti nella mente del legislatore, ma le otterrà servendosi di altri comuni mezzi ermeneutici.

<sup>(53)</sup> Cfr. la Interessenjurisprudenz, la tendenza sociologica, la teoria della ricostruzione dell'atto spirituale.

Quanto all'elemento storico, si osserva che manca sempre all'interprete la certezza, se il legislatore voglia innovare o conservare <sup>(54)</sup>. Quanto al diritto naturale, potendo il diritto valutare ad arbitrio bisogni ed aspirazioni della società, la semplice presenza di tali aspirazioni e bisogni non incide sull'oggetto dell'interpretazione <sup>(55)</sup>.

La critica si arresta invariabilmente davanti all'elemento linguistico. Il che non è coerente: neanche questo elemento ha un suo fondamento di valore in alcuna realtà oggettiva!

Ma la necessità dell'intervento di elementi soggettivi non si giustifica, e non ha bisogno di giustificazione. Anche l'interprete critico, il quale cerchi di eliminare costruzione, sociologia, ed altri elementi soggettivi e variabili della interpretazione, deve però ad un certo momento, ricorrere ad elementi ugualmente soggettivi <sup>(56)</sup>.

Se nessun elemento può ripetere nè dal diritto, nè da altri principi extrasoggettivi una qualsiasi validità oggettiva, si può però, di fronte a qualsiasi critica, parlare di un indiscusso valore soggettivo di questi mezzi. Fino a che punto si possa parlare di un valore « universale » dei mezzi soggettivi, non può trattarsi qui (vedi § 28).

2. - Escluso, nella sede opportuna (§ 11 n. 5), che la lacuna sia un portato dell'oggetto della interpretazione, è necessario

---

<sup>(54)</sup> WURZEL, op. cit. passim.

<sup>(55)</sup> WINDSCHEID, GORLA.

<sup>(56)</sup> Toro, ad es. significa toro perchè l'interprete pensa che toro abbia quel significato. Ed anche se la legge precisasse, che per toro s'intende quell'animale mammifero artiodattilo ruminante cavicornio, dal corpo tozzo e massiccio ecc., e dalle ampie narici, le varie parole mammifero, ruminante, corpo massiccio, ecc. avrebbero solo quel significato, che ad esso attribuisce l'interprete, in base a tutte le conoscenze che possiede, e che si riflettono nel loro insieme, inseparabilmente, in quella attribuzione.



mostrare come essa origini proprio dal ricorso ai mezzi ermeneutici - non ultimo, la stessa analogia -. Va rilevato al proposito, che, per quanto poveri siano i mezzi ermeneutici, ogni dubbio dell'interprete sulla norma da applicare (lacuna) presenta all'interprete stesso una soluzione relativamente più probabile delle altre. Si può affermare, non già, che la lacuna viene colmata per mezzo della interpretazione estra letterale, ovvero per mezzo della analogia, ma piuttosto che, ove occorra l'interpretazione estraletterale, ovvero l'interpretazione per analogia, si conclude che la norma (in quanto interpretata con il solo sussidio dell'elemento grammaticale - ovvero in quanto interpretata col solo sussidio dell'elemento grammaticale, storico, sociologico ecc., ad esclusione dell'analogia) è « lacunosa » (57).

Il caso è analogo se, essendo pacifico il risultato di una interpretazione condotta con tutti i mezzi, l'interprete, in dubbio sulla liceità del ricorso ad alcuni mezzi, si sforza di prescindere, giungendo ad un nuovo risultato (più conforme ad un'interpretazione cosiddetta letterale). In questo caso la prescrizione da un mezzo contiene in sé le premesse, per la attribuzione di un nuovo significato, non lacunoso, della norma (58).

---

(57) Risulta perciò confusa una distinzione, che pare tanto chiara al DONATI ed alla dottrina comune (DONATI, op. cit., pagg. 28 segg.) fra lacune *de iure condendo* e lacune *de iure condito*; l'interprete è mosso da esigenze metagiuridiche, ma scopre le lacune nel diritto positivo.

(58) A questo caso si può ridurre il fenomeno dell'obbedienza cieca, rilevato da HECK (*Gesetzes* cit., pagg. 203, 204); nel momento, in cui il soldato si libera del pregiudizio, che il contenuto dell'ordine sia in un determinato rapporto con la cosiddetta lettera, nasce la « lacuna », perchè la interpretazione fino a quel momento « *selbstverständlich* » diviene dubbia. A questo dubbio soggettivo si riduce il contrasto, che HECK vuole rinvenire nell'oggetto della dichiarazione, fra due diversi interessi, che premono entrambi sull'interprete.

Delle affermazioni precedenti si hanno tanti esempi, quanti sono i casi di lacuna.

Es.: art. 64 I. libro c.c. 1938. L'Allara <sup>(59)</sup> rileva: « È... strano che il legislatore non abbia accennato alla sorte dei diritti di credito spettanti alla persona dichiarata morta nei casi in cui la dichiarazione di morte abbia come presupposto una delle fattispecie previste dall'art. 57. È certo, tuttavia, che anche in questi casi si debba applicare l'art. 52. La lacuna comunque dimostra ecc... ». È chiaro, che, ove l'interprete ricorra al solo elemento linguistico, la dichiarazione di morte avvenuta dietro i presupposti previsti dall'art. 59 (art. 57 del I libro c.c. 1938, citato dall'Allara) non rilevarebbe ai fini del regolamento dei diritti di credito spettanti alla persona dichiarata morta. Senonchè la storia della norma ed il diritto comparato, e più ancora la valutazione e comparazione degli interessi creano nell'interprete la esigenza, che la considerazione normativa contenuta all'art. 64 (62 nel I libro c.c. 1938 cit.) dettato per il caso di dichiarazione di morte presunta, avvenuta in base al presupposto dell'art. 58 (55 nel I libro c.c. 1938) venga applicata anche nel caso in esame. Le stesse esigenze, che creano la lacuna (ossia: che mostrano l'insufficienza, di una interpretazione condotta con il sussidio della sola lettera) possono poi colmarla; anzi, devono necessariamente colmarla.

Art. 252 I libro c. c. 1938 (art. 254 c. c. 1942). Lo stesso Autore <sup>(60)</sup>, in presenza dell'espresso principio di validità del riconoscimento del figlio naturale, contenuto in un testamento, rivela: « ... Si pone all'interprete l'elegante questione della natura giuridica del riconoscimento contenuto in un testamento, se cioè il riconoscimento sia in tal caso da qualificare una dispo-

---

<sup>(59)</sup> ALLARA: *Il primo libro del nuovo codice civile con particolare riguardo al matrimonio*, litog., Torino 1941, pag. 48.

<sup>(60)</sup> ALLARA, *Il primo libro cit.*, pag. 146.



sizione testamentaria, con tutte le conseguenze che derivano da una tale qualifica... ».

È chiaro, che il dubbio non può neppure sorgere, finchè non si ricorre ai mezzi diversi da quello linguistico. Solo una esigenza di eguaglianza giuridica (fra le disposizioni a causa di morte, ed il riconoscimento, contenuti in un testamento) può inficiare i risultati della interpretazione letterale, ed offrire insieme - com'è ovvio - una precisa soluzione della lacuna, che viene così a sorgere. Senonchè, la comparazione degli interessi, e la persuasione, comunque formatasi nell'interprete, che questa norma abbia per scopo soltanto il regolamento della struttura puramente formale dell'atto di riconoscimento, a prescindere dalla questione che ne possono investire la validità con riguardo alla capacità dell'autore, alla revocabilità ecc., inducono l'interprete ad intendere la norma in tale senso, che coincida con il valore che la medesima ha, se interpretata senza l'ausilio di elementi soggettivi, diversi da quello linguistico.

Art. 227 I libro c.c. 1938 (art. 279 c.c. 1942). Esso recita: « Nei casi previsti dall'articolo precedente, ed in ogni altro caso, in cui non possa più proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, il figlio naturale può agire per ottenere gli alimenti:

1) se la paternità o maternità risulta... ».

L'Allara <sup>(61)</sup> osserva « L'articolo di cui ci occupiamo non ha risolto una questione..., se il diritto agli alimenti concesso alla prole legittima presupponga l'estremo del bisogno ».

Anche qui è chiaro, che la lettera della norma non richiede lo stato di bisogno della prole: la lacuna si apre, quando una comparazione di interessi, od il diritto naturale fanno persuaso l'interprete della probabilità, che il diritto agli alimenti spetti

---

(61) ALLARA, *Il primo libro cit.*, pag. 166 lettera C.

solo alla prole illegittima bisognosa - ed, in base a queste esigenze di giustizia e di conformità al diritto naturale, si offre senz'altro una possibilità di colmare la lacuna.

Ciò, se non si vuol dire invece - come è possibile affermare -, che la comparazione di interessi, il diritto naturale ecc. permettono, attraverso interpretazione analogica delle norme sugli alimenti, di ricavarsi la norma che sancisce il diritto soggettivo della prole illegittima, che si trovi in bisogno, agli alimenti, e che la presenza dell'art. 279 c.c. 1942 interpretato con ricorso all'elemento linguistico apre una lacuna - nel senso che prova l'insufficienza di una interpretazione così poco favorevole alla prole illegittima - e, parallelamente, offre la soluzione adatta a colmare la lacuna.

Si può dunque concludere, che anche l'interpretazione condotta con i mezzi più elementari conduce alla conoscenza di un sistema di norme non lacunoso. Conviene ricordare, al proposito, il passo di Gaio <sup>(62)</sup> sulle antiche *actiones* romane, o l'esempio del diritto inglese primitivo, basato sulle formule delle azioni, interpretate col solo mezzo letterale.

Si è cercato di dimostrare, anzi, che le lacune originano non già da una assenza di mezzi adeguati ad indagare la portata della norma, ma dalla contraddizione fra il risultato di una interpretazione condotta con un numero di mezzi limitato, e la esigenza dell'interprete, che sia presente una norma, con un contenuto dato. La esigenza, che crea la lacuna, è della medesima specie, della esigenza, che la lacuna sia colmata in quel determinato modo, e non in un altro. Ciò prova, che la illiceità e la liceità del mezzo, atto a colmare la lacuna, è, per altro verso, illiceità dei mezzi atti a provocarla od a scorderla.

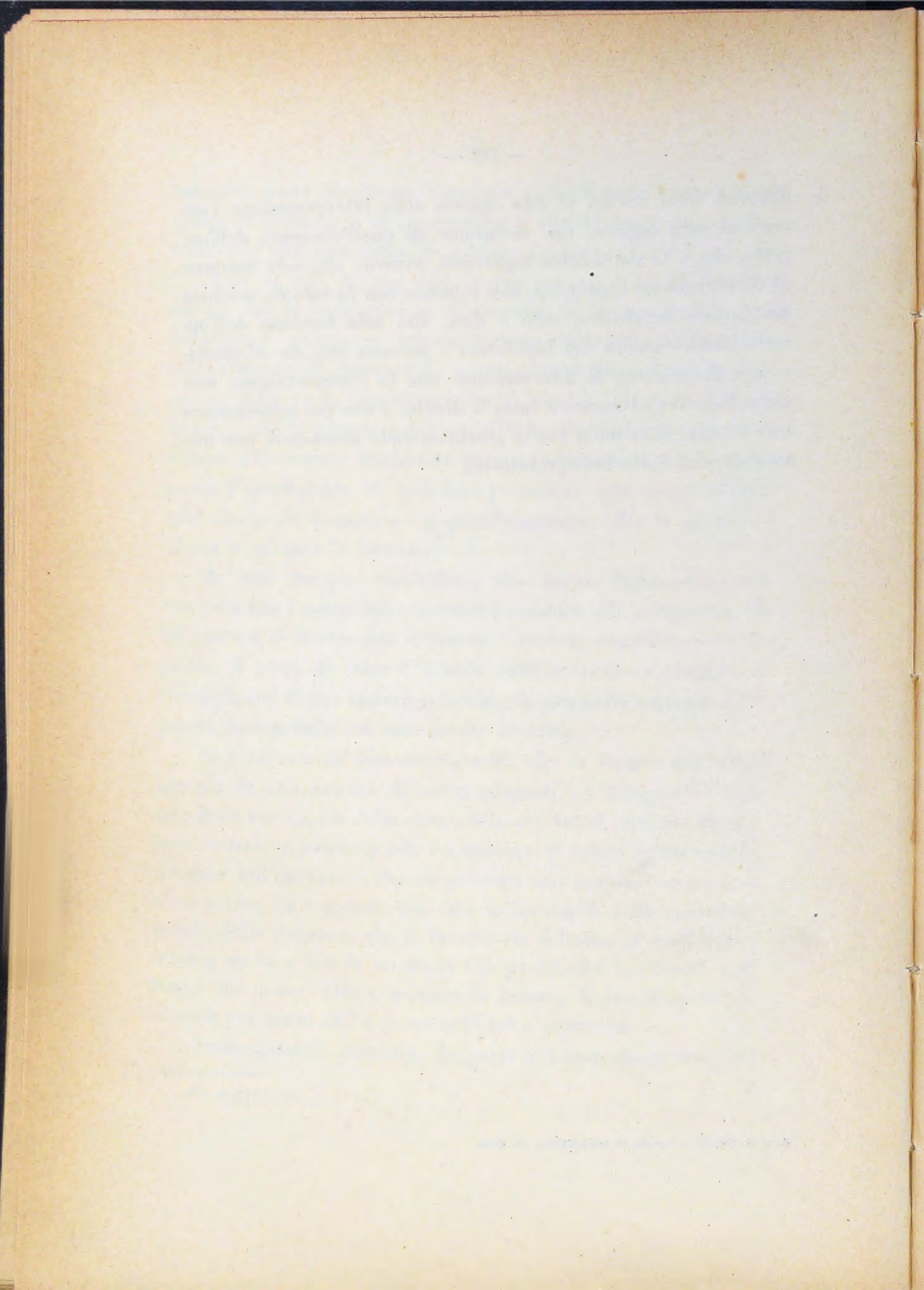
Sembra perciò scorretta, da parte dei sostenitori della ri-

---

<sup>(62)</sup> GAIUS IV, 11.



duzione della norma al solo oggetto della interpretazione (ovvero al solo oggetto, con esclusione di quell'elemento dell'oggetto, che è la sistematica legislativa, ovvero: alla sola frazione di dichiarazione legislativa, che coincide con la volontà psichica del fattore legislativo, vale a dire, alla sola frazione dell'oggetto della volontà del legislatore - persona che sia adeguatamente dichiarata), la affermazione, che la interpretazione non sia sufficiente ad esaurire tutto il diritto, e che per conseguenza una ampia sfera della realtà giuridica vada conosciuta con metodi diversi dalla interpretazione.





#### PARTE IV.

### LA NATURA DELL'ATTO ERMENEUTICO

#### § 23. - *LA FORMULAZIONE DOMMATICA DELLA NATURA DELL'ATTO ERMENEUTICO.*

1. - Le indagini preparatorie fin qui svolte permettono ormai di giungere ad una formulazione conclusiva, in merito alla natura dell'atto ermeneutico: si tratta di un atto non giuridico, e non soggetto a norme giuridiche (vedi §§ 2 e 3), necessario per dare un significato alla dichiarazione legislativa, che altrimenti non l'avrebbe (vedi §§ 6 e 7); è un atto spirituale, conoscitivo (almeno nella fase finale; in fasi precedenti vi sono atti sensoriali), consistente non in un sillogismo, ma nella recezione di una dichiarazione, a cui esso attribuisce un significato. Tale atto di attribuzione postula una conoscenza del valore delle parole del testo di legge; questa conoscenza non è possibile, se l'interprete non tiene conto di tutta una serie di cognizioni, e persuasioni nelle quali si trasfondono fatalmente una serie di aspirazioni e di sentimenti.

Ove l'interprete rinunciasse ai suoi mezzi ermeneutici, non si potrebbe affatto dire, che la norma esista, ma non è conosciuta. Più propriamente, essa non esisterebbe del tutto; infatti non si potrebbe ritrovare un qualsiasi carattere di giuridicità in una norma simile; nè l'applicazione di fatto, nè la coercibilità, ecc.

La fonte del diritto è dunque una dichiarazione la quale non può non avere un destinatario, che la intenda. La creazione della norma consta di due momenti: un atto di espressione, un atto di recezione della dichiarazione <sup>(1)</sup>.

Si spiega anche così l'impossibilità che l'interprete abbia doveri giuridici: l'interpretazione non attende giustificazioni del suo procedere dal diritto, perchè avanti l'interpretazione non sussiste il diritto.

Può sorgere la questione, come possa la interpretazione creare il diritto. È questa una questione identica all'altra, come possa una dichiarazione normativa creare diritto <sup>(2)</sup>.

Al lume di queste considerazioni, appare artificiosa la distinzione fra norme contraddittorie, oscure, accompagnate da divergenza tra volizione e dichiarazione del legislatore, e norme chiare ed univoche <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> A proposito del primo atto KELSEN, in *Hauptprobleme*, cit. pag. 465, dice che la attività rivolta alla produzione delle volontà dello Stato non va considerata come funzione dello Stato, ma come un accadimento sociale. Ma ciò può a pari ragione dirsi dell'atto successivo.

<sup>(2)</sup> KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pag. 334, parla di « eine für die juristische Konstruktion nicht erfassbare Tatsache », o addirittura di « ein Mysterium ».

<sup>(3)</sup> Cfr. invece KELSEN, *La dottrina*, cit. pag. 31: « In tutti questi casi (di dubbio sul valore della norma) si presentano parecchie possibilità di esecuzione. La norma, che deve essere eseguita, forma, in tutti questi casi, soltanto uno schema entro il quale sono date parecchie possibilità di esecuzione, ed ogni atto che si tiene entro questo schema e lo riempie in



Appare difficile configurare un dubbio sul valore della norma, se non lo si riduce alla figura di dubbio soggettivo dell'interprete sul valore della norma. E sembra doversi ammettere che, se l'elemento soggettivo dell'interpretazione è idoneo a rendere dubbia la portata della norma, è idoneo altresì a risolvere il dubbio. Quanto all'affermazione, che la norma dubbia contenga un rinvio alla volontà del giudice, essa è compatibile con gli schemi dogmatici ammessi dalla presente trattazione (vedi § 24 in tema di creazione del diritto ad opera dell'interprete), se la si svincola dal presupposto della rigida distinzione fra norma chiara e norma dubbia.

Se Kelsen afferma che « la teoria comune della interpretazione... presenta il processo di questa interpretazione, come se si trattasse dell'atto intellettuale di chiarificazione e di comprensione, come se... con un puro atto mentale, si potesse scegliere esattamente, nel senso del diritto positivo, tra le varie possibilità che corrispondono al diritto positivo » <sup>(4)</sup>, va affermato che quell'interprete, il cui intervento è necessario, secondo la concezione affermata dalla presente trattazione, per stabilire quali sono i limiti delle « varie possibilità che corrispondono al diritto positivo » può anche, con il medesimo fondamento, dare

---

un senso possibile qualsiasi è conforme alla norma ».

Cfr. anche SCHREIER, op. cit., pagg. 67, 68, e la sua inaccettabile partizione fra casi, in cui volontà ed espressione del legislatore coincidono, casi in cui la volontà coincide con uno dei significati della dichiarazione ambigua, casi in cui la dichiarazione coincide con uno dei significati possibili della volontà, casi in cui uno dei significati possibili della dichiarazione coincide con uno dei significati della volontà, e casi in cui nessuna di queste corrispondenze sussiste.

In questa trattazione non si ammette in alcun caso la figura della divergenza fra la portata della dichiarazione, e la portata della volontà legislativa (vedi § 8 e § 29).

<sup>(4)</sup> KELSEN, *La dottrina*, cit., pag. 40.

alla norma un valore rigorosamente univoco (restando impregiudicata la questione di fatto, se nei singoli casi la norma ammetta o meno una certa discrezionalità dell'atto di esecuzione).

Ciò che qui preme di affermare è che da un canto proprio quel diritto, che l'esecutore non può sorpassare, non sussiste, se non come norma creata concorrentemente da una dichiarazione legislativa e da un intervento dell'interprete <sup>(5)</sup>, e che, d'altro canto, l'interprete conosce tutta la norma (nella sua formulazione necessariamente astratta ma perfettamente conclusa), e che ogni cosiddetta indeterminatezza o imprecisione delle norme non riguarda se non le modalità irrilevanti, od equivalenti tra di loro, dell'atto di esecuzione <sup>(6)</sup>.

Accanto alla questione, come possa l'atto ermeneutico concorrere alla creazione del diritto può sorgere un'altra più grave questione: se il significato della norma, condizionato al valore che alle parole dà l'interprete, varî a seconda dei varî interpreti,

---

<sup>(5)</sup> Conforme SCHREIER, op. cit., pag. 6; a proposito di una pretesa necessità d'una delega legislativa all'interprete ai fini della validità dell'interpretazione, cfr. EPHRUSSI, op. cit., pagg. 132 segg. e MERKL, op. cit., pag. 536, e *Das doppelte Rechtsantlitz*, in *Jur. Bl.* 1918, pag. 126.

<sup>(6)</sup> Che ciò non appaia al KELSEN, può non apparire strano, solo constatando, che egli non si occupa mai della interpretazione, ma solo della scelta del modo più opportuno di applicare il diritto, comunque poi egli voglia chiamarla: fino a dire (op. cit. ivi): « La necessità di una interpretazione risulta proprio dal fatto che la norma da applicarsi... lascia aperte varie possibilità... »; e più esplicitamente: « L'idea... per la quale, a mezzo d'una qualsiasi conoscenza del diritto vigente, si potrebbe estrarre la determinazione non ancora effettuata della norma più elevata, che deve essere applicata... è contraddittoria, perchè è contro il presupposto della possibilità d'una interpretazione ».

Poichè va negato che una norma esista avanti all'interpretazione (in senso proprio), è chiaro che, identificando la interpretazione (in senso proprio) con la interpretazione kelseniana, si dovrebbe negare la esistenza della norma



fino al punto da permettere all'interprete vivente ad es. in Italia, oggi, di interpretare a modo suo un diritto storico, od un codice straniero scritto in una lingua a lui ignota.

Tale questione, già affiorata parlando delle norme sulla interpretazione, e della irrilevanza della dichiarazione normativa non interpretabile, va risolta ricordando che tanto vale, domandarsi se un atto è o non è interpretazione, come domandarsi se l'oggetto dell'atto è o non è una norma. La cosiddetta interpretazione errata, non è, a rigore, una interpretazione, perchè non ha per oggetto alcuna norma: la intenzione (del soggetto dell'atto) di interpretare, è ai fini nostri, irrilevante.

Ne consegue, che una norma sussiste, (ossia, che l'atto ermeneutico adempie alla sua funzione creativa), solo nel caso, che la interpretazione non sia errata.

Per la definizione della interpretazione esatta, ed errata, vedi § 28.

2. - Ottenuta una sufficiente determinazione dei caratteri dell'atto ermeneutico, giova istituire un paragone, tra esso ed altri atti, che una serie di Autori suole contrapporgli, al fine di stabilire quali siano i caratteri simili, e le specifiche differenze delle varie operazioni di pensiero, che avrebbero, come nota comune, lo scopo di individuare il contenuto di una norma, o la natura giuridica di una proposizione.

Va premesso che una medesima parola può venire usata, in questa delicata materia, da Autori diversi con significati diversi; e che, spesso, le considerazioni svolte dalla dottrina intorno a soggetti così fondamentali dovrebbero venire confutate insieme con le loro premesse, che concernono i problemi fondamentali della stessa teoria generale del diritto, od involgono perfino presupposti matagiuridici.

Fra le operazioni, di cui dovrà essere fatto cenno, possono essere ricordate, oltre alla interpretazione della norma (Inter-

pretation, o Auslegung nella dottrina tedesca), da intendersi nel senso sopra definito: a) una indagine, ed un giudizio, sulla esistenza, e sulla validità della norma; b) una analogia, distinta dalla interpretazione vera e propria (ammessa dalla dottrina comune); c) un ricorso di principî, distinto dall'analogia; d) una integrazione (Ergänzung), che può identificarsi o meno con la analogia (anch'essa è ammessa dalla dottrina comune); e) uno sviluppo del diritto (Rechtsentfaltung); f) una ricerca del diritto; cui segue: g) un reperimento, od una conquista, del diritto (Rechtsfindung, Rechtsgewinnung); h) una creazione del diritto (Rechtserschöpfung, Rechtsbildung); i) una costruzione (Konstruktion), come più ampia elaborazione concettuale e teleologica del senso della norma (da non confondersi con la pura concettualizzazione); l) una generalizzazione; m) una proiezione dei concetti, ecc., oltre a sottospecie di queste categorie - elaborazione interpretativa, intelligenza, chiarificazione (Verstehen, Deutung) <sup>(7)</sup> della norma.

È abbastanza chiaro, che ciascuna di quelle operazioni non si presenta come contrapposto dell'interpretazione in ciascuno dei due significati che tale parola può avere, ossia, da un canto, di atto, che, secondo l'espressione volgare, ricerca il senso della norma ed ha per oggetto - secondo le considerazioni svolte in questa trattazione - la dichiarazione legislativa (la quale può essere sentita e conosciuta, od ignorata, ma non può essere, in senso stretto, nè modificata, nè applicata), e di atto, che dispiega, ed ha per oggetto, la norma vera e propria, la quale può essere intesa, creata, modificata, integrata, ecc. (per tale distinzione di oggetti, vedi § 5).

Si può perciò discutere se la norma vada interpretata, o integrata, o creata o rinvenuta dall'interprete, e, viceversa, se l'operazione, presupposta da questa integrazione, creazione o

(7) Le due ultime categorie sono proposte dal WACH.



rinvienimento sia a sua volta ancora interpretazione, o ricerca, o ricorso all'analogia, o prescrizione della fonte formale; non avrebbe senso, porre su un medesimo piano il ricorso all'analogia e l'integrazione, e contrapporli l'uno all'altro, perchè il ricorso all'analogia può appunto intendersi come atto, che sfocia in una interpretazione, o come atto, che sfocia in una integrazione della norma.

3. - In ogni caso, l'eccessiva ricchezza della serie di operazioni accennate induce, per evitare distinzioni superflue o seolastiche, ad una revisione dei concetti.

a) La indagine, ed il giudizio, sulla esistenza e sulla validità di una norma, non si differenziano da quella indagine e da quel giudizio sul contenuto della norma medesima, che si presentano come interpretazione in senso proprio (nei due aspetti, che vengono volgarmente detti di ricerca e spiegamento del contenuto della norma). Il risultato della ricerca sulla esistenza e sulla validità (ricerca unitaria, non potendosi concepire una norma valida ed inesistente, nè una norma esistente ed invalida) consiste necessariamente in un giudizio, il cui predicato è « esiste », « è valido », ed il cui soggetto non può essere altro, che il contenuto della norma. Poichè non può darsi un giudizio, il cui soggetto sia ignoto (anche trattandosi, come nel caso in esame, di giudizio a *posteriori*, o sintetico), si conclude per la impossibilità di una affermazione, preliminare rispetto all'interpretazione, della validità di una norma. In presenza di una dichiarazione promulgata nelle forme stabilite, il cui contenuto sia da interpretarsi, non si potrà, ad es., dire: la norma in essa contenuta è valida; infatti nella dichiarazione promulgata non esiste necessariamente una norma giuridica <sup>(8)</sup>.

---

(8) Cfr. i casi di parole, che non possono formulare un dovere giuridico, perchè ordinano comportamenti impossibili, necessari, incoercibili, o perchè suscettibili di interpretazione abrogativa ecc.

Reciprocamente, è impossibile che una norma si interpreti, ignorandone la esistenza: non per l'impossibilità di concepire logicamente un soggetto staccato dal suo predicato, ma perchè se il soggetto è inesistente od invalido cessa di essere un contenuto di norma e non è oggetto di interpretazione giuridica.

La indagine sulla validità della norma differisce dunque dalla interpretazione della medesima, solo nel senso, in cui una parte differisce dal tutto.

b) Il procedimento per analogia è considerato mezzo ermeneutico (vedi § 20), o mezzo di integrazione, a seconda che si creda, che il processo in esame colga una portata propria della norma <sup>(9)</sup>, ovvero, che aggiunga alla norma qualcosa di cui essa va priva <sup>(10)</sup>. Si è già presa posizione, in questa trattazione, per una ammissione dell'analogia fra i mezzi ermeneutici: in casi particolari, in cui non dovesse considerarsi consentita, dato il contenuto della dichiarazione interpretanda, essa potrebbe anche presentarsi come una prescrizione della dichiarazione stessa, e sfocerebbe in un caso di creazione di norme, figura di cui si discuterà tra breve.

c) Il ricorso ai principî, presentato dalla dottrina comune come sottospecie dell'analogia, è considerato da taluno come un procedimento autonomo <sup>(11)</sup>.

Va però affermato, che non si comprende quale sia il carattere specifico del principio, in confronto della norma (intesa come schema di diritti e doveri) <sup>(12)</sup>. Non può venire in con-

---

<sup>(9)</sup> Come ritengono, oltre alla dottrina più antica, il GORLA ed il BOBBIO opp. citt.

<sup>(10)</sup> Come sostennero per primi lo JHERING (*Geist* cit. II, 2, pagine 342-343, il DERNBURG, il REGELSBERGER.

<sup>(11)</sup> Cfr. soprattutto GIANNINI, *L'analogia* cit., passim.

<sup>(12)</sup> Principî vale qui, ovviamente, « principî di diritto positivo », e non, principî di altra natura.



siderazione nè la distinzione fra diritto scritto e non scritto <sup>(13)</sup>, nè la figura del silenzio delle fonti formali, ecc. <sup>(14)</sup>.

d) Mentre l'analogia viene confrontata (anzi identificata o distinta come una parte si distingue dal tutto) colla interpretazione come ricerca (ossia come mezzo), si contrappone invece alla interpretazione come dispiegamento della norma (o come atto conclusivo della ricerca) la integrazione, attività che giungerebbe ad una modifica della norma, ai fini di ripararne le manchevolezze e le lacune.

Senonchè la distinzione fra una creazione *ex novo* ed una modifica della norma, è in ogni caso puramente fittizia. Qualsiasi modifica della norma si deve ridurre ad uno di questi casi: applicazione (rispettivamente, disapplicazione) di una considerazione normativa A alla fattispecie x, mentre la norma « vuole » tale applicazione solo nei casi a, b, c; (rispettivamente, « vuole » tale applicazione nei casi a, b, c, x); applicazione (rispettivamente, disapplicazione) alla fattispecie a, della considerazione normativa x, mentre la norma « vuole » la sola applicazione delle considerazioni normative A, B, C, (rispettivamente « vuole » l'applicazione delle considerazioni normative A, B, C, X). creazione di norme <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Lo stesso GIANNINI riconosce, *L'analogia cit.*, 1942, pag. 47: « Ai fini dell'analogia è quindi indifferente che il principio sia espresso od inespresso: del resto il principio inespresso non è norma differente dalle altre ».

<sup>(14)</sup> Preziosa l'affermazione del GIANNINI, *L'analogia cit.*, 1942, pag. 73: « Quando si abbia analogia e quando ricorso ai principî non può perciò determinarsi con alcun criterio: la scelta dipende, con una varietà infinita di casi, dalla formulazione delle ipotesi normative subordinate a principî, dalla formulazione di questi, dal loro rapporto gerarchico, dal loro valore qualificatorio ».

<sup>(15)</sup> Ad es., se si ritenesse, che per c. c. 1865, in caso di contratto simulato, la controdi chiarazione fatta per privata scrittura fosse oppo- ni-

È ovvio che la distinzione fra la norma A e la norma B è puramente convenzionale ed arbitraria. Essa non coincide con quella fra più articoli del codice. L'unica realtà giuridica è l'insieme dei doveri giuridici. La norma, che ne è una semplice enunciazione, viene distinta da tutte le altre norme, secondo le esigenze dell'economia del pensiero e dell'espressione.

Ciò prova, che è ingenuo distinguere modifica da creazione di norma, con distinzioni, che non vogliano avere un valore assolutamente empirico.

Da ciò consegue, che la cosiddetta integrazione non può avere il risultato di modificare la norma, ma solo quella di crearla *ex novo*.

Dimostrato che non esiste differenza tra modifica e creazione di norma, basterebbe ciò, per escludere anche la autonomia del concetto di integrazione rispetto alla creazione. La persuasione, comune ad alcuni specialisti ed alla dottrina comune, che neppure la sottomissione rigorosa del giudice e dell'interprete al diritto possano impedire la integrazione (mentre diverso discorso si suol tenere intorno alla libera creazione), induce ad una più ampia dimostrazione.

Tutti gli Autori che distinguono l'interpretazione dalla ricerca del diritto, o dalla integrazione, partono, confessatamente o no, dal presupposto, che l'interpretazione in senso proprio

---

bile, per la portata intrinseca della norma, alle sole parti contraenti, ed, in seguito alla modifica operata dall'interprete, anche ai terzi di mala fede, è chiaro che tale modifica si ridurrebbe alla creazione di una norma (la controdi chiarazione fatta per privata scrittura è opponibile ai terzi di mala fede), ed alla eliminazione di un'altra norma (norma ricavata per deduzione logica dall'art. 1319, e che si potrebbe esprimere così: La controdi chiarazione fatta per privata scrittura non può avere effetto che fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale, anche quando il terzo interessato sia in malafede).



abbia per oggetto l'atto di volizione della persona fisica del legislatore <sup>(16)</sup>.

Poichè la maggioranza dei seguaci della teoria della volontà ondeggiava, con maggior o minore coerenza, tra le due concezioni del diritto come atto di volontà, e del diritto come norma o criterio di decisione, oggetto di una conoscenza dell'interprete, è difficile negare, che la concezione di una integrazione (la quale, in assenza di una norma giuridica, crei essa stessa diritto senza che il diritto deleghi all'interprete il potere occorrente), è solo la concezione, contraddittoria, che si presenta come conseguenza della confusione e dell'equivoco, contenuti nella premessa.

È chiaro, che ciò che si è detto della integrazione può dirsi a sua volta della elaborazione interpretativa (figura presentata dal Giannini per classificarvi *interpretatio* romana, interpretazione del Common law inglese, e interpretazione epieicheitica del diritto canonico).

È poi chiaro, che i cosiddetti mezzi di integrazione, quando anche non si riducono all'analogia, possono ridursi in ogni caso, a seconda dei vari ordinamenti giuridici, a mezzi ermeneutici veri e propri, ad elementi di rinvio delle fonti formali, ad elementi irrilevanti, a cui attinge l'interprete ai fini della creazione (così si dica del diritto naturale, del diritto romano, dell'equità, della buona fede, della natura dei fatti).

e) Lo sviluppo del diritto, come atto che ottiene ul-

---

<sup>(16)</sup> Ad es. GIANNINI, per cui (*L'interpretazione* cit., pag. 37) « in campo giuridico... oggetto dell'interpretazione è sempre una esternazione di volontà... » afferma (pur negando di voler dare una definizione dell'integrazione), che essa è l'operazione « con cui si ricerca una proposizione giuridica, onde completare una volontà insufficientemente formata o manifestata... a differenza dell'interpretazione che consiste nell'intendere la portata giuridica di una volontà, ed è recettiva, essendo invece l'integrazione... innovativa » (op. cit., pag. 37).

teriori proposizioni giuridiche da una norma valida, ossia come elaborazione del senso ottenuto <sup>(17)</sup>, sarà interpretazione finchè la proposizione si deduce, induce o inferisce dalla norma, e sarà creazione di diritto, quando si ottenga diversamente.

f) g) Quanto alla ricerca del diritto, che la *Freirechtsschule* distinse per la prima dall'interpretazione, è addirittura termine amplissimo, che ricomprende l'attività ermeneutica esercitata sulla dichiarazione normativa, e quella attività, che si esercita prescindendone. È l'operazione, per mezzo della quale si addiviene ad un ritrovamento, od ottenimento del diritto - altro termine amplissimo, che comprende tanto l'interpretazione (come atto esclusivo della ricerca), quanto la creazione *ex novo*, ad opera dell'interprete, della norma.

Questi concetti generalissimi non verranno più in considerazione, non essendo opportuno, in sede di contrapposizione tra interpretazione e concetti diversi, invocare categorie più ampie, in cui i concetti opposti possono parimenti essere ricompresi.

h) Di tutte le operazioni elencate retro, mantiene la sua autonomia, rispetto alla interpretazione, la sola operazione di creazione di norma, a cui si riconducono alcuni dei tipi di atti elencati. Poichè la « creazione » si pone sul piano dell'« interpretazione », intesa come risultato di una ricerca del diritto, va notato che la ricerca stessa può essere definita nel caso della creazione del diritto soltanto in modo negativo, come precisazione dalla dichiarazione legislativa, mentre una descrizione positiva ci rivelerebbe, che essa si esercita sulle necessità sociali, o su qualsiasi ideale politico, il quale ottenga il consenso o la approvazione dell'interprete creatore.

<sup>(17)</sup> SCHREIER, op. cit., pagg. 39-40, e pag. 44, propone come esempio il caso in cui dal divieto di un negozio se ne inferisca la nullità.



i) l) Dopo aver trattato il problema della proiezione dei concetti come mezzo ermeneutico (vedi § 13 n. 2) sarà sufficiente notare che il processo di proiezione, come processo ermeneutico, si può configurare secondo lo schema adottato per la analogia.

Lo stesso può dirsi, a proposito della generalizzazione <sup>(18)</sup>.

Quanto alla *Konstruktion*, nel senso proposto dal Radbruch (cioè, come elaborazione concettuale e teleologica del diritto), essa è mezzo utile ai fini della scienza concettuale del diritto (vedi § 4), ovvero si riduce, malgrado tutto, allo schema della interpretazione.

§ 24. - LA CREAZIONE DEL DIRITTO AD OPERA DELL'INTERPRETE.

1. - Da più parti, ad opera di filosofi e giuristi di tendenze diverse, si moltiplicano le affermazioni, che l'interprete sempre, od in determinati casi, crei diritto.

Lasciando impregiudicato su un piano filosofico il problema, se egli non faccia altro, in qualsiasi caso, che creare <sup>(19)</sup>; sul terreno della dogmatica giuridica, è opportuna una chiarificazione.

La dichiarazione del diritto *contra legem*, o *praeter legem* (il che, giusta le decisive osservazioni del Donati, è la stessa cosa) ad opera dell'interprete, non va confusa con il caso del rinvio in bianco, operato dalla norma, alla valutazione del giudice, nè con il caso di una delega del potere legislativo all'autorità normalmente preposta alla giurisdizione, nè con il caso, viceversa, in cui un'attività dell'autorità giurisdizionale risulti ingiustificata, od irrilevante, dal punto di vista giuridico. Nep-

<sup>(18)</sup> Procedimento caro ad EHRLICH, cfr. op. cit. passim.

<sup>(19)</sup> In quanto la norma, all'atto dell'interpretazione, si riduce ad un pensato, la cui unica forma è una forma soggettiva relativa allo spirito dell'interprete.

pure il caso della consuetudine (vedi § 25 n. 2) può in questa sede interessare.

Oltrechè di una creazione operata dall'interprete come tale, si parla (promiscuamente o disgiuntamente), di una creazione operata in sede di applicazione della norma.

2. - Come si distinguano l'interpretazione e l'applicazione, e quali siano i reciproci rapporti dei due atti, può apparire solo tenendo presenti le considerazioni seguenti.

Secondo la dottrina dominante, il giudice, nell'atto di applicare il diritto, formulerebbe un sillogismo, la cui premessa maggiore sarebbe data dalla norma giuridica, e la minore, dal verificarsi dell'ipotesi prevista dalla norma <sup>(20)</sup>. Tale applicazione presuppone la conoscenza della norma, e quindi, ovviamente, l'interpretazione.

Ma, se la norma si rivolge per la sua applicazione non solo al giudice, ma anche al consociato, ed il consociato applica di continuo la norma, anche senza conoscerne il contenuto, e se, infine, non è concettualmente impossibile che il giudice stesso applichi una norma che in realtà non conosce <sup>(21)</sup>, è opportuno

---

<sup>(20)</sup> Se poi per inferire dalla prova il verificarsi della fattispecie il giudice debba ricorrere ad altri sillogismi, la cui maggiore sia una massima di esperienze, può rimanere qui impregiudicato. Comunque non si vede come queste massime possano essere considerate esse stesse norme giuridiche di natura processuale (vedi conforme CALOGERO, op. cit., pagg. 75 e 109, GIANNINI, *L'interpretazione* cit., pagg. 51 segg.; contra STEIN, op. cit.; PAVANINI: *Massime d'esperienze e fatti notori*, in *Corte di Cassazione, Riv. di dir. proc.* 1932, I, pag. 247 e con limitazioni ed attenuazioni WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung in Festschrift für A. Wachs* Lipsia 1913, pagg. 405-448, e MANIGK, *Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärung mit Beiträgen zur Methodik der Rechts und Tatfrage*, in *Die Reichsgerichtspraxis in deutschem Rechtsleben* IV, Berlino 1929, pagg. 157-160.

<sup>(21)</sup> L'obbligo della motivazione della sentenza è cosa di determinati



tener distinta una applicazione del diritto, consistente in una pura operazione mentale, intesa a far rientrare nella categoria dei comportamenti o fatti considerati dal diritto, un particolare comportamento o fatto (operazione mentale, che si rileva essere la cosiddetta sussunzione, e consistere nel sillogismo, di cui si è fatto cenno), da un'altra applicazione, consistente in un comportamento conforme al diritto, ed indipendente dal sillogismo <sup>(22)</sup>.

Applica il diritto in quest'ultimo senso chiunque sia soggetto all'ordinamento giuridico; nel primo senso può applicarlo anche chi non è soggetto, purché operi sussunzioni. È chiaro, infine, che il giudice ha l'obbligo di applicare il diritto nell'ultimo senso <sup>(23)</sup> e che a tal fine gli occorre applicarlo nel primo <sup>(24)</sup>.

Accettata questa distinzione, resta chiarito, che solo della applicazione come sussunzione può parlarsi, ove si voglia affermare, che essa presuppone la conoscenza - ed ovviamente la interpretazione - della norma. Quanto alla applicazione come esecuzione, essa è un atto conforme al diritto, che tuttavia non presuppone una conoscenza del medesimo.

---

diritti positivi, e del resto non sarebbe argomento definitivo, anche se la motivazione fosse vero presupposto logico della sentenza.

<sup>(22)</sup> Non viene qui in considerazione la « applicazione » nel senso di ricorso del legislatore ad un principio ispiratore (ad es. applicazione della teoria dell'affidamento in tema di errore vizio nell'art. 1427 c.c.).

<sup>(23)</sup> E lo applica nel cosiddetto momento imperativo. Che la applicazione in questo senso sia atto diverso dal ragionamento, non tocca, com'è chiaro, la presente costruzione dell'applicazione. Sul gioco dell'intelligenza e della volontà del giudice vedi le diverse opinioni del BUELOW, op. cit., CHIOVENDA, *Principi* cit. § 2, II, CALOGERO, op. cit., n. 45, 49, 50, ecc., CALAMANDREI, *Il Giudice*, cit. pagg. 118, 120; CROCE, in *Critica* 1937, pag. 376, Recensione all'op. del CALOGERO; ROCCO, *Sentenza civile*, pag. 135.

<sup>(24)</sup> Questa è una pura occorrenza di fatto.

3. - Che la esecuzione abbia a sua volta una funzione normativa in senso lato, inoltre, che essa, per volere della norma, possa essere compiuta con una discrezionalità maggiore o minore, tutto ciò può rientrare benissimo negli schemi di questa trattazione <sup>(25)</sup>. E purchè non si ancori la teoria della possibilità di più esecuzioni diverse ed esatte, in confronto di una unica norma, alla opinione kelseniana sulle possibilità di una obbiettiva oscurità o contraddittorietà della norma, si può lasciare insoluta, perchè questione de *jure condito*, la controversia sulla maggiore o minore larghezza, con cui ad ogni singola norma può essere data esecuzione <sup>(26)</sup>.

D'altronde, corrette alcune improprietà di linguaggio, si rende accettabile la opinione, che l'Ascoli definisce come propria dei filosofi attualistici: « La interpretazione crede di essere applicazione, ed invece è creazione, crede di essere deduzione

---

<sup>(25)</sup> Possono così essere accettate le conclusioni cui giunge KELSEN in tema di Interpretation, muovendo dal principio della struttura per gradi dell'ordinamento giuridico; e del pari quelle dell'ASCOLI ed altri filosofi, in tema di interpretazione; quando si premetta (cfr. anche GORLA pag. 24 op. cit.) che questi Autori chiamano interpretazione la applicazione nel senso di esecuzione.

<sup>(26)</sup> In questo senso è anche possibile ammettere che « se si intende (KELSEN, *La dottrina*, cit., pag. 40) come interpretazione la constatazione del senso della norma che deve essere eseguita, allora il risultato di questo atto può essere soltanto la constatazione dello schema che rappresenta la norma da interpretare, e, con ciò, il riconoscimento delle varie possibilità che sono date entro questo schema. In tal caso, l'interpretazione di una legge non deve condurre necessariamente ad un'unica decisione come la sola esatta, ma bensì, possibilmente, a diverse di queste, che hanno tutte il medesimo valore, solo in quanto corrispondono con la norma da applicarsi, anche se una soltanto di esse, nell'atto della sentenza giudiziaria, diventi diritto positivo » (trad. TREVES).



della norma applicata al fatto, e invece è elevazione del fatto a norma, secondo le esigenze empiriche <sup>(27)</sup>».

La continua confusione tra interpretazione ed applicazione (rilevata perfino in un giurista così amante dell'esattezza, come Kelsen), è evidente nella proposizione dell'Ascoli, ispirata alla concezione kelseniana delle norme disposte in gradi: «La interpretazione delle norme supreme dello Stato è creazione di altre norme, secondo il solito processo dell'interpretazione che è creazione» <sup>(28)</sup>.

È poi suscettibile della sola valutazione filosofica, e non di un apprezzamento dal punto di vista della dogmatica giuridica, l'affermazione della funzione normativa di ogni atto esecutivo <sup>(29)</sup>.

È sufficiente precisare al proposito, che, se l'atto esecutivo crea una norma, tale norma non è, in ogni caso, quella applicata dal soggetto nell'atto esecutivo <sup>(30)</sup>.

4. - Negato, che la natura dell'atto di esecuzione interessi in tema di creazione del diritto ad opera dell'interprete, resta da analizzare la possibilità di una creazione del diritto attraverso all'atto ermeneutico, ed attraverso all'applicazione come operazione logica.

I problemi che ne sorgono appartengono, com'è ovvio, alla teoria generale del diritto.

Il problema del diritto creato in sede di interpretazione

---

<sup>(27)</sup> ASCOLI, op. cit., pag. 51.

<sup>(28)</sup> ASCOLI, op. cit., pag. 104.

<sup>(29)</sup> ASCOLI, op. cit., pag. 100.

<sup>(30)</sup> Un dubbio potrebbe venire affacciato da chi riducesse il diritto al dato di fatto, della sua esecuzione ed applicazione (vedi § 28 n. 2). Ma anche in questo caso la norma (determinata dalla applicazione come è operata dalla suprema magistratura giudicante) sarebbe eteronoma rispetto agli altri consociati.

può essere trattato sotto il duplice aspetto se sia dogmaticamente costruibile un diritto non riducibile a norme promananti dalle fonti formali <sup>(31)</sup>, e se esso diritto sia positivamente ammesso in un determinato ordinamento.

Poichè la fonte formale è quella esteriore all'interprete, quella non formale sussisterà relativamente al solo interprete. Ne risulta, che ogni interprete sarà in grado di fare il diritto secondo indagini proprie, a meno che non si voglia ridurre l'interprete alla figura dell'interprete giudicante od. esecutore (nel qual caso non avrebbe più luogo una creazione di norma ad opera sua, ma solo si avrebbe una discrezionalità nell'esecuzione della norma), od ammettere una doppia realtà giuridica (di fronte all'interprete in generale - di fronte all'interprete esecutore). Nessuno degli assertori della tesi in esame si è curato di affrontare questo problema, la cui soluzione potrebbe ispirarsi agli schemi presentati nella presente trattazione in tema di criterio di esattezza della interpretazione (vedi § 28).

Possono essere esaminati, fra i sostenitori della creazione del diritto ad opera dell'interprete, per tacere del Menger <sup>(32)</sup>, del Kohler <sup>(33)</sup>, del Cruet <sup>(34)</sup>, del Mornet <sup>(35)</sup>, del Radbruch <sup>(36)</sup>, dello Stampe <sup>(37)</sup>, dello Stammler <sup>(38)</sup>, del

---

<sup>(31)</sup> Sia ben chiaro, che ogni altro problema, relativo alla sistematica delle fonti, non ha nulla a che vedere con il problema dell'indipendenza dell'interprete di fronte alla fonte formale.

<sup>(32)</sup> MENGER, op. cit.

<sup>(33)</sup> KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlino 1904, soprattutto §§ 24, 25, pagg. 78-85, §§ 38, 43, pagg. 122-145.

<sup>(34)</sup> CRUET, op. cit.

<sup>(35)</sup> MORNET, op. cit.

<sup>(36)</sup> RADBRUCH, *Rechtsphil.*, cit., e *Rechtswissenschaft*, cit.

<sup>(37)</sup> STAMPE, *Monografie*, cit.

<sup>(38)</sup> STAMMLER, op. cit.



Rumpf <sup>(39)</sup>, del Mayer <sup>(40)</sup>, e dello stesso Kantorowicz <sup>(41)</sup>, il Géný, il Wurzel, e lo Ehrlich.

Il Géný divide la categoria « direttive del giurista » in due classi: da un canto, « le fonti formali » (definite « ingiunzioni d'autorità, esteriori all'interprete ed aventi qualità per comandare al suo giudizio », e identificate con legge, consuetudine, dottrina), e, le « ispirazioni della sua coscienza individuale ». Troppo significativa la definizione « injonctions d'autorités... ayant qualité pour commender à son jugement... ». Le altre fonti non hanno dunque tale qualità! <sup>(42)</sup>.

Ciò che non si dice, è come diventi diritto la fluida massa delle decisioni che si riconducono ad « ispirazioni della co-

---

<sup>(39)</sup> RUMPF, op. cit., dedicata veramente all'applicazione e non all'interpretazione della norma.

<sup>(40)</sup> MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslavia 1903. In alcuni di questi Autori si intreccia la concezione della possibilità di una creazione ad opera dell'interprete, con la concezione di un sistema normativo, in cui intervengono elementi razionali (RADBRUCH) o naturali (MAYER), od ispirati a criteri politici dati (STAMPE) e così via. Cfr. al proposito nota <sup>(31)</sup> pag. 132.

<sup>(41)</sup> Nell'op. cit. del KANTOROWICZ è ben distinta ciò che è fonte sussidiaria, ma sempre estranea all'interprete (diritto libero come frutto di una convinzione d'una comunità) da ciò che è vera creazione dell'interprete (diritto libero come frutto di una convinzione individuale), op. cit., pagg. 12-14.

<sup>(42)</sup> Altrove (GÈNY, *Méthode*, cit. I vol., pag. 220) troviamo infatti: « Talvolta l'interprete è in presenza di fonti formali di diritto che, imponendosi a lui, sopprimono o restringono la libertà dei suoi giudizi... talvolta l'interprete è più completamente abbandonato alle ispirazioni della sua coscienza individuale... Si sente sufficientemente, che queste direttive del giurista sono lungi dall'aver la stessa forza, secondo che consistano in fonti propriamente dette, aventi per oggetto proprio, di dettare il diritto al giudice, di tagliar corto ad ogni spontaneità di decisione da parte sua, o secondo che si riportino ad elementi sociali d'ordine generale, tratti nella natura delle cose... ».

scienza individuale » e più ancora ad « elementi sociali di indole generale ».

Occorre ancora precisare, che non si comprende come possano emanare da due ordini di fonti, che si ignorano a vicenda, norme giuridiche di un medesimo ordinamento. Ove si volesse dare al discorso dello Gèny il senso, che le norme promananti dalla coscienza individuale possano trarre il fondamento del proprio valore da un rinvio delle fonti formali, saremmo nel caso, noto anche alla dottrina comune, del rinvio in bianco: l'interprete sarebbe « abbandonato alla ispirazione della sua coscienza », in quanto legato ad essa. Egli dovrebbe identificarsi con il solo interprete giudice, ovvero con la figura, difficilmente accettabile, di un immaginario interprete tipico, emanazione di una psiche collettiva, che anima l'intera società. Solo in questo senso possono rendersi accettabili le affermazioni dello Gény. Solo se si dovesse supporre che le fonti formali ricevano esse stesse una delega dalla coscienza soggettiva dell'interprete, si avrebbe di fronte all'interprete un unico sistema di norme, note nella loro univoca determinazione, ed assunte come proposizione maggiore del sillogismo, in cui consiste l'applicazione del diritto: ma di fronte ad ogni interprete sussisterebbe allora un diverso sistema di fonti salva una impossibile riduzione dell'interprete alla fantasiosa figura della coscienza ermeneutica collettiva la quale si ridurrebbe, per altro, ad una fonte astratta e formale esteriore rispetto all'interprete individuo!

Altri Autori, fra i molti recisi nel negare la statualità, o comunque la riferibilità all'ordinamento giuridico della norma giuridica sono ancora il Wurzel e lo Ehrlich.

Lo Ehrlich muove alla affermazione del legame del giudice alla norma, della concezione statalistica del diritto, della rap-



presentazione dell'unità del diritto, una serie di obiezioni <sup>(43)</sup>, che si possono così raggruppare:

a) La pretesa del consociato non si fonderebbe sempre sulla norma. Il giudice non trarrebbe la decisione dalla norma, ma creerebbe la norma con una « Begriffsbildung ».

A ciò si osserva, che la concettualizzazione va classificata fra gli atti che precedono il processo ermeneutico, e che vi si riflettono lecitamente.

b) Lo Stato non sarebbe fonte di tutto il diritto: il « Juristenrecht » non sarebbe opera dello Stato: la famiglia, il contratto, sono infatti anteriori allo Stato.

Va obiettato che: se si afferma che formalmente la norma giuridica non è, se non una realtà giuridica, non si nega con ciò, che una norma di quel contenuto sarebbe impossibile, ove la realtà sociologica non la permettesse. Nel periodo paleolitico un codice civile del secolo XX non avrebbe trovato un impiego utile.

c) Il compito della giurisprudenza non consisterebbe nell'indagine della volontà del legislatore (infatti l'interprete ricorre alla costruzione). Il giudice potrebbe nella ricerca del diritto eccedere il contenuto della norma.

Ammessa l'irrilevanza della volontà psichica, non si vede cosa significhino i « compiti della giurisprudenza ». La « giurisprudenza » o, più esattamente, i singoli giuristi, non hanno compiti imposti dall'esterno, ma semplicemente scopi, scelti da ciascuno di essi, e tali, che possono variare dall'uno all'altro caso. Così la interpretazione, non ha, neppure essa, un compito che si imponga all'interprete; il suo carattere costante sta nel contenuto (e non nello scopo) dell'atto ermeneutico: ossia

---

<sup>(43)</sup> Riprendendo in sostanza quelle di KANTOROWICZ, op. cit., pagg. 39-44, ma approfondendo l'esame.

nell'intendimento della dichiarazione legislativa, intendimento che avrà come risultato la formulazione di una norma <sup>(44)</sup>.

Lo Ehrlich insiste nella distinzione tra interpretazione ed atto di conoscenza del diritto, non vincolato alla volontà dell'ordinamento giuridico <sup>(45)</sup>. Senonchè la interpretazione come indagine psicologica non viene, in questa trattazione, presa in considerazione, mentre si identifica la interpretazione della norma con la « conoscenza del diritto » dello Ehrlich. La arbitrarietà della distinzione fra *Entscheidungsnorm*, *Rechtssatz* (come sottospecie dell'*Entscheidungsnorm*) e *Gesetz* (come sottospecie del *Rechtssatz*) è poi abbastanza evidente.

Dall'opera dello Ehrlich, si possono ricavare preziose ed indiscutibili considerazioni relative alla psicologia dell'interprete (il quale, sempre schiavo dei bisogni della società, si finge ligio ad una logica formale, ma si adatta allo scopo politico che vuole raggiungere; procede basandosi sulla verità ovvie e non dimostrabili, le *Selbstverständlichkeiten*, le quali, fatto il loro tempo, decadono; non sillogizza, ma svolge un pensiero secondo procedimenti sentimentali - psicologistici, ecc.); ma non sembrano sufficientemente dimostrate le affermazioni generali sulla natura del diritto, del concetto giuridico, ecc. Se « un rapporto giuridico è un rapporto riconosciuto socialmente, il quale per questo fatto, può attendere anche, in casi dati, una tutela giudiziale o amministrativa <sup>(46)</sup> », si può rilevare che, la giuridicità del rapporto sta proprio in quell'attitudine a ricevere in casi dati una difesa giudiziale. Se egli afferma che il rapporto, che il giudice deve valutare non sempre assomiglia a quello, risolto dalla norma, o, peggio, che non sempre può mancare una diffe-

---

<sup>(44)</sup> Ed in questo, ma in questo solo senso, si può e si deve dire che l'interprete è creatore, e che partecipa alla creazione della norma.

<sup>(45)</sup> EHRlich, op. cit., pagg. 142-143.

<sup>(46)</sup> EHRlich, op. cit., pag. 191.



renza essenziale <sup>(47)</sup>, si può rispondere ch  tra il concetto della fattispecie, e la fattispecie   inutile cercare rapporti di uguaglianza o similitudine, ma solo rapporti di categoria e rappresentazione singola, di genere e specie, di astratto e concreto. Quanto all'osservazione, che con la medesima parola il legislatore pu  significare oggetti diversi,   chiaro, che il significato viene attribuito alla dichiarazione legislativa dall'interprete.

Si pu  pertanto concludere, che i fenomeni rilevati dallo Ehrlich in tema di procedimenti ermeneutici sono generalmente veri, e sono compatibili con lo schema generale dell'atto interpretativo, quale   presentato in questa trattazione: mentre le sue figure scientifico-dogmatiche del concetto giuridico, del diritto, dei rapporti tra il giudice e le fonti del diritto, sono da rivedere: in particolare, la pretesa libert  del giudice si riduce ad un concorso dell'interprete alla creazione della norma, nel senso sopra indicato, ovvero, ad un rinvio in bianco della norma al giudice.

Quanto al Wurzel, egli vede chiaramente come la *ratio juris* non possa illuminare l'interprete nei dubb , perch  egli trover  sempre due possibili *rationes juris* contrastanti tra di loro; come la storia di per s  non abbia valore, finch  l'interprete non sappia, se il legislatore ha voluto innovare o conservare; come la stessa sistematica legislativa non possa venire obbligatoriamente in considerazione, poich  i vari frammenti della dichiarazione legislativa sono fatti da persone diverse, le quali non hanno neppure davanti agli occhi, nel promulgare una legge nuova, le vecchie leggi, da essa non abrogate.

La conclusione ovvia di questi ragionamenti dovrebbe essere la abolizione di ogni interpretazione extraletterale, col primo risultato, che i mezzi diversi da essa non potrebbero intervenire per creare lacuna (vedi § 22 n. 2). Il Wurzel accetta invece

---

<sup>(47)</sup> EHRlich, op. cit., pag. 192.

acriticamente la teoria della presenza delle lacune, e ricorre - per colmarle - al solo mezzo sociologico. Poichè non gli sembra, che un uso così esteso del mezzo sociologico possa fondarsi sulla norma giuridica, egli riconosce la libertà del giudice dalla norma, ed il suo legame alla realtà sociologica.

A ciò si può osservare che la stessa sociologia non esprime mai imperativi (vedi § 17) <sup>(48)</sup>.

Un argomento decisivo contro le tesi in esame sembra poi il seguente:

Le norme che il Gény, lo Ehrlich, il Wurzel, ecc. considerano riconosciute dall'interprete, e non determinate dalla legge, non sarebbero necessariamente riconosciute da quell'interprete, rispetto ad un altro ordinamento, che regolasse i rapporti sociali della medesima società (es.: ordinamento canonico, internazionale), od al medesimo ordinamento, qualora ne mutassero le fonti scritte. Ciò è dovuto al fatto che a differenti dichiarazioni legislative, corrispondono diverse cosiddette « norme create dall'interprete ».

In presenza di un tale fenomeno, è difficile negare, che la norma si crei con un concorso della dichiarazione legislativa. L'apparente carenza di una norma precisa, è il caso che verrà esaminato (vedi § 25, n. 2), in tema di dichiarazione legislativa ridotta al minimo: l'attività che l'interprete esercita in tali casi ha pur sempre natura di atto ermeneutico.

Un'opera di volontà dell'interprete in quanto tale non può, in definitiva, nè compiersi, nè immaginarsi. Un atto di volontà del giudice può sempre compiersi, e verrà classificato a volta a

---

<sup>(48)</sup> Quanto all'augurio del WURZEL, che la creazione ad opera degli interpreti di norme conformi ai bisogni della società diventi lavoro conscio, ed opera della volontà, essendo esso un semplice augurio (egli riconosce esplicitamente che un simile stato dei tribunali non si ebbe mai, e che è poco probabile che possa mai aversi), non interessa questa trattazione.



volta come atto normativo, lecito in virtù di una delega, o come decisione non pregiudicata dalla norma, in caso di rinvio o di norma elastica; o come illecito giuridico. Distinto dal caso dell'atto di volontà è il caso, in cui l'interprete applica (nel senso, che compie un atto di sussunzione, e non, nel senso che eseguisce) una norma, che per le sue condizioni psicologiche intende in modo dato, mentre chi è estraneo alle sue condizioni soggettive non può comprendere <sup>(49)</sup> come e perchè a quella dichiarazione legislativa corrisponda quella norma. In tal caso, la questione della natura dell'atto ermeneutico coincide con la questione della esattezza del risultato (su ciò vedi § 28).

5. - Escluso che l'interprete possa creare la norma eseguendola od interpretandola resta a vedere, se non possa creare diritto in sede di applicazione (intesa come operazione logica).

Contro la dottrina tuttora dominante, per cui sottoporre una fattispecie ad un criterio di decisione significa in ogni caso compiere una « sussunzione » <sup>(50)</sup>, muovono le scuole favorevoli al diritto libero, e gli avversari del metodo logico tradizionale. Le obiezioni si muovono di conseguenza sul duplice terreno: a) della dommatica giuridica, e della teoria generale del diritto; b) della logica, della teoria della conoscenza, e del concetto, ecc.

a) Poichè di frequente viene negato, che il giudice sia vincolato solo alla norma positiva, va ricordato, che sarebbe contraddittorio, affermare che egli applichi una norma diversa da quella positiva, senza delega del diritto positivo, e pretendere ad un tempo che il diritto così applicato sia diritto positivo. Le affermazioni di una parte della dottrina si spiegano solo tenendo presente, che una distinzione tra diverse fonti di

---

<sup>(49)</sup> Deve qui rimanere indifferente, se queste condizioni siano la sua psicologia individuale, od una psicologia collettiva, di cui partecipino tutti i consociati.

<sup>(50)</sup> Cfr. per tutti ROCCO ALFREDO, *La sentenza civile*, Torino 1906.

norme positive è stata da essa incautamente confusa, con una distinzione fra un tipo di norme (positive) ed altri tipi di norme <sup>(51)</sup>.

In ogni caso il giudice agirà libero da vincoli sempre e solo nell'ambito consentitogli da una norma che rinvia alla sua decisione: diversamente agirà in modo anti-giuridico.

Per chi concepisca la norma come un puro schema di doveri e diritti soggettivi (nota <sup>(6)</sup> pag. 27), può essere ovvia la obiezione, che una operazione mentale, che scende dalla norma al caso singolo, è perfettamente inutile, quando la stessa norma si è ricavata per astrazione dai doveri e diritti singoli, i quali si presentano di fronte ad essa come un *prius*. Ma può risponderci, che la concretezza dei doveri e diritti singoli di fronte alla astrattezza dello schema-norma, non incide sul fatto che chi deve applicare il diritto lo conosce nella sua formulazione schematica astratta normativa, e ne deduce i diritti e doveri singoli mediante la sussunzione.

b) Secondo una teoria <sup>(52)</sup>, la « sussunzione » della fattispecie nel concetto sarebbe un non senso, perchè le rappresentazioni, anzichè raggrupparsi (in base alle identità di ele-

---

<sup>(51)</sup> Così se lo SCHREIER, op. cit., pagg. 53, 54 riconduce ad un'unica norma fondamentale il fondamento della validità del diritto positivo e di determinate norme di diritto naturale, che egli considera vigenti, questa costruzione riguarda unicamente il problema della sistematica delle fonti: salva l'improprietà del termine diritto positivo contrapposto a diritto vigente. Se la norma naturale rimanesse fuori dal diritto positivo in senso proprio (che qui coincide col senso lato), la sua applicazione sarebbe invece irrilevante o anti-giuridica. Discorso analogo tengasi poi a proposito degli Autori di cui a pagg. 132-133, note <sup>(32)</sup> fino a <sup>(41)</sup>. Il PACCHIONI, *Delle Leggi*, cit., pag. 116 enuncia un problema di fonti, e non di metodo d'applicazione.

<sup>(52)</sup> Crf. per tutti WURZEL, op. cit., e WUNDT, *Logik* cit.



menti tipici comuni) in generi via via più astratti, si « aggregerebbero » a rappresentazioni tipiche, in base a maggiori o minori rassomiglianze. Basti qui osservare che, avanti la applicazione del diritto, sarebbe in ogni caso necessario « aggregare » la rappresentazione della fattispecie al concetto legislativo, o negare tale aggregazione. Ciò presupporrebbe una determinazione dell'ampiezza del concetto legislativo (interpretazione); ed il raffronto, tra fattispecie e concetto legislativo non differirebbe dalla sussunzione.

In merito alla logica del giudice si sostiene con vigore da una parte della dottrina <sup>(53)</sup>, che essa non è una logica formale, astratta, ma una logica viziata, lecitamente, dalla sua psicologia di uomo vivente in una società data avente bisogni dati. Non si vede però, che la psicologia del giudice influisca sulla applicazione delle norme.

Essa interviene certamente nella interpretazione del diritto, e contribuisce a determinare il contenuto della norma, ossia gli stessi concetti legislativi, sotto cui verrà sussunta la fattispecie; ma non incide sulla sussunzione in quanto tale. Questa osservazione può rivolgersi in particolare al Calogero <sup>(54)</sup>, tanto più se si vuol sostenere con lui, che « la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse (del

---

<sup>(53)</sup> Cfr. WURZEL, EHRLICH, opp. cit.

<sup>(54)</sup> La confusione è evidente in CALOGERO, op. cit., pagg. 69-70: « La sussunzione del fatto sotto la norma, lungi dall'essere idealmente determinata da un paradigma di logica formale è una delicata operazione di riconoscimento, per la quale occorre tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore. Già solo il capire che cosa propriamente dica e voglia la legge è cosa a cui gli strumenti della logica scolastica soccorrono tanto, quanto i sillogismi a gustare la bellezza d'una poesia! ». Per una brillante critica al CALOGERO cfr. BOBBIO, op. cit., pagg. 83 segg.

sillogismo) la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse » <sup>(55)</sup>.

La pretesa di identificare la logica del diritto non con la logica, ma con il diritto <sup>(56)</sup> non ha nulla a dire in tema di logica della sussunzione; ma vale semmai a negare, che la interpretazione (fissazione della premessa maggiore) e la ricerca del fatto (fissazione della premessa minore) siano operazioni logiche - il che è ben ammissibile <sup>(57)</sup>!

§ 25. - *L'ATTO ERMENEUTICO NELLA CREAZIONE DEL DIRITTO, IN ALCUNI CASI PARTICOLARI.*

1. - In alcuni casi, i rapporti tra interpretazione e dichiarazione normativa paiono atteggiarsi in modo così peculiare, che da tempo la dottrina ha creduto di ravvisarvi una creazione del diritto ad opera dell'interprete (caso della lacuna, della consuetudine), od una assenza di interpretazione (caso del divieto di interpretazione). In ciascuno di questi casi, non si ha una modifica della struttura dell'atto ermeneutico, ma solo un particolare atteggiamento dell'oggetto dell'interpretazione, e, per altro verso, un peculiare, più facilmente riconoscibile, intervento dell'interprete, cosicchè si può parlare

a) di un atto ermeneutico, che si svolge in presenza di una dichiarazione legislativa ridotta al minimo;

b) di un atto ermeneutico, che si svolge in presenza di una dichiarazione legislativa ridondante, o particolarmente

<sup>(55)</sup> Cfr. CALOGERO, op. cit., pag. 51.

<sup>(56)</sup> Cfr. CALOGERO, op. cit., pag. 40.

<sup>(57)</sup> Si badi che lo stesso CALOGERO ammette (op. cit., pag. 57): « Non c'è dubbio, che il giudicare giurisdizionale sia sostanzialmente costituito da quel procedimento che sta alla base tanto della dialettica socratico-platonica quanto della logica aristotelica, e che più tardi viene designato col nome di sussunzione ».



adatta a significare la portata dell'atto spirituale concreto di volizione astratta del legislatore.

Nell'uno e nell'altro caso l'interpretazione contiene però la propria funzione nei limiti stabiliti nei paragrafi precedenti (funzione formalmente ricognitiva in ogni caso, sebbene l'interpretazione sia indispensabile alla sussistenza della norma e perciò, in questo senso, crei diritto).

2. - Si è già osservato, che, nei casi della pretesa creazione della norma ad opera dell'interprete, la coscienza giuridica di quest'ultimo si manifesta in modo del tutto relativo all'ordinamento giuridico, in cui va inserita la norma, creata dalla sua coscienza <sup>(58)</sup>; e se ne è dedotto, che tale norma sia condizionata alla preesistenza di tutte le altre norme dell'ordinamento giuridico. Di fronte alla dichiarazione legislativa, promanata quale fonte formale, l'interprete, ricorrendo alle nozioni e persuasioni solitamente menzionate quali mezzi ermeneutici, attribuisce alla dichiarazione, da un canto, un contenuto determinato, dall'altro, il valore di un rinvio generico all'*usus*, od alla coscienza etica, sociale, ecc. La rilevanza della dichiarazione legislativa si manifesta almeno in questo modo, che solo in quanto essa non vieta il riconoscimento della consuetudine, tale consuetudine può inserirsi come fonte nell'ordinamento giuridico. La *opinio juris ac necessitatis*, ossia la persuasione, che un dato comportamento è obbligatorio secondo le norme di un ordinamento dato, è uno degli inevitabili risultati a cui l'interprete, in presenza di una dichiarazione legislativa data, giunge, a motivo dei pregiudizî e dei sentimenti, che lo dominano nell'atto di interpretare. Come si è visto (vedi § 11 n. 4), la *opinio iuris* non può avere forza meno vincolante, per la assenza dell'*usus*, es-

---

(58) Vedi § 11 n. 4 a proposito dell'oggetto dell'atto ermeneutico in caso di consuetudine, e § 24 n. 4, in sede di critica della teoria di Wurzel.

sendo contraddittoria la figura di una persuasione dell'interprete e dei consociati, che un determinato comportamento sia giuridicamente doveroso, scompagnata tuttavia dall'obbligo giuridico di tenere quel comportamento; infatti, in tal caso, verrebbe applicata la norma, della cui esistenza i consociati e l'interprete sono persuasi, e non si saprebbe dire, in che cosa una norma simile possa differire da una norma giuridica.

Sembra dunque, che l'atto ermeneutico abbia, anche nel caso della consuetudine, l'oggetto solito, e che la *opinio iuris* intervenga, come interverrebbe qualsiasi altra persuasione dell'interprete, relativa alla conformità del diritto positivo a quello naturale, od alle aspirazioni della società <sup>(59)</sup>.

Pare dunque possibile ridurre le classi della consuetudine e della cosiddetta creazione di norme ad opera dell'interprete ad una categoria più vasta: quella del diritto creato con un intervento particolarmente ridotto della dichiarazione legislativa, ed un intervento preponderante della psicologia dell'interprete: ma tali classificazioni possono, com'è chiaro, proporsi soltanto su di un piano empirico, e non interessano il problema dommatico dell'interpretazione.

È chiaro, infine, che il problema dommatico della consuetudine si presenta diversissimo, in ordinamenti prevalentemente od esclusivamente consuetudinari, presso i quali la *opinio iuris* potrebbe anche costruirsi come suprema fonte di norme, da cui riceverebbe una delega la fonte di produzione delle norme scritte.

---

<sup>(59)</sup> In questo senso, va negato che la *opinio* manchi di giocare oggi un suo ruolo nella dinamica delle fonti del diritto italiano, sebbene le preleggi al c.c. parlino solo di uso e non di consuetudine. (Cfr. contra ALLARA, *Le nozioni*, cit., II ed., pag. 48; vedi però ivi esattamente descritta la funzione dell'uso svincolato dalla *opinio*, come elemento di rinvio).



Anche a proposito del procedimento per analogia nel caso di lacune, possono svolgersi considerazioni analoghe, per escludere che l'interprete possa ivi creare la norma o modificarla.

3. - Un tipo particolare di dichiarazione legislativa è quello, in presenza di cui l'interprete ricorre ad un numero minimo delle proprie nozioni e dei propri sentimenti. Da un punto di vista di tecnica legislativa, va notato che il legislatore ricorre a tali dichiarazioni per assicurare una maggior conformità del contenuto della norma con il contenuto della propria volizione psichica.

Si potrebbe parlare, in tali casi, di dichiarazione particolarmente energica.

Così ad esempio si può ammettere, con il Ferrara e con l'Allara, la interpretazione abrogativa delle disposizioni sulle universalità di beni mobili, contenute negli artt. 694 e 707 c. c. 1865, ma non si potrebbe far ciò, davanti agli articoli corrispondenti del nuovo c. c. Va ritenuto che il nuovo codice non ha portato alcun elemento intrinsecamente decisivo agli effetti della inammissibilità di una interpretazione abrogativa delle norme sulla universalità di beni mobili (tali non essendo nè la definizione della fattispecie, nè il richiamo ad essa in tema di donazione); tuttavia, la presenza di una dichiarazione già apparsa nel c. c. precedente, discussa dalla dottrina, e finalmente riemersa nel nuovo c. c., reagisce sull'interpretazione della dichiarazione medesima <sup>(60)</sup>.

Anche nella vita comune di fronte ad una dichiarazione inaspettata, si pensa ad un *lapsus* del dichiarante, o ad un suo errore, od a un suo scherzo: ma, di fronte ad insistenze, tale congettura diviene via via meno probabile.

---

<sup>(60)</sup> Per un'informazione sull'argomento cfr. ALLARA, *Le nozioni*, cit., II ed., pagg. 219 segg.

Di questa possibilità della dichiarazione di vincolare la fecondità delle risorse dell'interprete, si rendevano conto diversi compilatori di statuti comunali dei secoli passati, i quali avvertivano il giudice, che non abrogasse o restringesse la portata della norma con la scusa di interpretarla.

Così il code Napoléon, con una disposizione generale ed apparentemente inutile si preoccupa (art. 2151) di precisare, che la prescrizione vale contro tutti, salve le eccezioni stabilite dalla legge; ed ottiene così di distorre l'interprete dal ricorso all'elemento storico, che indurrebbe, al principio, che la prescrizione non corre « contra non valentem agere ».

Così si può ammettere che, conforme al desiderio dei compilatori delle preleggi del c. c., manifestato dal Venzi a pag. 10 della Relazione del Progetto della Commissione reale per la riforma del codice, l'art. 12 delle preleggi al c. c. 1942 abbia l'effetto di « evitare interpretazioni più o meno cervelotiche ».

La medesima portata ha il divieto di interpretazione analogica in materia di diritto penale. Sarebbe contraddittorio, affermare che il procedimento per analogia si impone necessariamente allo spirito dell'interprete, ed ammettere contemporaneamente, che il diritto positivo possa escluderlo. La spiegazione della apparente contraddizione sta in ciò, che il divieto dell'analogia influisce sullo stesso oggetto dell'interpretazione, dando una energia maggiore alla espressione legislativa, in modo che sarà più difficile, per l'interprete, essere influenzato dalla propria opinione, che debba sussistere tra le norme una determinata simmetria.

Così ogni enumerazione di oggetti è - anche nella vita comune - tassativa e non esemplificativa, se non chiude con la formula « ecc. », « e così via »: mentre normalmente gli interpreti delle leggi le intendono come enumerazioni esemplificative; ma, se il dettato legislativo avverte, mediante parole apposite, che



la enumerazione è tassativa, l'interprete sarà assai più cauto, nell'affermare il contrario.

Alcuni esempi possono chiarire le affermazioni precedenti.

In presenza dell'art. 11 del Code Napoléon difficilmente armonizzabile con l'art. 912 <sup>(61)</sup>, del resto più tardi abrogato, la dottrina, anzichè considerare quest'ultimo come una eccezione al precedente, preferì <sup>(62)</sup> interpretare l'art. 912 abrogandolo, data l'energia dell'espressione dell'art. 11. Il rapporto fra gli articoli sarebbe mutato, se l'art. 912 fosse stato redatto in tono più categorico. Gli interpreti dell'art. cit. hanno sentito molto lo stimolo della simmetria delle norme <sup>(63)</sup>.

In presenza dell'art. 440 c. c. 1865 il Gabba <sup>(64)</sup> esita a proporre una interpretazione conforme al diritto naturale, perchè « il testo del detto articolo è chiaro e categorico ».

In sede di interpretazione dell'art. 168 c. c. 1942 (166 del I libro c. c. 1938) l'Allara <sup>(65)</sup>, osservato che, in tema di costituzione, ad opera di terzo, di un patrimonio familiare, il testo dell'articolo <sup>(66)</sup> lascia adito ad alcuni dubbi perchè « a stretto

---

<sup>(61)</sup> Art. 11: « Lo straniero godrà in Francia degli stessi diritti civili, che sono o saranno accordati ai Francesi dai trattati della nazione a cui quello straniero apparterrà ».

Art. 912: « Non si potrà disporre in profitto d'uno straniero, se non nel caso, in cui questo straniero potrebbe disporre in profitto di un Francese ».

<sup>(62)</sup> Cfr. MERLIN Rép., V *Succession*, sect. I. § 2, art. 4 n. 4; TOULLIER IV, 102. Cfr. anche il responso della Cassazione civile Francese in data 6 aprile 1829, Sir. XIX, 1, 307).

<sup>(63)</sup> Non quello della pariteticità del trattamento degli uomini soggetti alla norma, il quale avrebbe consigliato l'interpretazione letterale del 912, od un'interpretazione ancor più benigna verso gli stranieri.

<sup>(64)</sup> GABBA, *Della proprietà usque ad sidera et inferos*, in *Questioni di diritto civile*, Torino, 1909, I, pag. 112.

<sup>(65)</sup> ALLARA, *Il primo libro*, cit., pag. 84.

<sup>(66)</sup> « Se la costituzione è fatta da un terzo, che non si è riservata la proprietà dei beni immobili o dei titoli, questa proprietà spetta al co-

rigore l'omissione della indicazione del destinatario dell'attribuzione dovrebbe rendere nulla l'attribuzione stessa », conclude: « Comunque la norma è chiara e non si può certo modificarla ».

Si trova in quest'ultimo brano la preziosa confessione che l'interprete rinuncia a modificare la norma, perchè questa è chiara, o, meglio, categorica, energica. Va notato, come una dichiarazione meno energica avrebbe permesso il sorgere di una « lacuna » ad opera della « costruzione », in quanto sarebbe stata inconcepibile la rilevanza giuridica di una dichiarazione, di voler trasferire la proprietà in un bene ad un terzo, senza la menzione del terzo stesso.

§ 26. - *L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO, E L'INTERPRETAZIONE DELL'ATTO GIURIDICO.*

1. - Che la interpretazione della norma giuridica sia specie del genere interpretazione giuridica viene affermato da diversi Autori sulla base della concezione dell'« atto » spirituale (normativo o dispositivo) come oggetto dell'indagine interpretativa <sup>(67)</sup>, o come esplicazione del principio della *ratio* quale scopo e quale ragione dell'atto, e del principio della integrazione in caso di lacune <sup>(68)</sup>, o sul fondamento dell'identità fra interpretazione ed indagine e comparazione degli interessi che sottostanno alla dichiarazione od alla volontà dell'Autore della legge o dell'atto <sup>(69)</sup>; o perchè l'oggetto è, in tutti i casi, il senso

niuge al quale è stata attribuita, o, in mancanza di attribuzione, ad entrambi i coniugi ».

<sup>(67)</sup> Così, con oscillazioni, GIANNINI. Anche ENNECCERUS e MANIGK avvicinano i diversi tipi di interpretazione in base al problema della volontà.

<sup>(68)</sup> Ad es. GRASSETTI.

<sup>(69)</sup> Cfr. HECK, e gli Autori della *Interessenjurisprudenz*.



giuridicamente rilevante, il « ciò che è valido giuridicamente »<sup>(70)</sup>, o il senso nell'orbita sociale in cui si svolge<sup>(71)</sup>; o muovendo dallo schema unitario del processo ermeneutico anziché del suo oggetto come nelle enunciazioni precedenti<sup>(72)</sup>, o dal concetto dell'atto giuridico come norma giuridica di un grado particolare<sup>(73)</sup>.

Da chi ritenga che la interpretazione giuridica sia in ogni caso soggetta a norme, la categoria unitaria deve essere utilizzata nei limiti in cui, *de iure condito*, le norme, che regolano l'interpretazione del diritto, sono uguali o difformi a quelle, che regolano l'interpretazione dell'atto giuridico.

Di qui la necessità di trattare per primo il problema della natura dell'interpretazione dell'atto giuridico in particolare, e delle norme che lo regolano.

La individuazione del soggetto « interpretazione dell'atto giuridico », dovrà avvenire (data la pluralità delle accezioni del termine, e l'irrilevanza ai nostri fini di ogni eventuale definizione dell'interpretazione emergente da una determinata legislazione positiva) conforme ai procedimenti della scienza giuridica come scienza classificatoria (vedi § 1 n. 1); ossia, scegliendosi arbitrariamente un elemento concettuale tipico, che si assume quale carattere della categoria (vero restando anche in questi caso, che la individuazione del soggetto, ossia la sua definizione *a priori* deve assumere la forma: « Sotto il nome di interpretazione, verrà preso in considerazione questo o quel fenomeno »; e non: « il nome di interpretazione indica questo o quel fenomeno »).

---

(70) SCHREIER, op. cit., pagg. 74 segg.

(71) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pag. 200.

(72) Così il PUGLIATTI.

(73) Cfr. KELSEN, *Gli Autori della scuola viennese*, ecc.

Non resta, allora, che esaminare un certo numero di operazioni, a cui qualche Autore ha creduto di dare il nome di interpretazione, e vedere come, al lume di quelle peculiari definizioni, si attegga il problema delle norme sull'interpretazione, della categoria unitaria dell'interpretazione giuridica, dell'integrazione dell'atto, ecc. Sarebbe perfettamente ozioso, discutere se il nome di interpretazione « debba » toccare alla indagine del contenuto delle volontà, od alla chiarificazione del valore, o di uno dei valori, della dichiarazione, od alla deduzione degli effetti giuridici. L'unico errore possibile, sarebbe quello di confondere uno di questi imaginabili tipi di interpretazione, con un tipo diverso o eventualmente con la figura a cui una legge dia il nome di interpretazione.

2.- In via preliminare, giova il rilievo, che nessuna norma (e neppure le norme cosiddette sull'interpretazione) può avere altra funzione, che quella di collegare effetti giuridici a fatti giuridici, ordinando, ad es., che la fattispecie A sortisca la conseguenza a, oppure la conseguenza a'. Nessuna norma potrà mai stabilire, ad es., che il metodo per l'accertamento del significato linguistico di una frase, o del contenuto di un atto di volontà, o di coscienza, è un metodo dato; ma potrà solo stabilire, (qualunque sia il linguaggio del legislatore) che, ad es., gli effetti dell'atto giuridico devono coincidere con il contenuto della volontà accertata con ogni mezzo, oppure, in caso normale, con il contenuto della volontà, e, in casi particolari, con altri contenuti, e così via.

Si noti, che nessuna norma detta imperativi per l'interprete in quanto tale: ciò si ricava dall'assenza di sanzioni giuridiche che colpiscano la interpretazione non condotta secondo il precetto normativo. Solo il consociato, che deve eseguire l'atto interpretando, ed il giudice od il funzionario, che deve eseguire o far eseguire l'atto, sono legati alla norma sull'interpretazione,



appunto perchè sono vincolati ad ogni norma relativa agli effetti dell'atto <sup>(74)</sup>. Le norme in esame sono dunque norme giuridiche; ma non regolano l'atto di interpretazione in quanto tale <sup>(75)</sup>. Esse sanciscono effetti giuridici dell'atto.

Ciò si dica, a maggior ragione, delle norme dispositive, suppletive <sup>(76)</sup>, ed integrative <sup>(77)</sup>. La espressione equivoca, con cui la ultima categoria viene indicata, può indurre a credere, che tali norme integrino la fattispecie, mentre esse sono, secondo la legge stessa della loro natura, capaci di integrare solo e sempre altre norme <sup>(78)</sup>.

Una norma può dirsi « integrativa » solo nel senso, che essa,

---

<sup>(74)</sup> Sul valore giuridico delle norme sull'interpretazione dei contratti, e sul destinatario di tali norme cfr. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1944, pagg. 295 segg., con qualche riserva sulle argomentazioni addotte.

<sup>(75)</sup> Dalla impossibilità di una norma, che regoli l'atto di interpretazione in quanto tale, la giurisprudenza italiana avanti il 1917, ed una parte della dottrina (GIORGI, MATTIROLO, LOMONACO), credette di poter ricavare la non obbligatorietà della norma in esame.

<sup>(76)</sup> Cfr. anche BETTI, *La teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pag. 206: Le norme suppletive « concernono gli effetti » del negozio.

<sup>(77)</sup> BETTI, op. loc. cit.: « L'integrazione con norme suppletive o dispositive... è integrazione degli effetti ».

<sup>(78)</sup> Cfr. ROCCO, op. cit., pag. 96 nota <sup>(1)</sup>: « Le regole d'interpretazione dei negozi giuridici non sono che norme complementari di quelle, che attribuiscono efficacia giuridica alle dichiarazioni private di volontà ». In questo senso anche CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti ed il ricorso in Cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1925, pagg. 394 segg. E cfr. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna 1943, pagg. 1 segg., che identifica l'interpretazione integrativa con l'interpretazione oggettiva.

posta accanto ad una norma generale, la integra mediante una deroga od una precisazione <sup>(79)</sup>.

Dogmaticamente, una distinzione fra una funzione normativa ed una funzione integrativa della norma è impossibile; lo stesso dicasi, di una distinzione fra una funzione integrativa ed una funzione interpretativa della norma nei riguardi dell'atto giuridico <sup>(80)</sup>. Norma integrativa vale sempre « norma », e si contrappone soltanto a realtà non normativa (ad es., ad un'interpretazione) <sup>(81)</sup>.

Ciò non viene ammesso dalla dottrina dominante, che contrappone le norme sull'integrazione, alle norme sull'interpretazione, che non riguarderebbero gli effetti della norma. Il Betti distingue <sup>(82)</sup> un « accertamento di fatto, che prepara e determina » la interpretazione, una interpretazione, come « ricostruzione del significato della dichiarazione » <sup>(83)</sup>, ed una « valutazione giuridica, a cui la interpretazione fornisce la base ». È qui il caso di domandarsi cosa sia questa « ricostruzione del significato della dichiarazione ». O si perviene ad essa

---

<sup>(79)</sup> Ad es., attribuendo al fatto: dichiarazione priva di significato, la stessa efficacia, di una dichiarazione, ad essa rassomigliante, ed avente un significato, ovvero estendendo la efficacia della volizione al fatto della volizione ipotetica, ecc.

<sup>(80)</sup> Contra, ALLARA, *Il testamento*, 2.<sup>a</sup> ed., Padova 1936, pag. 341.

<sup>(81)</sup> La parola integrazione viene usata solo da chi, consciamente o no, ammette la funzione derogatoria della norma integrativa: funzione derogatoria nei confronti di principî giuridici generali, o di un dogma giuridico accettato *de iure condito*, o, più spesso che non si creda, di norme di diritto naturale. Solo in questo senso si può dire, ad es., che una norma, che impone in un caso speciale un effetto conforme al contenuto della dichiarazione « integra » la norma che sancisce, in generale, la rilevanza della volizione negoziale (o viceversa); e così via.

<sup>(82)</sup> BETTI, op. cit., pag. 203.

<sup>(83)</sup> BETTI, op. cit., pag. 201.



muovendo solo dal fatto esterno, ed allora tale significato è un fatto giuridico esso stesso, accertabile come si accerta ogni fatto esterno, e la interpretazione si riduce ad accertamento di fatti esterni, non regolata da norme (e nulla rileva, che questo fatto si accerti, muovendo da un altro fatto noto!); oppure, si vuol sostenere che la « ricostruzione del significato » avviene conforme ai precetti legislativi, e allora essa cessa di essere accertamento di fatti, ed è deduzione di effetti giuridici: ad es., se in presenza di una dichiarazione dubbia, il significato dell'atto si ricostruirà in un senso dato (ad es. nel senso, tale da poter avere qualche effetto), e poi le conseguenze giuridiche si disporranno in conformità al significato così ottenuto, si badi che si è svolta un'unica operazione, sia pure apparentemente articolata in due momenti: quel « significato », che non è un fatto giuridico (in quanto creatura artificiale della legge), non ha alcuna reale funzione autonoma; esso, se non è analisi dei fatti, deve dommaticamente essere assorbito dalla deduzione delle loro conseguenze <sup>(84)</sup>.

3. - La maggioranza della dottrina ritiene, che l'interpretazione dell'atto giuridico si distingue dalla determinazione degli effetti giuridici, come la fissazione della premessa minore del sillogismo si distingue dalla conclusione del sillogismo stesso <sup>(85)</sup>.

Va precisato che tale fissazione della premessa minore, od accertamento del contenuto della fattispecie, non può in nessun

---

<sup>(84)</sup> La bipartizione tra accertamento dei fatti e valutazione giuridica appare ammessa del resto nella stessa op. cit. del BETTI dove dice (pag. 123): « Conforme alla rigorosa distinzione fra contenuto ed effetti giuridici del negozio, le indicazioni di effetti giuridici fatte direttamente dalle parti non possono valere se non come indici di valutazione, che è riservata alla legge e quindi rientra nella competenza del giudice ».

<sup>(85)</sup> GRASSETTI, op. cit., pagg. 102 segg. Sulla liceità di tutte le definizioni che seguiranno, vedi pag. 149 della presente trattazione.

caso « integrare » la fattispecie stessa; va ben ammesso, che « interpretazione integrativa » è espressione intrinsecamente contraddittoria.

La dottrina più tradizionalista sostiene che la interpretazione è una indagine della volontà psichica dell'autore dell'atto <sup>(86)</sup>; altri Autori, parlano di una « volontà, la quale sia in qualche modo compatibile con la dichiarazione » <sup>(87)</sup>; o di una « volontà, in quanto portata ad espressione nella dichiarazione » (la quale avrebbe non già un senso astratto, ma un senso legato alle concrete intenzioni delle parti) <sup>(88)</sup>.

Più complesso si presenta il gruppo delle interpretazioni come ricerca del valore di una dichiarazione. Si parla al riguardo di un significato della dichiarazione puro e semplice; o di un significato, in cui la dichiarazione deve ragionevolmente essere intesa secondo le concezioni dominanti nella coscienza sociale, nel comune linguaggio, nella pratica della vita, negli usi del traffico <sup>(89)</sup>; o di un significato concreto ed individualizzato, distinto dal significato logico grammaticale <sup>(90)</sup>; o di quel significato, che il destinatario della dichiarazione avrebbe do-

---

<sup>(86)</sup> Cfr. CHIRONI, *Elementi di diritto civile*, Torino 1914, GIORGI, *Trattato delle obbligazioni*, Firenze 1890; limitatamente ai negozi unilaterali, rappresenta questa teoria LEONHARD RUDOLF: *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*, Breslavia, 1907, e OERTMANN, *Kommentar: der Allgemeine Teil des B.G.B.* 3. Aufl. *Rechtsordnung und Verkehrsitte*, Berlino, 1899.

<sup>(87)</sup> Così TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, Berlino 1916, a proposito dei negozi unilaterali.

<sup>(88)</sup> MANICK, *Irrtum und Auslegung*, Berlino 1918 ed altre opere.

<sup>(89)</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943, pag. 201; cfr. anche SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, 1929, e TITZE, op. cit., per i negozi bilaterali.

<sup>(90)</sup> LEONHARD FRANZ: *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, in *Arch. fur die civ. Praxis*, Vol. 120.



vuto trarre da essa servendosi di tutti i mezzi a sua disposizione <sup>(91)</sup>; o di quel valore di una dichiarazione, a cui inerisca una volontà (e con ciò si riconosce fundamentalmente il valore del momento soggettivo) <sup>(92)</sup>.

Il Danz, il quale abbraccia la teoria della interpretazione come determinazione delle conseguenze giuridiche, è costretto (stabilita la rilevanza della dichiarazione) ad esporre una sua teoria sull'interpretazione della dichiarazione - da condursi con metodo logico e grammaticale <sup>(93)</sup>.

Il Larenz ritiene di superare il dualismo di volontà e dichiarazione, concependo la cosiddetta dichiarazione di volontà come atto di imperio, nella sua unità di senso soggettivo ed oggettivo, e come espressione di un significato, che rappresenta la comunicazione non di una volontà, ma di un seguito giuridico che deve essere valido <sup>(94)</sup>.

Per il Wolff, non sussiste contrapposizione di volontà e dichiarazione, ma solo diversità del materiale ossia dei mezzi di prova, che vengono posti a base della indagine interpretativa (e che possono essere ciò che è noto, o conoscibile, alla controparte od al terzo, ecc., al momento della dichiarazione, od in un momento successivo) <sup>(95)</sup>.

L'accoglimento di una qualsiasi di tali concezioni dell'interpretazione, o di una concezione eclettica, di questo stesso

---

<sup>(91)</sup> LEONHARD RUDOLF, op. cit.

<sup>(92)</sup> OERTMANN, op. cit.

<sup>(93)</sup> DANZ: *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1906.

<sup>(94)</sup> LARENZ: *Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Lipsia 1930.

<sup>(95)</sup> WOLFF KARL: *Mentalreservation*, in *Jherings Jahrb. f. d. D. d. bürg. Rechts*, II F., 45 B., pag. 71 e passim. E ciò varrebbe identificazione tra interpretazione oggettiva e interpretazione della volizione in astratto, contro cui vedi OPPO, op. cit., pag. 161.

tipo <sup>(96)</sup>, non pregiudica la questione della rilevanza della volizione e della dichiarazione nella fattispecie negoziale, perchè essa non dice ancora nulla, sulle conseguenze giuridiche della fattispecie. A sua volta e per la stessa ragione, tale interpretazione non può essere presa in considerazione da norme interpretative.

Perchè tale interpretazione dell'atto giuridico, identificato con la indagine del contenuto della fattispecie <sup>(97)</sup>, potesse aver la stessa natura della interpretazione della norma, bisognerebbe che essa non fosse una ricerca di un valore (d'una volizione, d'un comando, d'una dichiarazione o d'un atto di conoscenza, non importa) obbiettivamente preesistente di fronte all'interprete; oppure, bisognerebbe che l'interpretazione della norma fosse, a sua volta, ricostruzione di una volontà o indagine di un significato obbiettivo di una dichiarazione.

4. - Se l'interpretazione viene concepita come determinazione delle conseguenze giuridiche di una data fattispecie <sup>(98)</sup>, tutti i principi validi per gli altri tipi di interpretazione vanno sostituiti. Solo in questo caso, può ammettersi la figura delle norme sull'interpretazione (norme, le quali incidono non già sull'atto dell'interpretare, ma sul suo oggetto, ossia sulle conseguenze giuridiche): nel riconoscimento, della sussistenza di

---

<sup>(96)</sup> Teorie eclettiche abbracciano il MESSINEO, op. cit., pagg. 291 segg. e il BARASSI, *Le obbligazioni*, Milano, 1934.

<sup>(97)</sup> Ammessa tale identificazione qualsiasi atto (un delitto, un illecito, ecc.) e in generale qualsiasi fatto è passibile di essere interpretato.

Intende l'interpretazione appunto come determinazione, in generale, della fattispecie, determinazione che comprende la sua qualifica giuridica, o meglio la costruzione del materiale, dal quale l'interprete deve desumere gli intenti perseguiti dalle parti, il GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938.

<sup>(98)</sup> Così, oltre a DANZ, op. cit., SCHREIER, op. cit., pagg. 74 segg.



norme sulla interpretazione, è implicito il riconoscimento, che l'interpretazione è deduzione delle conseguenze giuridiche.

Inoltre, mentre la indagine sulla fattispecie non presuppone la accettazione del dogma della volontà o della dichiarazione, la deduzione delle conseguenze presuppone una norma, che dia rilevanza alla volontà, od al significato della dichiarazione. Più propriamente, la norma generica, la quale accoglie il dogma della volontà e della dichiarazione, individua la fattispecie, e la cosiddetta norma sull'interpretazione precisa ulteriormente l'effetto giuridico della fattispecie. Si tratta in tali casi di due pezzi di norme, riducibili al solito schema: Se dicono A, devono fare a; ovvero: Se Tizio vuole B, deve avvenire b'. (99).

Si noti, infine, che, in presenza di un'unica fattispecie, possono essere necessarie, ai fini della deduzione delle conseguenze, più indagini, relative, ad es., l'una alla volizione e l'altra

---

(99) Si noti, che, se l'art. 1389 del c.c. 1865 dice: « La costituzione di dote espressa in termini generici di tutti i beni della donna non comprende i beni futuri », esso collega una valutazione normativa (la sottoposizione dei beni futuri della donna al regime dei beni non dotati) ad una fattispecie (costituzione di dote espressa in termini generici di tutti i beni della donna) così come lo può fare una cosiddetta norma interpretativa. Che la *ratio* della disposizione sia la volontà normale di chi costituisce doti esprimendosi in termini generici di tutti i beni delle donne, o invece la preoccupazione, che una diversa disposizione toglierebbe alla donna l'interesse all'aumento del proprio patrimonio, è in questa sede indifferente, e comunque non incide sulla classificazione del contenuto della norma.

Si badi, che l'identico schema vale per norme, che non vengono considerate da alcuno norme sull'interpretazione (es. art. 1064 del c.c. 1865, che ricollega effetti nulli alla donazione di beni futuri); e si osservi che a proposito di alcune norme (es. art. 818 c.c. 1942), appare ben chiaro, che la loro classificazione tra le norme sull'interpretazione o tra le norme sugli effetti giuridici dell'atto è arbitraria.

alla dichiarazione, (così, ove una norma disponesse la rilevanza della volizione ai fini della validità del negozio, e la rilevanza della dichiarazione ai fini della responsabilità per colpa).

Questo schema del fenomeno ermeneutico nel campo degli atti giuridici non si adatta, com'è ovvio, alla interpretazione della norma, ma potrebbe adattarsi alla interpretazione di un elemento di rinvio della medesima <sup>(100)</sup>.

§ 27. - *L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO E L'INTERPRETAZIONE IN GENERALE.*

Solo rari Autori hanno voluto abbozzare una teoria generale della interpretazione, rispetto alla quale la interpretazione giuridica si presenti come una specie. Per il Gorla, ad es., riducendosi ogni interpretazione a riproduzione, nello spirito dell'interprete, dell'atto interpretando, l'interpretazione giuridica, (riproduzione dell'atto concreto di volizione) non differisce da ogni altra interpretazione, se non per il suo oggetto.

È chiaro, però, che, dato il concetto qui accolto di interpretazione, come elemento che concorre alla creazione della norma, nessun possibile elemento comune potrebbe avere con interpretazioni che si applichino ad oggetti diversi da una dichiarazione.

Va poi rilevato, che fuori del campo della dogmatica giuridica si dicono interpretazione, fenomeni difficilmente riducibili ad unità di categoria (interpretazione di una commedia vale: esecuzione di una « parte » - identificazione del motivo artistico fondamentale). Non va tuttavia escluso, che anche in campi diversi dal diritto, possa essere utilizzato lo schema della inesistenza di un valore oggettivo della dichiarazione interpretanda, e della inconoscibilità dell'atto spirituale corrispondente.

---

<sup>(100)</sup> Particolari conseguenze deriverebbero dall'accettare l'affermazione, che ogni norma giuridica non sia se non un elemento di rinvio di una norma fondamentale.



PARTE V.

I RISULTATI DELL'INTERPRETAZIONE

§ 28. - *L'INTERPRETAZIONE ESATTA, E QUELLA ERRATA.*

I. - È ovvio, che l'interpretazione cosiddetta errata non è una interpretazione: si tratterà di una interpretazione per così dire putativa. L'unica interpretazione vera e propria, è, a rigore, quella non errata (che, per evitare le ambigue parole « giusta » e « corretta » potrà chiamarsi « esatta »), la quale sola ha il risultato di permettere la conoscenza della norma interpretanda.

Una distinzione fra l'interpretazione errata, e quella esatta presuppone un criterio di distinzione tra il vero e l'errato. Ove siano presenti più criteri di verità, si formeranno, come è chiaro, altrettante coppie di categorie, di interpretazioni esatte, e di interpretazioni errate. Una teoria unitaria della interpretazione potrà aversi anche per interpretazioni di oggetti di natura disparata: ma non potrà aversi, per interpretazioni, i cui criteri di verità siano distinti.

È stato dimostrato, che il criterio desiderato non può essere

fornito dalla coincidenza del risultato dell'interpretazione con il contenuto dell'atto psichico di volizione dei fattori legislativi, nè con un preteso significato oggettivo della dichiarazione legislativa (§§ 6, 7).

Contro la opinione dominante nella dottrina, si è poi negato un qualsiasi valore deontologico ad ognuno dei possibili metodi di interpretazione <sup>(1)</sup>, cosicchè sarà impossibile una identificazione della interpretazione esatta, con la interpretazione, condotta mediante il ricorso a determinati mezzi, od ispirata a determinati criteri politici (bene sociale, tutela dei bisogni umani, ecc.) (§§ 9 e 10).

Il criterio di verità dovrà allora essere ricercato - per quanto tale affermazione possa a prima vista ripugnare - unicamente nella coincidenza fra il risultato dell'atto ermeneutico, da criticare, e quello dell'atto ermeneutico, compiuto da un determinato soggetto.

Ove si voglia scartare *a priori* la soluzione, che non sussista una interpretazione esatta, ed una interpretazione errata; basandosi sul presupposto che nessuno si astiene dal chiamare « errate » determinate interpretazioni <sup>(2)</sup>, si è necessariamente costretti, ad identificare il criterio di verità dell'atto ermeneutico, con la coincidenza del risultato della interpretazione, con un determinato significato soggettivo della norma (ossia, con il significato, che un soggetto predeterminato attribuisce alla norma). Per cui, il problema in esame è il problema della scelta, del soggetto autorizzato a discriminare il risultato esatto da quello errato.

Si premette, che ovviamente qualsiasi critico può paragonare ogni risultato di interpretazione alla propria (considerata

---

<sup>(1)</sup> Per l'equivalenza dei metodi, almeno dal punto di vista della dottrina dell'interpretazione, si dichiara SCHREIER, op. cit., pag. 8.

<sup>(2)</sup> Cfr. anche WURZEL, op. cit., pag. 97.



*a priori* come esatta); e creare un criterio di esattezze, che valga ai fini della sua propria valutazione. Si domanda però, se si possa ottenere anche un criterio, che serva ad ogni fine, ed abbia un valore universale.

A tale questione, non può darsi una risposta, che non sia legata ad una determinata e particolare concezione del diritto.

2. - a) Si premette che il diritto è la norma coercibile o fatta valere dallo Stato, o garantita dall'Autorità sociale <sup>(3)</sup>. La coercibilità è data non già dalla presenza di uno stato di fatto (coercizione dell'individuo, cosicchè egli non possa comportarsi in modo anti-giuridico) ma da uno stato di diritto (validità di una norma sanzionatoria). Ma sembra ovvio che la esistenza di una norma sanzionatoria sia condizionata a sua volta, dal dato di fatto della probabile sua osservanza: mancando l'applicazione della norma secondaria, viene a mancare la coercibilità di quella primaria.

In questo caso, è diritto ciò che viene, nel fatto, preteso dall'ordinamento giuridico, mediante la coazione operata da magistrati e funzionari. È chiaro che, essendo le sentenze dei magistrati in contraddizione le une con le altre, bisognerà ammettere, che l'ordinamento giuridico deleghi loro una data facoltà discrezionale di decisione, astenendosi dal dettare norme, le quali determinino di per sè quale debba essere la conseguenza giuridica di vari fatti umani. La possibilità di un controllo dell'attività giurisdizionale ed esecutiva, affidata ad un gruppo di organi gerarchicamente facenti capo a pochissimi collegi giudicanti, semplifica notevolmente il criterio di esattezza, obbligando ad identificarlo, con la corrispondenza al criterio di de-

---

<sup>(3)</sup> Cfr. tra gli altri ZACHARIAE, JHERING, COVIELLO, SIMONCELLI, DE RUGGIERO.

cisione, adottato od adottando alla suprema magistratura, o dal supremo collegio giudicante (4).

Alla figura della discrezionalità non sarà necessario ricorrere, se non nel caso, che due diversi atti giurisdizionali od amministrativi, entrambi sottratti a gravami, abbiano contenuti incompatibili, e la reciproca contraddizione non possa spiegarsi neppure con una diversa natura della fattispecie, a cui la norma deve applicarsi.

Si è posto altrove (§ 23 n. 1) il problema, se l'interprete contribuisca a creare il diritto (nel senso avanti precisato) a modo proprio, anche quando applichi il proprio atto ermeneutico ad un diritto storico, o ad un testo per lui incomprensibile.

Può ora risponderci che, ove si richieda come elemento costitutivo della norma la sua osservanza di fatto (sia pure da parte del solo organo giurisdizionale supremo), la norma apparirà a qualsiasi straniero o postero (come, del resto, ad ogni consociato) come qualcosa di ontologicamente concluso e perfezionato, purchè la sua creazione (attraverso la dichiarazione e la interpretazione del magistrato) sia perfetta.

3. - b) Si premette, che la norma è giuridica, quando è riferibile alla volontà dello Stato (variante: quando è riferibile o connessa ad una istituzione, o ad un ordinamento giuridico) (5). Poichè il riferimento alla volontà dello Stato non può avvenire, se non attraverso ad una operazione mentale dell'interprete, il quale arbitrariamente suppone la esistenza di uno Stato, e gli imputa di volere, o gli riferisce la norma, tale pre-

---

(4) Diversa questione è, fino a che punto l'interprete, nell'atto in cui compie la critica dei risultati di atti ermeneutici proprii o altrui, si lasci influenzare dallo stato di fatto, che il risultato delle interpretazioni coincida, o non coincida, con la norma applicata dalla magistratura giudicante.

(5) Cfr. soprattutto ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Parte I, Pisa 1917.



messa equivale (ai soli fini della ricerca di un criterio di esattezza nella interpretazione) alla premessa, che la norma è un giudizio ipotetico, mediante il quale si riferisce allo Stato una serie di comportamenti (delle autorità esecutive o giudiziarie), a condizione che si svolgano dietro il presupposto del verificarsi di determinate ipotesi (6).

Nel caso, che si accetti questa premessa, sarà squisitamente personale il criterio che permette al critico di dichiarare, che un determinato comportamento del consociato è voluto dallo Stato; ovvero, che un comportamento di un determinato giudice è applicazione di una norma statutale, e non, ad es., un illecito giuridico, o l'esercizio di una facoltà discrezionale; ovvero, infine, che il comportamento di un determinato organo statutale è comportamento imputabile allo Stato, in base alla norma, ovvero che non è imputabile allo Stato, e che non può dal punto di vista giuridico giustificarsi meglio, di quanto non lo possa una rivoluzione.

Non deve in ogni caso pensarsi, ove si vogliano accettare le premesse in esame, che una parte del contenuto della norma giuridica sussista relativamente alla mente dell'interprete, e che una parte sia invece, per una assoluta necessità, riconosciuta da tutti come obbiettivamente valida. Per il critico, il quale giudichi l'atto dell'interprete, tanto poco fondamento ha, nella dichiarazione legislativa, la norma più ovvia, come la norma più discussa. Si è già ripetuto, che la dichiarazione non ha, in sè e per sè, alcun significato, e che per conseguenza l'unica sua portata è quella che le attribuisce l'interprete.

È perciò chiaro, che, se il critico (anch'egli, in definitiva, interprete!) parlerà di una creazione di norme ad opera dell'interprete (soprattutto in presenza di quei casi-limite, in cui

---

(6) Cfr. gli Autori della scuola viennese.

anche il profano ha la sensazione, che la dichiarazione legislativa incida pochissimo sulla determinazione della portata della norma), egli potrà fare ciò, solo in quanto, rispetto ad un suo personale criterio di esattezza, quella determinata interpretazione risulta errata.

Secondo le premesse, da cui sono mosse queste considerazioni, il soggetto, avente il potere di sancire, quali interpretazioni siano esatte, e quali errate, è l'interprete stesso, nell'atto in cui esamina i risultati della propria interpretazione (necessariamente esatta), e dell'interpretazione altrui (esatta, od errata, a seconda che coincida o non coincida, con la propria).

Sarebbe desiderabile, per rimediare all'anarchia ed alla mancanza di valore universale propria di un criterio di esattezza così soggettivo, di poter ridurre la figura empirica dell'interprete alla figura di un interprete tipico, espressione dell'interprete in generale, privato di tutte le sue peculiarità personali. Ma tale fantasiosa figura va rigettata con la stessa energia, con cui si è rifiutata la figura di un legislatore espressione del popolo o della nazione, spersonalizzato, e tuttavia capace di emanare norme.

Deve allora restare pacifico, che (ferme le premesse in esame) come ogni interpretazione del diritto è senza eccezione esatta, purchè non sia intrinsecamente contraddittoria, così ogni interprete può creare (o, meglio, contribuire alla creazione, nel senso avanti stabilito) il diritto a modo proprio <sup>(7)</sup>: salvo che (come, empiricamente, si può dire, che suole accadere) l'interprete non compia, col proprio pensiero, a determinati fini, una operazione di rinvio, giudicando, in ordine a diritti stranieri o

---

<sup>(7)</sup> Ciò è visto dal MERKL (op. cit., pag. 549) almeno a proposito delle norme fondamentali, là dove afferma: « Con una formulazione estrema si può anzi sostenere, che sussistono appunto tanti ordinamenti giuridici quanti metodi di interpretazione ».



storici, ad es., che è diritto giapponese, quella norma, che può essere ricavata dal testo della legge giapponese, da chi conosca quella lingua, oppure, che è diritto romano il diritto che i Romani interpretavano e conoscevano, oppure quello, che i Romani applicavano.

§ 29. - *L'INTERPRETAZIONE COSIDDETTA RESTRITTIVA, STRETTA, LATA, ESTENSIVA, ECC.*

La dottrina ha da tempo rilevato, che l'interpretazione non può aver altro contenuto, che la esplicazione del significato della norma, e che non si può parlare, senza contraddizione, di una interpretazione che estenda o restringa la portata della medesima. Si preferisce perciò affermare, che la interpretazione constata, come la formula legislativa coincida esattamente col pensiero legislativo, o esprima più, o meno, di quel che fu voluto, e che i diversi risultati, a cui giunga la interpretazione, corrispondono ai diversi rapporti, in cui si può trovare la parola della legge, col pensiero in essa espresso.

Come possa, presso un medesimo Autore, trovare credito contemporaneamente il mito della volontà del legislatore, ed il dogma del significato obbiettivo della dichiarazione, e in qual modo possa rivelarsi la volontà del legislatore, divergente dalla dichiarazione legislativa, è alquanto difficile da comprendere.

È chiaro, in ogni modo, che una simile duplice costruzione di significati obbiettivamente sussistenti (significato coincidente con il valore della dichiarazione, e significato coincidente con il contenuto della volontà legislativa) non può, per le considerazioni svolte nella parte II della presente trattazione, accogliersi.

Un parziale miglioramento viene apportato alla dogmatica

tradizionale dall'Allara <sup>(8)</sup> dove parla di « divergenza tra la effettiva portata della norma, e la dichiarazione della norma stessa ». Si mette qui a confronto una figura indubbiamente ammissibile (la portata effettiva della norma), con una figura, che va riconosciuta inaccettabile, perchè, come si è più volte ripetuto, la dichiarazione normativa non ha, in sè e per sè, alcun significato.

Volontà legislativa, significato della dichiarazione legislativa, portata della norma, sono realtà equivalenti ed identiche: tali espressioni non indicano altro che il contenuto della norma, nella fase conclusiva della attività ermeneutica.

Come possa sdoppiarsi il concetto della portata della norma, fino a comparire come il contenuto (enunciato nella formula di un imperativo) di due atti non solo formalmente distinti, ma anche sostanzialmente contraddittorî (volontà e dichiarazione, norma e dichiarazione), può mostrare solo una analisi, delle diverse operazioni, che l'interprete può compiere in presenza della fonte legislativa.

Si è già rilevato, (vedi pag. 112 a proposito delle lacune), che l'interprete, sebbene sia sforzato dalla sua stessa complessa natura a dare alla dichiarazione normativa quel significato, che gli sembra più ovvio, al lume di tutte le nozioni e sentimenti che lo guidano, non ha un obbligo giuridico di lasciarsi guidare da questi sentimenti e nozioni: e può prescindere, fittiziamente, da alcune di queste sue nozioni, per escogitare, a freddo, significati artificiosamente falsati della dichiarazione stessa (così come, nella vita comune, se richiedo al macellaio un pezzo di carne, egli può artificiosamente prescindere dalla sua conoscenza delle circostanze, in cui si svolge la domanda, ed affermare, che non ho specificato, se la voglio cruda o cotta). È chiaro

---

<sup>(8)</sup> ALLARA: *Le nozioni cit.*, II ed., pag. 79.



che, purchè non rinunci al mezzo linguistico, egli potrà immaginare tutta una serie di significati fittizi della norma, combinando norme (fittizie), che si potrebbero definire così: quelle norme che si avrebbero se l'interprete mancasse di una o più di quelle nozioni o di quei sentimenti che si riflettono nel processo ermeneutico.

L'antitesi fra il significato (obbiettivo) della dichiarazione, e quello (subbiettivo) della norma, va sostituita con l'antitesi fra una interpretazione vera e propria (condotta con tutti i mezzi ermeneutici possibili), ed una interpretazione fittizia (condotta, prescindendo da alcuni mezzi).

Poichè i mezzi possono dividersi e suddividersi all'infinito, si possono immaginare interpretazioni fittizie in numero illimitato: l'interprete può prescindere dalla nozione della storia, ovvero da quella del diritto comparato, ovvero dall'una e dall'altra, ovvero soltanto da alcuni elementi dell'una o dell'altra (ad es. dalla conoscenza di un determinato codice straniero), ecc.; ed è anche chiaro, che un procedimento ermeneutico, fino ad un certo momento praticato, può diventare semplicemente fittizio, quando l'interprete si impossessi di nuove cognizioni <sup>(9)</sup>.

La interpretazione fittizia, condotta con il solo elemento linguistico, può ben essere presa come punto di riferimento, per misurare il risultato della interpretazione vera e propria: ed ogni altra interpretazione fittizia può servire allo scopo. Inoltre due interpretazioni fittizie possono essere considerate l'una restrittiva, e l'altra estensiva, nei confronti reciproci, e, infine,

---

<sup>(9)</sup> Storicamente, tale fenomeno è frequentissimo. Nuove nozioni in tema di psicologia, di antropologia, ecc., influiscono sull'interpretazione di branche fondamentali del diritto (diritto penale, diritto processuale, ecc).

una interpretazione fittizia può dirsi restrittiva od estensiva nei confronti della norma reale.

Si è già detto, che la antitesi non va posta fra l'elemento oggettivo dell'interpretazione (dichiarazione normativa) e l'elemento soggettivo, ma fra gli atteggiamenti dell'elemento soggettivo medesimo (intervento di tutte le nozioni dell'interprete; intervento di un numero limitato delle nozioni dell'interprete): si può anche aggiungere, che potrebbe venire in considerazione qualche distinzione tra gli elementi costitutivi dell'elemento oggettivo della interpretazione (parole - sistematica - modalità cronologica della dichiarazione), che permetterebbe di contrapporre alla interpretazione reale una interpretazione fittizia che si eserciti prescindendo da alcuni elementi oggettivi.

Al lume delle considerazioni svolte, emerge, che le espressioni « contenuto della norma, quale risulta dal testo della legge », « *plus, minus scripsit quam voluit* », dovrebbero essere proscritte. Le tiene in vita una illusione persistente, che l'interpretazione sia in primo luogo una conoscenza del volere storico del legislatore, e che da essa possa distinguersi una conoscenza della dichiarazione, ed una terza conoscenza, dall'oggetto non univocamente precisato (volontà presunta, o ipotetica del legislatore, ecc.), e che ciascuna conoscenza abbia poi diverso potere di soppiantare le altre, in caso di collisione <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Non è stato finora definito, in base a quale segno comune si può far corrispondere ad una data norma reale, una norma fittizia (rispetto a cui la norma reale si presenta come risultato di un'interpretazione estensiva o restrittiva): o, secondo il linguaggio volgare, ad una volontà, una dichiarazione corrispondente. Secondo il linguaggio volgare, si deve aver riguardo al frammento legislativo, che viene interpretato, ora con povertà, ora con pienezza di mezzi ermeneutici. Senonchè, ogni interpretazione vera e propria deve tener presente tutto l'insieme delle dichiarazioni legislative, per cui non si può stabilire una corrispondenza tra un atto ermeneutico, ed un atto ermeneutico fittizio, sulla base dell'oggetto comune. Più ade-



Resta da esaminare la sistematica dei rapporti che intercorrerebbero fra la interpretazione perfetta e quella fittizia (o, per le ragioni già dette, anche fra quelle fittizie), secondo la dottrina comune. Essa distingue, al riguardo, sette tipi di risultati dell'interpretazione: interpretazione analogica - estensiva - lata - dichiarativa - stretta - restrittiva - abrogativa, salvo varianti (le interpretazioni lata e stretta sarebbero sottospecie di quella dichiarativa - l'interpretazione analogica non differisce da quella estensiva - ecc.).

Sulla distinzione fra l'interpretazione analogica e quella estensiva l'accordo non è ancora raggiunto <sup>(11)</sup>.

È però ineccepibile la critica che muove il Bobbio <sup>(12)</sup> alla distinzione, analizzandone i tre pretesi fondamenti - divergenza nei presupposti delle due interpretazioni (quella per analogia presupporrebbe mancanza di volontà); divergenza nei loro effetti (l'analogia sarebbe creatrice); divergenza nelle loro funzioni (l'una si eserciterebbe su una volontà, e l'altra su una dichiarazione). Qui sia sufficiente, da un canto, rinviare a quanto s'è detto, in ogni parte della presente trattazione, sulla cosiddetta mancanza di volontà del legislatore, sulla funzione creatrice dell'interpretazione, e infine sulla volontà e sulla dichiarazione come oggetti di interpretazione, e, dall'altro canto, notare che il concetto di interpretazione analogica è il concetto di un procedimento ermeneutico, condotto con ricorso ad un determinato mezzo, e deve essere messo su un piano, con i con-

---

guata può apparire una corrispondenza basata sulla identità delle fattispecie prese in considerazione sia dalla norma fittizia sia da quella reale (che divergerà dalla fittizia per ciò che concerne la considerazione normativa), o sulla identità della considerazione normativa delle due norme (che divergeranno per ciò che concerne la fattispecie).

<sup>(11)</sup> L'opinione più comune è espressa con perspicuità dal COVIELLO, *Manuale cit.*, pagg. 72 segg.; cfr anche RIEZLER, in *STAUDINGER, Kommentar zum B. G. B.*, Monaco, Berlino, I vol., pagg. 34 segg.

<sup>(12)</sup> BOBBIO, *op. cit.*, pagg. 140 e segg. Cfr. anche DONATI, *op. cit.*, pag. 49 nota.

cetti di interpretazione storica, sociologica, ecc. Il risultato sarà sempre e solo una divergenza tra una interpretazione fittizia, e l'interpretazione reale: divergenza che è sufficiente illustrare con l'espressione « interpretazione estensiva » <sup>(13)</sup>. È stato del resto notato dal Wurzel <sup>(14)</sup> e dal Bobbio <sup>(15)</sup>, che gli esempî più tipici di interpretazione per analogia, avanzati da un Autore, vengono da altri Autori spesso indicati quali esempî tipici di interpretazione estensiva.

Il concetto di interpretazione lata a sua volta non differisce da quello di interpretazione estensiva. Una differenza si può invocare sempre e solo sul presupposto della coincidenza di alcuni tipi di interpretazione con la ricostruzione della volontà del legislatore, e di altri tipi di interpretazione con la chiarificazione del contenuto o di uno dei determinati possibili significati della dichiarazione, e di un ulteriore tipo di interpretazione come ricerca libera del diritto. Basta leggere un qualsiasi manuale istituzionale, per persuadersi dell'equivoco.

Reciproca, della distinzione fra interpretazione lata estensiva ed analogica, è quella fra interpretazione stretta restrittiva ed abrogante. Anch'essa manca di un valore dogmatico indiscutibile. Quanto alla figura della interpretazione abrogativa, basti osservare, che, come ogni modifica di norma si risolve in una creazione, od in una abrogazione di norme, così qualsiasi interpretazione restrittiva potrebbe ridursi allo schema della interpretazione abrogativa.

---

<sup>(13)</sup> In favore della distinzione s'è levato di recente il GIANNINI, *L'analogia* cit., sulla base della funzione integrativa e non interpretativa dell'analogia, (*Jus* 1941, pag. 522), o sulla base del ricorso ai principi praticato nell'analogia (*Jus* 1941, pag. 531), su cui v. retro § 23 n. 3 sub c).

<sup>(14)</sup> WURZEL, op. cit., pag. 19.

<sup>(15)</sup> BOBBIO, op. cit., pag. 145. Ivi si fa notare che il FERRARA (op. cit., pagg. 22 e 230) presenta un medesimo caso, come esempio di interpretazione estensiva, e come tipo di analogia!



## I N D I C E

NOTA BIBLIOGRAFICA . . . . .	pag.	5
Parte I: <i>CARATTERE ED OGGETTO DELLA TRATTAZIONE</i> . . . . .	»	9
§ 1 - <i>In quali sensi possa darsi una definizione dell'interpretazione.</i> (1. Necessità di premettere alla trattazione una definizione - 2. Mancanza di una definizione soddisfacente 'nelle trattazioni degli Specialisti - 3. Difetti delle definizioni contenute nei trattati e manuali istituzionali) . . . . .	»	9
§ 2 - <i>Se la interpretazione sia regolata da norme giuridiche.</i> (1. Premessa - 2. Impossibilità di concepire norme giuridiche sull'interpretazione) . . . . .	»	13
§ 3 - <i>Gli artt. 12 e 14 delle preleggi al c.c. 1942</i> . . . . .	»	18
§ 4 - <i>Carattere interpretativo o classificatorio della trattazione</i> . . . . .	»	20
Parte II: <i>L'OGGETTO DELLA INTERPRETAZIONE</i> . . . . .	»	23
§ 5 - <i>In quali sensi si possa parlare di elementi oggettivi dell'interpretazione</i> . . . . .	»	23
§ 6 - <i>Irrilevanza dell'atto spirituale normativo del legislatore.</i> (1. Generalità - 2. Confutazione della teoria dell'atto spirituale) . . . . .	»	26
§ 7 - <i>Inesistenza di un significato oggettivo della dichiarazione normativa.</i> (1. Il significato obbiettivo in senso stretto - 2. Il significato usuale - 3. La costruzione) . . . . .	»	31

§ 8 - <i>Impossibilità di una determinazione univoca di una volizione « in astratto » dell'autore della dichiarazione</i> . . . . .	pag. 37
§ 9 - <i>Irrelevanza degli scopi del diritto.</i> (1. I fondamenti della teoria dell'interpretazione teleologica - 2. La relazione tra mezzo e scopo sussiste obiettivamente - 3. Irrelevanza dello scopo del diritto - 4. La tutela del benessere pubblico - 5. La comparazione degli interessi - 6. La certezza del diritto, la praticabilità, ecc. - 7. La vera natura dei cosiddetti scopi del diritto) . . . . .	» 40
§ 10 - <i>Irrelevanza degli scopi della norma.</i> (1. Indeterminatezza degli scopi della norma - 2. La <i>ratio iuris</i> come realtà normativa - 3. La <i>ratio iuris</i> come realtà sociologica - 4. La <i>ratio iuris</i> come tutela di un interesse - 5. La <i>ratio iuris</i> come ragion giustificatrice della norma) . . . . .	» 49
§ 11 - <i>La dichiarazione normativa come elemento oggettivo della interpretazione.</i> (1. Generalità - 2. L'elemento soggettivo e le circostanze del comportamento dichiarativo - 3. Casi in cui l'oggetto dell'interpretazione è difficile da individuare - 4. La consuetudine - 5. Le lacune - 6. Il sistema legislativo - 7. Il linguaggio del legislatore) . . . . .	» 58
Parte III: <i>IL SOGGETTO DELLA INTERPRETAZIONE</i> . . . . .	» 69
§ 12 - <i>In quale senso si possa parlare di elementi soggettivi dell'interpretazione.</i> (1. L'interprete - 2. I « mezzi ermeneutici » dell'insegnamento tradizionale) . . . . .	» 69
§ 13 - <i>La conoscenza della lingua.</i> (1. Funzione dell'elemento in esame - 2. La proiezione dei concetti nel tempo - 3. Alcuni casi di costruzione - 4. Il valore tecnico ed il valore volgare delle parole - 5. La conoscenza del lessico implica una serie di conoscenza del mondo esterno) . . . . .	» 71
§ 14 - <i>La conoscenza della storia del diritto</i> . . . . .	» 76
§ 15 - <i>La conoscenza del diritto comparato</i> . . . . .	» 78
§ 16 - <i>La conoscenza del diritto naturale</i> . . . . .	» 78



§ 17 - <i>La conoscenza della natura sociologica della fattispecie da regolare</i> . . . . .	pag. 81
§ 18 - <i>La conoscenza dei giudicati precedenti</i> . . . . .	» 84
§ 19 - <i>La conoscenza dello scopo della norma</i> . . . . .	» 85
§ 20 - <i>Il sentimento dell'uguaglianza giuridica.</i> (1. Il fondamento dell'analogia nella dottrina - 2. Il principio dell'uguaglianza giuridica - 3. Il contenuto di tale principio - 4. La costruzione delle classi ai fini dell'analogia - 5. Esempi) . . . . .	» 87
§ 21 - <i>Classificazione degli elementi soggettivi</i> . . . . .	» 104
§ 22 - <i>Il valore degli elementi ermeneutici soggettivi.</i> (1. Il valore degli elementi ermeneutici soggettivi in generale - 2. Il valore degli elementi ermeneutici soggettivi in caso di lacune) . . . . .	» 106
Parte IV: <i>LA NATURA DELL'ATTO ERMENEUTICO</i> . . . . .	» 114
§ 23 - <i>La formulazione dogmatica della natura dell'atto ermeneutico.</i> (1. I caratteri dell'atto ermeneutico - 2. La distinzione tra interpretazione, integrazione, creazione, ricerca, ecc. del diritto - 3. Sua critica) . . . . .	» 114
§ 24 - <i>La creazione del diritto ad opera dell'interprete.</i> (1. Impostazione generale - 2. Interpretazione e applicazione come esecuzione e come sussunzione - 3. La norma non può essere creata dalla sua esecuzione - 4. La norma non può essere creata dalla sua interpretazione - 5. La norma non può essere creata dalla sua applicazione intesa come operazione logica) . . . . .	» 123
§ 25 - <i>L'atto ermeneutico nella creazione del diritto, in alcuni casi particolari.</i> (1. Generalità - 2. La consuetudine - 3. L'energia nella dichiarazione normativa) . . . . .	» 142
§ 26 - <i>L'interpretazione del diritto, e l'interpretazione dell'atto giuridico.</i> (1. Il problema della categoria unitaria dell'interpretazione giuridica - 2. La natura delle norme sull'interpretazione dell'atto giuridico - 3. L'interpretazione dell'atto come indagine della fattispecie - 4. L'interpre-	

tazione dell'atto come determinazione delle sue conseguenze giuridiche) . . . . .	pag. 148
§ 27 - <i>L'interpretazione del diritto e l'interpretazione in generale</i> . . . . .	» 158
Parte V: <i>I RISULTATI DELL'INTERPRETAZIONE</i> . . . . .	» 159
§ 28 - <i>L'interpretazione esatta, e quella errata.</i> (1. I criteri oggettivo, metodologico, e soggettivo di esattezza - 2. Il criterio ricavato dalla concezione del diritto come norma coercibile - 3. Il criterio ricavato dalla concezione del diritto come norma statutale) . . . . .	» 159
§ 29 - <i>L'interpretazione cosiddetta restrittiva, stretta, legata, estensiva, ecc.</i> . . . . .	» 165



UNIVERSITÀ DI TORINO  
PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO GIURIDICO

MEMORIE (SERIE II)

I -	Vassalli F., Franchi L., G. P. Chironi - 1928	--
II -	Dulio E., Un illuminista piemontese, Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco - 1928	--
III -	Grosso G., Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia» - 1928	--
IV -	Passerin d'Entreves A., La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna - 1929	(esaur.)
V -	Dulio E., Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico - 1929	--
VI -	Grosso G., Contributo allo studio dell'adempimento della condizione - 1930	(esaur.)
VII -	Einaudi M., Edmondo Bureke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche - 1930	--
VIII -	Chiaudano M., Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII - 1930	(esaur.)
IX -	Agosti G., Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV. (Il «Consilium Callimachi») - 1930	--
X -	De Bernardi M., Giovanni Botero economista. (Intorno ai libri «Delle cause della grandezza delle città») - 1931	--
XI -	Balladore Pallieri G., I «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale - 1931	--
XII -	Ferroglio G., La condizione giuridica delle confraternite - 1931	--
XIII -	Treves R., La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento - 1931	--
XIV -	Alberti A., Alberto Radicati di Passerano (Contributo al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del Sec. XVIII) - 1931	--
XV -	Comba M., Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico - 1931	--
XVI -	Einaudi M., Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzione delle leggi negli Stati Uniti d'America - 1931	(esaur.)
XVII -	Bizzarri D., Il documento notarile quarentigiato (Genesi storica e natura giuridica) - 1932	--
XVIII -	Largu V., Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica - 1932	--
XIX -	Balladore Pallieri G., La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui - 1932	--
XX -	Gualazzini U., Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel Medio Evo (Contributo alla storia del diritto del lavoro) - 1932	--
XXI -	Monaco R., L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale - 1932	--
XXII -	Passerin d'Entreves A., Riccardo Hooker (Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale 1932	(esaur.)
XXIII -	Bodda P., La nozione di «causa giuridica» della manifestazione di volontà del diritto amministrativo - 1933	--
XXIV -	Predella C., La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato - 1934	(esaur.)
XXV -	De Castro D., Metodi per calcolare gli indici della criminalità - 1934	--
XXVI -	Treves R., Il diritto come relazione. (Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo) - 1934	--
XXVII -	Maiorca C., Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria - 1934	(esaur.)
XXVIII -	Bobbio N., L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica - 1934	(esaur.)
XXIX -	Bobbio N., Scienza e tecnica del diritto - 1934	--
XXX -	Crosa E., Carlo Alberto e la concessione dello statuto - 1935	--
XXXI -	Marchello G., Il problema critico del diritto naturale - 1936	(esaur.)
XXXII -	Monaco R., I conflitti di legge in materia di cambiale - 1936	--
XXXIII -	Boddi C., I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano - 1936	--
XXXIV -	Maiorca C., La cosa in senso giuridico - Contributo alla critica di un Dogma - 1937	--
XXXV -	Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza (Relazione del Prof. Mario Ricca Barberis) - 1938	(esaur.)
XXXVI -	Bobbio N., L'antilogia nella logica del diritto - 1938	(esaur.)
XXXVII -	Piras S., La sostituzione fedecommisaria nel progetto di riforma del Codice Civile - 1938	--
XXXVIII -	Allera M., Greco P., Grosso G., Montel A., Ricca Barberis M., Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice Civile - 1938	(esaur.)
XXXIX -	Ricca Barberis M., L'evizione nella vendita giudiziale - 1938	--
XL -	Ricca Barberis M., La garanzia per evizione nella permuta - 1939	--
XLI -	Deiana G., I motivi del diritto privato - 1939	--
XLII -	Cansacchi G., Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate	--
XLIII -	Pugliese G., Appunti sui limiti dell'«imperium» nella repressione penale - 1939	--
XLIV -	Arno C., L'alienazione della cosa legata - 1939	--
XLV -	Leoni B., Il problema della scienza giuridica - 1940	--
XLVI -	Di Pace P., Il negozio per relationem - 1940	--
XLVII -	Pierandrei F., I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica - 1941	--
XLVIII -	Corrado R., Il negozio di accertamento - 1942	--
XLIX -	Marchello G., Studi sul concetto di oggettività sociale - 1942	--
L -	Baldi G., Saggio sulla donazione - 1942	--
LI -	Leoni B., Per una teoria amministrativa del diritto	--
LII -	Bodda P., La dispensa amministrativa - 1943	--
LIII -	Pedele A., La invalidità del negozio giuridico di diritto privato - 1943	--
LIV -	Pedele A., Decadenza e prescrizione - 1943	--
LIV -	Giusiana E., Decadenza e prescrizione - 1943	--
LVI -	Piacenza S., Saggio di un'indagine sul dolo specifico - 1943	--
LVI -	Savino M., La subordinazione nel rapporto di lavoro - 1944	--
LVII -	Ricca Barberis M., Acquisto per ritrovamento o invenzione - 1945	--
LVIII -	Berto G., Studi preliminari sulla trasformazione delle società - 1945	--
LIX -	Ferroglio G., Circoscrizioni ed enti territoriali della Chiesa - 1946	--

TESTI INEDITI O RARI

- I - *Botero G.*, Delle cause della grandezza delle città. Ristampa dell'edizione principe del 1588 a cura del Dott. *M. De Bernardi* - 1930 ---  
II - La «Glossa torinese», e le altre Glosse del MS. D. III 13 della Biblioteca Nazionale di Torino. A cura del dott. *A. Alberti*, con tre tavole fuori testo - 1933 ---  
III - Rendiconti mercantili inediti del cartolare di Giovanni Scriba, pubblicati con introduzione e commento dal dott. *G. Astuti*, con cinque tavole fuori testo - 1933 ---  
IV - *Gentilis A.*, De juris interpretibus (Dialoghi sex) a cura di Guido Astuti con prefazione di S. Riccobono - 1937 ---  
V - *Campanella T.*, Aforismi politici a cura di L. Firpo - 1941 . . . . . ---

MISCELLANEA

- Brondi V.*, Scritti minori raccolti a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino con prefazione di S. E. Santi Romano - 1934 . . . . . ---

23303



