

PRESENTAZIONE

Il libro raccoglie sei scritti, quattro realizzati e pubblicati nell'arco di un decennio (2001-2011), più due parzialmente inediti. In questa presentazione vengono spiegate le ragioni per le quali sono state messe assieme le pagine del libro e per le quali vengono proposte al lettore come un percorso articolato, non privo di qualche divagazione, ma unitario nelle ambizioni, con delle puntuali coordinate metodologiche e un costante e riconoscibile retroterra teorico. Per compiere questo tentativo di chiarificazione occorrono sia una premessa riguardante il titolo della raccolta, sia brevi precisazioni su ogni singolo lavoro.

La scelta del titolo (e del sottotitolo) *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ha ragioni di metodo e di contenuto.

Per quanto riguarda il metodo gli scritti del libro sono di ispirazione analitica e apparentati con le ricerche di metagiurisprudenza costruttiva¹. Tuttavia, la scelta del metodo non è indifferente riguardo all'oggetto. L'oggetto dell'analisi è costituito, infatti, dai discorsi realizzati e dai concetti impiegati dalla dottrina e dai giudici, e siffatto studio è compiuto al fine precipuo di svelare i presupposti da cui muovono e gli obiettivi che perseguono i giudici e i giuristi. V'è, inoltre, l'importante finalità di proporre ridefinizioni chiarificatrici dei concetti esaminati².

¹ R. GUASTINI, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1985, p. 12 ss. Seguire la via della metagiurisprudenza costruttiva significa elaborare ridefinizioni (dette pure definizioni esplicative) e sostenere che proporre ridefinizioni sia, o possa essere, filosoficamente proficuo, che modificare e innovare in parte il significato di un vocabolo riducendone vaghezza e/o ambiguità a partire dai suoi usi linguistici, sia di per sé un fine meritevole sul piano filosofico. Scrive sempre Guastini: «Lo stile "costruttivo": è l'approccio di quanti non si limitano ad un lavoro puramente descrittivo, "dal punto di vista esterno", ma invece intervengono direttamente nelle controversie tra giuristi: proponendo ad esempio delle ri-definizioni dei concetti contestati; ri-definizioni destinate, fatalmente, ad incidere sull'interpretazione dei documenti normativi. Questo tipo di teoria del diritto – non puramente descrittiva, ma anzi propositiva e stipulativa – si risolve, tendenzialmente, nella dogmatica stessa: è, se si vuole, la "alta dogmatica" di cui parla Scarpelli», R. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, Mucchi Editore, 2012, pp. 43-44.

² Esempi brillanti di impiego del metodo descritto sono i lavori di G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. ATIENZA-J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere* (2000), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2004, nel quale i due filosofi del diritto

Procedere con questo metodo e sull'oggetto indicato comporta sovente una mescolanza di ruoli tra il teorico del diritto e il giurista in senso stretto³, così da aver indotto l'introduzione nella filosofia del diritto contemporanea del sintagma "alta dogmatica" per designare tali ricerche. Per il vero non tutti concorderebbero con l'opinione che le ricerche di metagiurisprudenza costruttiva siano, o debbano essere, necessariamente di alta dogmatica e nemmeno con la tesi che tutte le ricerche di alta dogmatica siano, o debbano essere, di carattere metagiurisprudenziale nel senso indicato. Ciò dipende soprattutto dalla vaghezza (e probabilmente pure dall'ambiguità) della nozione di alta dogmatica. Non è il caso di inoltrarsi in complesse discettazioni sul metodo giuridico e sullo statuto della teoria e della filosofia del diritto, è opportuno però chiarire quali ricerche vengono proposte e perché per esse è calzante, seppur in grado differente, il sintagma "alta dogmatica". Così facendo risulterà chiaro cosa si intende per alta dogmatica e per quale ragione gli scritti di questo libro siano ad essa riconducibili e si collochino, appunto, tra teoria del diritto e dogmatica giuridica.

I contenuti del libro vertono sia sugli strumenti di lavoro tipici dei giuristi e dei giudici (l'interpretazione e l'integrazione del diritto in particolare), misurandoli col metro del confronto con le riflessioni della dottrina e con i provvedimenti giudiziari, sia sugli oggetti di indagine propri dei giuristi, ma esaminati con piena consapevolezza del metodo e delle questioni teoriche ad essi legate⁴. Metodo e contenuto sono,

spagnoli affrontano, come mostra il sottotitolo, il tema dell'abuso del diritto, della frode alla legge e dello sviamento di potere. Proprio sull'abuso del diritto verte il penultimo scritto di questo libro.

³ Il riferimento fatto alla categoria dei giuristi in senso stretto è un po' infelice, ma segno della difficoltà di distinguere nettamente il giurista dal teorico del diritto, non solo nella direzione della necessità per il teorico del diritto di essere anche un giurista, ma pure (se non addirittura soprattutto) nel senso che il giurista debba avere una solida formazione teorica. In tale direzione si muovono le considerazioni di L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti-V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 25-40. D'ora in poi in questa presentazione, per semplice comodità, si parlerà di dottrina o di giuristi *tout court* da un lato, di teorici del diritto dall'altro; mentre con la parola "giurisprudenza" ci si riferirà ai giudici tranne nel caso in cui essa compaia nel composto metagiurisprudenza.

⁴ Per un accostamento alla nozione di "alta dogmatica", v. M. JORI, *Empirismo e dogmatica giuridica*, in ID., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 78-81; e si rammenti quanto affermato a suo tempo da A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. Torino, Einaudi, 1965, pp. 26-27: «Il confine tra lo studio del diritto e la *jurisprudence* non è rigido. L'analisi logica si applica largamente anche nell'interno dello studio tradizionale del diritto. Non esiste alcun criterio interno per determinare là dove lo studio del diritto finisce e dove comincia quello della *jurisprudence*», e *jurisprudence*, è noto, significa, con una minima approssimazione, teoria del diritto. Sull'oggetto e sul metodo della dogmatica giuridica v. G. LARIGUET,

dunque, intimamente connessi. Vale la pena ripeterlo: l'oggetto dei vari scritti è costituito da temi tipici della teoria del diritto (le teorie dell'interpretazione giuridica, l'interpretazione sistematica, l'analogia giuridica etc.) e istituti di diritto positivo (la separazione personale dei coniugi, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il contratto, l'ipoteca etc.) tra loro sovente intrecciati. Laddove ci si cimenta con questioni più strettamente teorico-giuridiche non mancano esemplificazioni tratte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, a mo' di banco di prova delle tesi elaborate⁵. Di converso quando ci si occupa di istituti di diritto positivo, lo si fa in ragione di spunti di interesse teorico ed anche le proposte interpretative avanzate vogliono essere coerenti con un quadro filosofico di riferimento e con gli strumenti propri del metodo idoneo a tratterlo⁶.

Una notazione formale per i saggi già editi e qui riproposti: i criteri

Dogmática jurídica y aplicación de normas, Córdoba, Alverani, 2006, pp. 98-118; G. B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, cap. VIII e letteratura *ivi* citata.

⁵ L'esigenza per il filosofo del diritto analitico di mettere alla prova i propri strumenti di lavoro "studiando le cose" è stata più volte rimarcata da Giovanni Tarello, come sottolineano R. GUASTINI-G. REBUFFA, *Introduzione*, in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 9.

⁶ A parere di chi scrive il sintagma "alta dogmatica" può designare (almeno) le ricerche appena menzionate nel testo, ed a riprova di ciò si leggano le parole di M. JORI, *Empirismo e dogmatica giuridica*, cit., pp. 79-80: «Parlare di "dogmatica giuridica" infatti fa anche pensare alle concezioni del diritto, implicite e esplicite, che operano una qualche distinzione tra due tipi di descrizione giuridica, tra descrizione del diritto "alta" e "bassa". La distinzione può basarsi su elementi soggettivi, a seconda che siano i "pratici" o gli scienziati del diritto a farla; ovvero può basarsi su una distinzione metodologica, per cui la dogmatica sarebbe la fase meramente descrittiva [...] la scienza giuridica produrrebbe concetti ordinatori [...] ovvero [su] una interpretazione semiotica, distinguendo tra descrizione che si serve solo di definizioni lessicali, e descrizione che si serve anche di descrizioni esplicative e convenzionali prodotte dal teorico [...] A questi problemi non semplici di distinzione metodologica, si aggiungono essenziali distinzioni metametodologiche, che riguardano cioè il tipo di analisi metodologica e il suo fondamento: così si può analizzare il discorso (descrittivo) dei giuristi come è e come questi lo vedono; o anche come i giuristi non lo vedono, ma come i filosofi vedono che in realtà è; ovvero il discorso (descrittivo) dei giuristi come i teorici-filosofi dicono che dovrebbe essere. La più significativa di queste distinzioni è, secondo me, quella tra metodologia descrittiva e metodologia prescrittiva: tra la descrizione del metodo reale dei giuristi e la prescrizione di un metodo ideale di conoscenza giuridica». Una sicura fonte di ispirazione metodologica degli scritti che si propongono in questo libro è il filosofo del diritto Giacomo Gavazzi, vista la sua «costante preoccupazione per una teoria generale del diritto attenta al lavoro dei giuristi, alle loro esigenze di operatori che interpretano e applicano il diritto non meno che al loro ruolo nella continua (ri)definizione degli istituti e delle stesse categorie concettuali con le quali render conto della sua struttura e delle sue funzioni», così T. MAZZARESE, *Giacomo Gavazzi e la teoria generale del diritto. La provocazione della sobrietà stilistica e metodologica*, in EAD. (a cura di), *Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 9.

di citazione sono quelli della prima pubblicazione, ma da saggio a saggio non divergono di molto e le poche differenze non dovrebbero disturbare troppo il lettore o indurlo a formulare un giudizio di sciatteria, almeno questa è la speranza dell'autore.

È opportuno, ora, discorrere rapidamente dei singoli contributi.

Lo scritto di apertura riguarda le teorie dell'interpretazione giuridica. Più precisamente esso verte sui vari modi in cui è possibile trattare della nozione di interpretazione giuridica corretta, o predicare la correttezza dell'interpretazione giuridica, in ragione dell'impostazione filosofica in tema di interpretazione delle formulazioni normative all'interno della quale ci si colloca. Ciò porta con sé l'opportunità di una tassonomia delle teorie dell'interpretazione e impone di capire, alla luce del carattere proprio di ciascuna teoria, quali e quanti siano i criteri della correttezza dell'interpretazione, o, in termini più radicali, se sia sensato parlare di interpretazione giuridica corretta. La conclusione dell'articolo prospetta una chiara preferenza per una teoria moderatamente scettica dell'interpretazione giuridica e tale predilezione viene argomentata ponendo in rilievo i tratti specifici dello scetticismo moderato prescelto, nonché la capacità di tale teoria di distinguere tra interpretazione e integrazione giuridica.

Il secondo scritto riguarda l'interpretazione sistematica e ha una duplice finalità: proporre una adeguata ridefinizione della nozione per quanto riguarda l'interpretazione della legge; confrontare l'esito raggiunto con l'interpretazione sistematica di taluni atti giuridici non legislativi.

Il terzo saggio si pone in linea di continuità con i primi due ed è dedicato all'analogia giuridica. E infatti il passo dalle teorie dell'interpretazione giuridica, allo scetticismo interpretativo moderato, sino ad approdare all'analogia giuridica è davvero breve. Allo stesso modo è perpetuata l'abitudine di legare, in qualche guisa, l'analogia all'interpretazione sistematica. Nelle pagine in questione si pongono in rilievo alcuni, ma non tutti, i profili problematici dell'analogia giuridica e si prospettano soluzioni (provvisorie) per taluni di essi. In questo scritto auspico che il lettore colga, nello svolgimento del cammino attraverso il libro, l'omogeneità del metodo e dei presupposti filosofico-giuridici che animano tutto il volumetto. Misurarsi con l'analogia giuridica significa, infatti, scendere sul terreno di questioni quali, per esempio, la distinzione tra ragionamento analogico e interpretazione estensiva, tra l'analogia *legis* e *iuris*, e per tentare di dirimerle è indispensabile aver compiuto scelte intorno all'interpretazione giuridica nel suo complesso, al compi-

to assolto, al suo interno, dagli argomenti interpretativi, ai modi di costruire norme cosiddette inespresse nell'ordinamento e altro ancora.

L'analogia giuridica è oggetto anche del quarto saggio. Per il vero in esso si affronta un aspetto specifico del ragionamento analogico nel diritto che arricchisce e completa il quadro tracciato nel saggio immediatamente precedente. L'aspetto trattato è la nozione di *ratio legis*, il suo ruolo nell'analogia giuridica, e più in particolare se ed in quali termini attraverso la *ratio* si possano costruire analogie in grado di inserirsi armoniosamente nel sistema giuridico, garantendone (o senza romperne) la razionalità⁷.

Il quinto articolo verte sull'abuso del diritto. L'abuso del diritto, infatti, è oggetto di attenzione consolidata e ricorrente da parte della dottrina, della giurisprudenza e della teoria del diritto.

Dei due volti dell'alta dogmatica menzionati all'inizio di questa nota introduttiva, ossia per un verso ragionare, in virtù di ciò che giuristi e giudici dicono e fanno, intorno ad alcuni strumenti di lavoro tipici della dottrina e della giurisprudenza, e per l'altro verso affrontare le medesime questioni trattate dalla dottrina e dalla giurisprudenza applicando il metodo ed i contenuti di un determinato approccio teorico, sino ad ora si è mostrato in prevalenza il primo. Il compito di svelare per intero il secondo volto è affidato all'ultimo saggio. Il lavoro ha lo scopo di proporre una soluzione interpretativa appropriata a talune questioni dibattute nell'ordinamento italiano riguardanti gli ambiti della separazione personale tra coniugi, della cessazione degli effetti civili del matrimonio e dei diritti reali di garanzia.

Tuttavia, è opportuno sottolinearlo, inoltrarsi in profondità nel territorio della dottrina e della giurisprudenza non significa abdicare il ruolo di teorico del diritto, non vuol dire, cioè, costruire la tesi proposta in maniera non sufficientemente argomentata, o sviluppare ragionamenti contraddittori, non vuol dire, insomma, lavorare in maniera metodologicamente destrutturata⁸. Non significa neppure ricusare l'uso dell'ap-

⁷ Sui rapporti tra *ratio legis* e coerenza v. le pagine, sempre attuali, di G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 257-268.

⁸ Queste cautele dovrebbero essere proprie di ciascun giurista, ecco perché il giurista non può non essere anche teorico del diritto. Tuttavia, è bene ribadirlo, anche il teorico del diritto non può non essere giurista, non può teorizzare intorno ad un oggetto che ignora o conosce superficialmente. Preciso che in queste pagine introduttive le nozioni di "filosofia del diritto" e di "teoria del diritto" sono state usate in maniera equivalente, senza con ciò voler sostenere che la filosofia del diritto debba esaurirsi nella teoria del diritto. Sui vari modi di intendere la filosofia del diritto e la teoria del diritto, nonché le loro relazioni e differenze reciproche v. R. GUASTINI, *Introduzione alla teoria del diritto*, in ID., *Dalle fonti alle norme*, Torino,

parato di concetti tipico del filosofo del diritto per commentare sia la dottrina, sia la giurisprudenza. Al contrario è proprio mettendo in luce l'uso disinvolto, apodittico o inappropriato di tali concetti (per gli scritti in oggetto, solo per citarne alcuni: lacuna del diritto, principio del diritto, interpretazione sistematica, analogia, *ratio legis*) che si può criticare efficacemente la giurisprudenza e la dottrina, indicando, per esempio, una incongruenza tra il fine dichiarato e il mezzo usato per perseguirlo o che la conclusione raggiunta non è l'unica compatibile con le premesse poste, come magari asserito, e nemmeno quella più coerente con esse, oppure facendo emergere i presupposti etico-politici (volontariamente o involontariamente) non dichiarati delle scelte interpretative compiute da giuristi e giudici.

Ecco perché gli scritti qui proposti hanno una salda giustificazione teorico-giuridica e si legano senza fratture e disarmonie, pur se alcuni di essi sono nati al di fuori di uno stretto contesto di teoria del diritto. Detto in altri termini: pure dall'esame dei discorsi della dottrina e della giurisprudenza, praticando il "gioco" della critica giurisprudenziale e del confronto dottrinale, è possibile affrontare le questioni fondamentali e centrali della filosofia del diritto, senza sfuggire ad esse. Ciò che rileva è farlo omettendo di trascurare il diritto positivo e i discorsi di chi con esso e su di esso lavora⁹.

Giappichelli, 1992, pp. 281-293; più di recente V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 33-43; P. CHIASSONI, *L'utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2005, specie pp. 82-104.

⁹ Per la distinzione tra problemi fondamentali e centrali della filosofia del diritto v. M. JORI-A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 119: «Possiamo, in altre parole, chiamare problemi centrali di una disciplina [...] quelli che incontriamo ineluttabilmente nell'affrontare qualunque altro problema, senza che essi siano peraltro il punto di partenza e il fondamento filosofico delle domande e delle risposte: questi punti di partenza sono invece le soluzioni dei problemi fondamentali. Questa distinzione non riguarda solo i problemi di conoscenza e descrizione (epistemologici), ma anche quelli di valore, cioè etico-politici».