

Gli argomenti del giurista tra «premesse» e «strategie» interpretative

1.1 I problemi più significativi delle odierne dottrine e teorie dell'interpretazione; alcune notazioni di natura metodologica

Nella grande varietà di figure interpretative, l'interpretazione giuridica si distingue per essere al tempo stesso "actio interpretans" (interpretazione-attività)¹ e "designatum" (interpretazione-prodotto)², risultando oramai un dato non più discutibile nella dottrina giuridico-filosofica formatasi in tema d'interpretazione che ciò che caratterizza tali attività è determinato dall'oggetto³, dal risultato e dal metodo dell'interpretazione stessa⁴. Va subito chiarito con riferimento al tema dell'oggetto dell'interpretazione che in questa sede non è nostro intendimento affrontare lo spinoso problema se esso costituisca un dato prestabilito oppure se l'individuazione dello stesso sia l'effetto di un'attività già interpretativa⁵, né discutere, considerazioni che andrebbero svolte in via preliminare, alcune questioni, ancora irrisolte, poste da quel significativo movimento giuridico-filosofico che prende il nome di "realismo giuridico"⁶. Ai fini della presente ricerca ci basti solo evidenziare che accoglieremo la tesi proposta da autorevole dottrina dell'interpretazione⁷, secondo la quale l'oggetto dell'interpretazione è rappresentato da un testo giuridico⁸, normativo e autoritativo che sia, ossia una fonte del diritto. Molto più complesso, a nostro modo di vedere, deve essere il ragionamento da svolgersi con riferimento al metodo dell'interpretazione, che in ogni caso verrà compiutamente svolto infra, soprattutto per lo strettissimo legame che vi è tra la teoria generale del diritto, intesa come il risultato "classificatorio" della scienza giuridica e quindi la "sommatoria" delle varie dogmatiche, e l'attività interpretativa. Basti solo pensare che ormai più di cinquant'anni fa Enrico Opocher già afferma che «non v'è concezione della giurisprudenza che non implichi, a questo proposito, un'opzione esplicita od implicita tra l'alternativa della subordinazione di uno dei due momenti della giurisprudenza all'altro e quella (accolta per l'appunto anche da Bobbio) di una radicale separazione epistemologica tra l'attività del giurista in quanto interprete e l'attività del giurista in quanto teorico generale [...]». Ma ciò non toglie che concretamente il giurista passi continuamente dall'interpretazione alla teoria generale del diritto e viceversa, e che perciò un giurista che in ipotesi, limitasse il suo lavoro alla sola interpretazione od alla sola teoria generale del diritto, non sarebbe più tale», cosicché da un lato «la teoria generale del diritto può essere strumento prezioso d'interpretazione, dall'altro, è essa stessa frutto del lavoro interpretativo, nel senso che nessuna teoria generale del diritto [intesa appunto come il risultato della scienza giuridica] può essere costruita senza un continuo riferimento al contenuto delle norme giuridiche», tanto che è senza dubbio possibile affermare che «il giurista, nel suo lavoro d'interprete, viene via via ponendo le premesse della teoria generale del diritto, la quale, appare, sotto questo profilo, come esplicazione sistematica delle figure logiche che il giurista, in sede interpretativa, individua entro le norme giuridiche»⁹. D'altro canto, lo stesso Enrico Paresce, studioso di formazione neo-idealista e autore più di vent'anni dopo della voce "Interpretazione" dell'Enciclopedia del diritto, seppur con connotazioni negative, evidenzia come ogni teoria dell'interpretazione finisce per essere influenzata dall'«interminabile e dispersiva polemica sulla scientificità della scienza giuridica», cosicché solo la consapevolezza che «l'esperienza giuridica, nella quale si rivela il fenomeno giuridico nella sua concreta dinamica è il risultato di un complesso iter, che dal dato legislativo o consuetudinario giunge alle nuove formulazioni attraverso l'interpretazione e l'utilizzazione giudiziale della sua parte formalizzata [...] consente di superare le suggestioni di coloro che ripongono tutto il diritto nella forza logica espansiva interna al sistema e, coerentemente, nella norma astrattamente considerata, e finiscono per celebrarne la creatività della logica che permette, per la sua vantata forza espansiva, incrementi formali e millimetrici del diritto»¹⁰. Non diversa sarebbe stata la posizione in quegli stessi anni di Francesco Viola che a ragione con Giuseppe Zaccaria può oggi essere considerato uno degli esponenti più attenti della Scuola Ermeneutica italiana, il quale afferma non solo che «non vi è scienza del diritto al di fuori dell'opera del giurista interprete», tanto che l'interpretazione si può considerare come «il metodo proprio della scienza giuridica», ma anche, e su questo punto si concentrerà nel proseguo la nostra attenzione, che «l'interpretazione come metodo della scienza giuridica si atteggia in maniera diversa a seconda dei punti di riferimento dell'attività del giurista», cosicché «da questi punti di riferimento si trarranno regole apposite, punti di riferimento e regole costituiscono i vari criteri di d'interpretazione (teleologico, storico-evolutivo, sistematico etc.)»¹¹. Risulta indiscutibilmente sancito lo strettissimo legame tra scienza giuridica e teoria dell'interpretazione (almeno scientifica), al punto tale che le difficoltà epistemologiche che concernono il tema dei rapporti tra l'oggetto e il metodo della scienza giuridica finiscono per dover essere affrontate, quasi negli stessi termini, da chi invece voglia delineare una compiuta teoria dell'interpretazione. D'altro canto, è proprio con i primi anni Ottanta che comincia a manifestarsi in Italia quella che ancora oggi è considerata la concezione più in voga dei rapporti tra l'oggetto e il metodo dell'attività interpretativa entrambi attinenti alla cosiddetta "interpretazione-attività", secondo la quale l'oggetto dell'interpretazione coincide con enunciati che esprimono proposizioni normative nel senso di vere e proprie norme che regolano comportamenti oppure quali significati normativi di proposizioni che descrivono comportamenti effettivi in un dato contesto sociale. Proprio con riferimento al tema del metodo, risulta esemplare la relazione al XVI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica del 1987, in cui è Letizia Gianformaggio a spiegare che «il campo d'indagine della metodologia dell'interpretazione giuridica è il contesto della giustificazione interpretativa del diritto»¹², anche se, così cercando di prendere le distanze da una posizione irrimediabilmente scettica, «manca un criterio oggettivo per

accettare un'interpretazione e respingerne un'altra» poiché «gli argomenti addotti dagli operatori giuridici in favore delle loro scelte interpretative hanno carattere non di argomenti logici, e quindi stringenti, ma piuttosto di argomenti retorici, come tali più o meno persuasivi in relazione all'uditorio e ad una varietà di circostanze»¹³. In altri termini, sembra di poter dire che la scelta del criterio interpretativo A oppure B, e quindi l'interpretazione di un determinata norma nel senso A1 oppure B1, dipende dal risultato che l'interprete intende ottenere. Non è chi non veda come il tema finisca per intrecciarsi, indissolubilmente, con quello dei rapporti (e della distinzione) tra interpretazione e applicazione del diritto, distinzione sulla quale come dicevamo gli studiosi si sono di recente particolarmente affaticati¹⁴, proprio nell'intento di chiarire come accanto ad un'attività interpretativa lato sensu scientifica o comunque governata dai canoni della logica formale e deduttiva, occorra individuare un'attività qualitativamente diversa nella quale la regolamentazione della fattispecie concreta pone in tutta la sua gravità il problema delle valutazioni meta-giuridiche che presiedono alla decisione giudiziale. Ed è pertanto solo apparente il convincimento che minori discussioni debba sollevare il tema del risultato dell'interpretazione, dal momento che esso è strettamente correlato al fine dell'interpretazione, il quale dipende dal ruolo sociale del soggetto che deve individuare la "regola di condotta"¹⁵ che determina i comportamenti, che lascia emergere la razionalità del volere giuridico, la saggezza nascosta della legge¹⁶. In altri termini, la discussione in ordine al risultato dell'attività interpretativa viene comunemente risolta attraverso l'individuazione del ruolo specifico nel quale agiscono i soggetti-interpreti, se solo si pensi che l'interpretazione viene definita autentica se è proposta dal legislatore e costituisce una nuova norma, è denominata scientifica quando l'interprete è giurista, è giudiziale quando il soggetto è giudice. Il tema del risultato dell'attività interpretativa e il ruolo dell'interprete all'interno dell'ordinamento giuridico sono stati utilizzati per riconoscere e approfondire la differenza tra il problema dell'interpretazione del diritto e quello della sua applicazione, l'uno strettamente correlato ai problemi della scienza giuridica, l'altro ai procedimenti intellettuali che informano la decisione giudiziale, distinta in due procedimenti operativi, ricognitivo il primo che in nulla differisce dall'interpretazione dottrinale, assiologicoimperativo il secondo, proprio perché «le irrefrenabili esigenze del fatto, sia pure entro i vincoli di disposizioni che vogliono contenerlo nel letto di Procuste della fattispecie astratta»¹⁷, finiscono per influenzare lo stesso processo di ricognizione¹⁸. Infatti, se è Hans Kelsen negli anni Sessanta del secolo scorso a chiarire che «nell'applicazione del diritto da parte di un organo giuridico l'interpretazione teorica del diritto da applicare si ricollega con un atto di volontà, in cui l'organo incaricato dell'applicazione del diritto compie una scelta fra le possibilità rilevate dall'interpretazione teorica, cosicché con questo atto si produce una norma di grado inferiore o si esegue un atto coercitivo previsto dalla norma da applicare; grazie a questo atto di volontà, l'interpretazione giuridica dell'organo che applica il diritto si distingue da ogni altra interpretazione, particolarmente dall'interpretazione del diritto da parte della scienza giuridica»¹⁹, così tematizzando la distinzione tra interpretazione autentica e interpretazione scientifica²⁰, nei medesimi anni è lo stesso Herbert Hart a spiegare l'anno successivo come compito della scienza del diritto sia quello di delineare «l'area di significanza della norma», così da evidenziare i legami che intercorrono tra i «casi familiari» e i «casi-limite», tra «il cerchio di luce e la zona di penombra», al fine di comprendere che a seconda della diversa interpretazione proposta del medesimo termine, ne deriva una diversa soluzione del problema posto²¹, mentre le decisioni particolari spettano al giudice e non allo scienziato del diritto, il cui compito è quello di mostrare a quali condizioni una determinata scelta sia logica. Ed ancora. Se della distinzione tra interpretazione e applicazione del diritto negli anni Quaranta Francesco Carnelutti accentua l'aspetto processualistico²², Luigi Ferrajoli nel 1966 propone la distinzione a partire da una netta separazione degli universi di discorso entro i quali si sarebbero mosse tali diverse attività, cosicché l'«interpretazione dottrinale» dell'interprete «è sempre e solo conoscenza di norme, cioè delle proposizioni in lingua giuridica appartenenti al livello normativo sopraordinato all'esperienza di cui egli intende fornire la costruzione dommatica», mentre la cosiddetta «interpretazione operativa» «è sempre e solo interpretazione di concrete ed attuali esperienze, cioè comprensione del significato di queste quale si esprime nel linguaggio giuridico degli altri operatori (cioè dei soggetti con i quali l'interprete entra in rapporto), o, che è lo stesso, del significato che di esse è intelligibile in termini normativi»²³, proprio perché «la norma giuridica, riferendosi a segni, - e non a stati di cose - è incapace di trovare un riferimento, sia pure indiretto, nei fatti empirici del mondo esterno»²⁴. Il tema dei rapporti tra interpretazione e applicazione più di dieci anni dopo sarebbe stato ancora una volta affrontato con la consueta finezza da Giovanni Tarello²⁵, il quale evidenzia che, se è pur vero che vi sarebbe una parziale coincidenza fra le aree semantiche dei due vocaboli, la distinzione affonda le radici in una lunga vicenda della cultura giuridica europea, ove si sono affermati due ordini di credenze: «a) che del diritto, e di un diritto vigente, possa darsi una conoscenza teoretica, cioè che un diritto possa conoscersi indipendentemente dall'utilizzazione e applicazione; b) che, però, un diritto, per essere applicato, debba prima o contestualmente essere conosciuto, cosicché «l'interpretazione del diritto [è] un sottoprodotto della "scienza" del diritto, e dall'altro lato la natura del soggetto interprete [è] irrilevante e il giudice quando applica diritto compie la stessa attività "intellettuale" che è in primo luogo propria della scienza del diritto». Tali «teorizzazioni [Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross] pongono l'accento sul fatto - continua Tarello - che le attività degli organi di applicazione del diritto sono attività creative di diritto nuovo e - in quanto attività creative - non riducibili a mero fenomeno intellettuale né a mera attribuzione di significato a documenti», cosicché «il collegamento visibile tra l'applicazione della legge e l'interpretazione della legge è - nelle organizzazioni moderne - costituito dalla motivazione, cui molti organi dell'applicazione sono tenuti»²⁶. L'interesse non è quello di dimostrare come l'intera costruzione di Tarello risenta non poco della teorizzazione di Alf Ross, secondo il quale l'attività di applicazione è sempre creativa e risultato di decisione, cosicché il prodotto dell'applicazione è il «diritto valido» mentre i documenti normativi rilevano in quanto motivazione dell'attività di applicazione del diritto²⁷, quanto piuttosto evidenziare, anche utilizzando almeno in parte la distinzione

kelseniana tra interpretazione autentica e interpretazione scientifica, che oggi si tendono a tratteggiare due diverse fasi di attività interpretative: l'interpretazione che non produce immediati effetti giuridici né comunque prepara o giustifica un provvedimento (quella del giurista), e quella funzionalmente connessa all'assunzione di una decisione (quella del giudice, nettamente distinta da quella del giurista). Ne deriva che nella prima fase ci si deve occupare di individuare e descrivere le varie possibilità interpretative rientranti in uno medesimo schema normativo eventualmente suggerendo la soluzione assunta come preferibile, mentre nella seconda l'attenzione va posta sulle ragioni della scelta tra le diverse alternative indicate dalla scienza giuridica. In altri termini, e così avviandoci ad una prima interlocutoria conclusione, si può affermare che allo stato attuale nell'ambito delle dottrine sull'interpretazione giuridica due sono i grandi filoni di ricerca dei quali occorre dare conto:

1) quello avente ad oggetto il rapporto tra la fonte del diritto e le sue molteplici diverse interpretazioni, nonché il ruolo dei diversi criteri o argomenti dell'interpretazione giuridica all'interno delle costruzioni convenzionali ed operative della scienza giuridica;

2) lo studio dei criteri o giudizi (interpretativi) che presiedono alla scelta di una delle diverse possibili alternative suggerite dalla scienza giuridica. Ancora tre notazioni. La prima per spiegare come già l'indicazione di tali diversi ambiti di ricerca (quelli sub 1) e 2) di cui al capoverso precedente) accoglie pur con tutte le precisazioni del caso la distinzione propria del sillogismo giudiziale tra la "quaestio iuris" che attiene alle discussioni sulla fattispecie astratta e la "quaestio facti" che riguarda la cosiddetta fattispecie concreta, e in qualche misura, anche se solo per scopi prescrittivi, ne accentua la distinzione pur tentando di sfumarla. La seconda per chiarire come tali temi attengano quasi esclusivamente allo studio della "quaestio iuris"; anzi, proprio il tema sub 2) postula una netta separazione tra quest'ultima e la "quaestio facti". La terza per evidenziare come tali problematiche presuppongano oggi l'impossibilità di costruire una unitaria dottrina dell'interpretazione, dovendosi separare la dottrina e la teoria dell'interpretazione dalla sua applicazione, l'attività del giurista da quella del giudice, distinguere con riferimento all'interpretazione giudiziale il «contesto di decisione» da quello di «giustificazione». Va subito detto che non si condivide in alcun modo il contenuto delle prime due notazioni (mentre la terza costituirà oggetto della successiva trattazione); va però altrettanto chiarito che così formulate risultano utilissime al fine di evidenziarne i limiti e le contraddizioni. Inoltre, con riferimento al tema di ricerca sub 2), oggi la principale preoccupazione degli studiosi è divenuta quella di sottolineare come l'attività interpretativa non possa risolversi in scelte e decisioni che coinvolgano la sola sfera della volontà, poiché i giudizi interpretativi devono investire anche la sfera della conoscenza. Evidentemente, il timore rimane sempre quello di dover convenire con Mario Losano, quando commentando Kelsen nei primi anni Ottanta, ci spiega come sul presupposto che l'interpretazione scientifica del giurista di Praga sia interamente compresa nell'interpretazione autentica di cui costituisce l'ineliminabile fase iniziale, «si sarebbe tentati di fare a meno della distinzione kelseniana, denominando "interpretazione" soltanto questo settore comune alle due interpretazioni proposte da Kelsen e riservando al residuo settore dell'interpretazione autentica il nome di "statuizione di una norma giuridica individuale"»²⁸, oppure rileggere oggi quelle pagine di Francesco Gentile, il quale nello stesso anno spiegava agli studenti partenopei che il tema dell'applicazione della norma giuridica in Kelsen era completamente neutralizzato dal concetto di validità formale della norma giuridica elaborata dal giurista austriaco: se valida è la norma statuita da un'autorità competente a farlo in base ad un'altra norma, «in tal modo viene esclusa dalla valutazione delle norme giuridiche ogni riferimento a qualche cosa che sia estraneo al puro processo normativo e in particolare ogni riferimento al contenuto o alla applicazione della norma, tutto quanto, in altri termini, ha a che fare con la storia e il suo tumultuoso scorrere»²⁹.

1.2 Le diverse, molteplici, interpretazioni del medesimo testo normativo; l'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale"

La presente analisi si fonda sulla distinzione tra l'interpretazione giudiziale che è quella compiuta dai giudici nello svolgimento della loro attività giurisdizionale³⁰ dal momento che ogni sentenza necessariamente contiene l'interpretazione di una o più norme, e l'interpretazione scientifica o dottrinale³¹ che è quella compiuta per chiarire in astratto il significato delle varie fonti del diritto; concentriamo la nostra attenzione su quest'ultima ed affrontiamo il tema di che cosa voglia dire attraverso una costruzione scientifica «scrivere un significato ad un testo normativo»³². Siamo ben consapevoli che ci potrebbe essere obiettato che anche lo studio dell'interpretazione scientifica o dottrinale non può prescindere dalla discussione del cosiddetto tema dell'"applicazione del diritto" che, a ben vedere, altro non è se non una diversa rappresentazione della questione del fatto e/o della premessa minore del sillogismo giuridico; sul punto ci sia solo consentito replicare che dell'attività interpretativa dottrinale, a fini espositivi e non solo, ci interesseremo in particolare dei rapporti tra questa e la scienza giuridica, in altri termini, della relazione tra l'interpretazione e la costruzione del sistema, mentre discuteremo in seguito della cosiddetta "interpretazione giudiziale"³³. Si tratta a ben vedere, secondo quello che è l'insegnamento della dottrina filosofico-giuridica dominante, di affrontare il tema di un aspetto di quello che comunemente viene denominato il "giudizio di diritto", ovvero la valutazione dei fatti in base alle norme sostanziali, evidentemente lasciando almeno per ora tra parentesi ogni discussione relativa al cosiddetto "giudizio di fatto"³⁴. A ben vedere, si tratterà non solo di individuare la norma da applicare³⁵, consistendo tale operazione in un giudizio relativo all'esistenza della norma cui il giudice vuole riferirsi³⁶, dopo aver formulato dei modelli alternativi di decisione ovvero delle ipotesi diverse, e tra questi scelto la soluzione preferibile, ma anche di comprendere³⁷ il comportamento descritto dalla norma stessa³⁸. Tale operazione è segnata da un certo grado di complessità, poiché la scelta interpretativa non si esaurisce in un solo atto che determina in maniera

immediata il significato dell'enunciato normativo, ma si compone di alcune fasi, di cui le principali sono: la determinazione del problema interpretativo, l'individuazione dei vari significati che alla norma possono essere attribuiti a seconda della prospettiva esegetica da cui si parte e la scelta di uno tra questi significati, fatta sulla base della sua adeguatezza al thema decidendum³⁹. L'ultima fase del "giudizio di diritto" è caratterizzata dall'applicazione del significato della norma così individuato al fatto, e così consentire al giudice di ricostruire il nesso di interdipendenza logica che nella norma lega il fatto giuridico previsto all'effetto giuridico a sua volta disposto e connesso al primo. Con riferimento al solo tema dell'attribuzione di un significato ad un enunciato normativo, è tesi senza dubbio unanimemente condivisa quella secondo la quale i giuristi espongono nelle loro argomentazioni interpretative le considerazioni in base alle quali deve essere attribuito questo oppure quel significato ad un testo di legge. Particolarmente esemplare di certo modo d'intendere (e di risolvere) il problema prospettato è l'opera di Robert Alexy, al quale va il merito di aver da tempo evidenziato il ruolo degli argomenti o canoni dell'argomentazione giuridica i quali nella sua teoria generale dell'argomentazione risultano raccolti in sei gruppi, ciascuno dei quali dovrebbe assolvere a funzioni differenti: «quello dell'interpretazione semiotica e quello dell'interpretazione genetica vincolano chi decide al tenore della legge ovvero alla volontà del legislatore», quello «dell'interpretazione storica e comparativa rendono possibile l'ammissione di esperienze pratiche di tempi passati e di altre società», quella «sistematica serve alla noncontraddittorietà dell'ordinamento giuridico», mentre «le forme teleologiche aprono il campo all'argomentazione pratica razionale generale». Occorre subito chiarire che la prospettiva del filosofo tedesco è quella della distinzione e utilizzo del paradigma «contesto di scoperta e contesto di giustificazione», ove la «giustificazione interna» si occupa della validità delle inferenze da date premesse a decisioni giuridiche assunte come loro conclusioni, mentre la «giustificazione esterna» delle decisioni giuridiche affronta il problema di verificare non solo la validità delle inferenze ma anche la fondatezza delle premesse⁴⁰. Ai fini della nostra indagine, non rileva in alcun modo, anche perché tali temi si affronteranno quando si discuterà più diffusamente dell'argomentazione giuridica, verificare la «natura logica» di tali canoni, oppure ancora il cosiddetto «postulato di esaustività» dei canoni stessi, quanto piuttosto comprendere il problema, che anche Alexy evidentemente avverte, secondo il quale «gli argomenti delle diverse forme [interpretative] possono condurre a soluzioni del tutto differenti»⁴¹. Non è chi non veda infatti come il significato attribuito ad un determinato documento normativo dipenda quasi esclusivamente dall'argomento dell'interpretazione cui il giurista ritiene di fare ricorso, con la precisazione che «con esso si indica non un argomento in senso logico ma un certo tipo di considerazioni rilevanti ai fini dell'attribuzione di significato ai testi di legge, fatte valere in sede di argomentazione interpretativa quali ragioni a sostegno di una determinata tesi interpretativa»⁴², in altri termini, quei procedimenti intellettuali che conducono alla decisione sui significati, e «si palesano abitualmente nella motivazione», ovvero conducono ad una proposta di decisione sui significati e «si palesano abitualmente in argomentazioni»⁴³. Sul tema è ancora una volta esemplare il teorico dell'argomentazione tedesco: «la differente funzione delle diverse forme chiarisce già che gli argomenti delle diverse forme nell'ambito della discussione di un problema possono condurre a delle soluzioni del tutto diverse. Si dà così una doppia incertezza nell'uso dei canoni. Una forma può essere esaustiva in modo differente, e per la giustificazione di risultati differenti sono impiegabili diverse forme»⁴⁴. Per una indicazione di quelli che vengono appunto chiamati gli argomenti dell'interpretazione⁴⁵, occorre necessariamente discutere l'interpretazione della legge di Giovanni Tarello, pur con qualche precisazione; inutile dire che in tale fondamentale opera l'Autore mira ad evidenziare la relatività di ogni attività interpretativa, la natura solo persuasiva e non conoscitiva della stessa, in ultima analisi l'ideologia sottostante ad ogni forma d'interpretazione. Ai fini della presente ricerca può essere opportuno analizzare uno per uno i cosiddetti «argomenti dell'interpretazione»⁴⁶.

1) *L'argomento del significato letterale*, con il quale viene attribuito alle parole e ai termini di un enunciato legislativo il significato che letteralmente esprimono⁴⁷.

2) *L'argomento a contrario*, per il quale, posta una norma che predica una qualsivoglia qualificazione normativa di un soggetto o di una classe di soggetti, in mancanza di altra norma espressa, si deve escludere che valga una diversa norma che predichi quella stessa qualificazione per un diverso soggetto o una diversa classe di soggetti. Tale criterio può essere espresso nel brocardo "ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit"; esso viene utilizzato per proporre quella che comunemente si chiama "interpretazione restrittiva"⁴⁸.

3) *L'argomento analogico*, che risulta espresso dal brocardo "lex minus dixit quam voluit", è quell'argomento per il quale, posta una norma, si deve concludere che valga una diversa norma che predichi quella stessa qualificazione normativa di altro soggetto che abbia col primo una somiglianza assunta come rilevante in ordine all'identità di disciplina giuridica (occorre cioè che l'elemento che accomuna le due fattispecie sia la "ragione" specifica per cui alla prima fattispecie sia stata attribuita proprio quella, e non altra conseguenza giuridica). In altri termini, essendo posto un enunciato normativo che predica una determinata qualificazione normativa di un termine dell'enunciato che sta per una classe di soggetti, si deve estendere il significato di quel termine fino a comprendere classi di soggetti non strettamente inclusi, che tuttavia presentino con i suddetti soggetti una somiglianza tale da essere rilevante ai fini dell'identità di disciplina giuridica. Sempre Tarello evidenzia «come negli impieghi giuridici l'argomento analogico è presto divenuto uno schema basato non già su una coppia di membri, bensì su una serie di tre soli membri: cioè è divenuto un argomento per cui, posti due termini collegati tra loro da una somiglianza rilevante, si deve attribuire anche al secondo termine, la disciplina giuridica del primo termine»⁴⁹.

4) *L'argomento a fortiori*, per il quale, data una norma giuridica che predica una determinata qualifica o un obbligo, si deve concludere che valga una diversa norma che predichi lo stesso obbligo o la stessa qualifica normativa per un soggetto o classe di soggetti che si trovino in una situazione tale da meritare, a maggior ragione, la qualifica o

l'imposizione dell'obbligo che tale norma accorda al primo oggetto. L'argomento analogico impone una somiglianza tra il "caso regolato" e quello "non regolato", quello a fortiori si fonda sulla ragione della norma o dell'enunciato, che non è necessario che siano somiglianti, bastando invece che la primi meriti, a maggior ragione, la qualifica riservata alla seconda⁵⁰.

5) L'argomento psicologico, per effetto del quale a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà del suo autore, cioè del legislatore storico. L'argomento psicologico per la sua stessa natura risulta tanto più efficace quanto più è vicino nel tempo il momento in cui l'enunciato oggetto di interpretazione è stato emesso; esso trova applicazione perlopiù con riferimento alle legislazione speciale⁵¹.

6) L'argomento dello scopo del legislatore, denominato anche argomento teleologico (d1 significa n perché n realizza lo scopo del legislatore), è quel ragionamento in forza del quale ad un enunciato normativo viene attribuito quel significato che corrisponde proprio al significato proprio della legge di cui l'enunciato è documento. Si distingue dall'argomento psicologico perché esso ricerca i fini della legge a partire dal testo di legge e non da altri documenti intesi come indizi della volontà del legislatore⁵².

7) L'argomento apagogico o ad absurdum aiuta ad escludere delle scelte interpretative piuttosto che a proporre una di particolare (d1 non significa n perché n sarebbe una norma assurda); il fondamento del carattere persuasivo di tale argomento risiede nella diffusa credenza che il diritto non contenga norme assurde soprattutto per una ipotizzata ragionevolezza del legislatore. A ben vedere, non è un argomento particolarmente persuasivo perché il concetto di "assurdo" è un concetto relativo, e comunque varia da epoca a epoca, da soggetto a soggetto⁵³.

8) L'argomento economico consente di escludere l'attribuzione ad un enunciato normativo di un significato che già viene attribuito ad altro enunciato preesistente al primo gerarchicamente superiore, o comunque più generale del primo, dal momento che, se quell'interpretazione non venisse esclusa, ci troveremmo di fronte ad un duplicato e quindi ad un enunciato normativamente e superfluo. Il criterio è sicuramente più efficace per le disposizioni le cui fonti sono di pari grado, dal momento che quando gli enunciati provengono da fonti diverse, specialmente se di livello gerarchico diverso, la ripetitività è un fenomeno abbastanza frequente; tale argomento dell'interpretazione si fonda sul convincimento che il legislatore non sia ripetitivo⁵⁴.

9) L'argomento autoritativo è l'argomento per cui ad un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcun altro; tale argomento si fonda sul principio d'inerzia, cioè sulla tendenza a conservare modelli di comportamento, avallato dal principio di certezza e di prevedibilità delle future applicazioni di diritto e dal principio di uguaglianza⁵⁵.

10) L'argomento storico si basa sulla presunzione di continuità del sistema giuridico e si fonda sulla convinzione che, posto un determinato enunciato normativo, in mancanza di espresse indicazioni contrarie, si deve attribuire ad esso lo stesso significato che tradizionalmente veniva attribuito al precedente enunciato normativo contenuto in un documento precedentemente emanato; la persuasività risiede nella convinzione che le norme regolatrici di una materia siano costanti e che i legislatori non vogliano, fino a prova contraria, mutare le discipline ma tutt'al più perfezionarle⁵⁶.

11) L'argomento della completezza della disciplina giuridica in forza del quale, non essendo reperibile una norma che per un determinato comportamento o per un determinato soggetto ascriva una qualificazione normativa a quello stesso comportamento, si deve concludere che valga una norma che ascrive al comportamento non regolato una qualche qualificazione normativa, dal momento che serve ad impedire che un determinato comportamento venga considerato come "non disciplinato". Tale criterio è dotato di una grande forza persuasiva perché si fonda sulla credenza che l'ordinamento giuridico sia completo e privo di lacune. E' altrettanto vero che si tratta di un argomento incompleto per definizione, perché una volta appurato di non voler considerare un caso come non disciplinato rimane tuttavia ancora aperto il problema di dare un significato concreto agli enunciati normativi a disposizione, ricorrendo a un ulteriore argomento retorico, come ad esempio quello a simili o a contrario. Oppure deve essere integrato dall'assunzione di un principio generale produttivo di norme, come ad esempio considerare tutti i comportamenti non considerati come permessi⁵⁷.

12) L'argomento della coerenza della disciplina è il ragionamento in virtù del quale, in presenza di due norme che predicano due qualifiche normativamente incompatibili, si deve concludere che almeno una delle due non valga, in via generale o che non sia applicabile a quello specifico caso. In maniera quasi speculare al precedente, questo principio presuppone che l'ordinamento sia completo e coerente. Anche questo argomento è molto persuasivo tuttavia sussidiario come il precedente, dal momento che serve a risolvere un problema di interpretazione quando ci si trova di fronte a un conflitto di norme ma dev'essere integrato quantomeno da un altro argomento retorico oppure con l'assunzione di un principio generale. Infatti, una volta venuto meno il conflitto di norme, bisogna procedere ad una ulteriore interpretazione di almeno uno dei due enunciati o di entrambi, ricorrendo ad altro argomento. In questo modo il criterio della coerenza funziona come un criterio di scelta tra ulteriori argomenti, scartando quelli che porterebbero a un conflitto fra norme⁵⁸.

13) L'argomento sistematico che si caratterizza per l'argomento della sedes materiae, il quale ha la seguente struttura: d significa n perché questo significato è suggerito dalla collocazione di d nel discorso legislativo. E' detto anche argomento topografico, ed è quello per cui agli enunciati si deve dare l'interpretazione che è suggerita dalla loro collocazione all'interno del "sistema del codice", ad esempio in base alla collocazione degli articoli, dei capi, dei titoli etc. La persuasività di tale argomento risiede nella convinzione che la disposizione degli enunciati sia espressione della volontà del legislatore. Tale argomento serve tra l'altro ad accreditare interpretazioni diverse di uno stesso vocabolo a seconda che sia usato in un contesto piuttosto che in un altro, come ad esempio una legge civile o commerciale o

penale etc. In tal caso riveste la forma tipica: il termine *x* ha significato *s* perché così è suggerito dal contesto *c*. Per quello della costanza terminologica, il quale ha la seguente forma: il vocabolo *x* ha il significato *s*, nel contesto *c*, perché questo è il suo significato nel contesto *c*¹. Tale argomento si fonda sulla convinzione che il legislatore impieghi un certo vocabolo con significato costante, anche se in diversi documenti normativi. Vi è, tuttavia, da sottolineare la scarsa efficacia persuasiva di tale argomento dal momento che si fonda su una credenza (ottimistica) della natura di "buon legislatore", dal momento che spesso uno stesso vocabolo assume significati contrastanti, essendo le leggi emanate innumerevoli, e oltretutto prodotte da soggetti diversi e in tempi e contesti diversi. Al più quest'argomento può valere (ed è usato) per attribuire significato a enunciati che ricorrono all'interno dello stesso documento o in una sua parte. Vi è poi quello dogmatico, in base al quale agli enunciati normativi va attribuito quel significato che è suggerito dal sistema dei concetti e dei principi del diritto. Si basa sulla credenza che il sistema giuridico sia un sistema organico in cui ciascuna parte coopera a formare un'entità basata su determinati principi⁵⁹.

14) L'argomento della dissociazione, il quale consiste nell'introdurre surrettiziamente nel discorso del legislatore una distinzione cui il legislatore non ha pensato affatto, in modo tale da ridurre il campo di applicazione di una disposizione ad alcune soltanto della fattispecie previste⁶⁰.

15) L'argomento naturalistico si caratterizza sulla base del ragionamento *d* significa *n* perché *n* si adatta meglio di *m* alle circostanze sociali, al conflitto di interessi a cui si cerca di prospettare una soluzione, alla natura dei rapporti da disciplinare, in ultima analisi alla natura dell'uomo⁶¹.

16) L'argomento equitativo è volto a attribuire significati a enunciati in modo da scegliere, tra diverse possibili interpretazioni, quella che contrasta meno contro le idee che il giudice condivide con la società, sul buon esito dell'applicazione del diritto nel caso concreto, facendo in modo di mettere da parte quelle interpretazioni e applicazioni sentite come inique. Si tratta di un argomento molto persuasivo perché l'eventuale applicazione iniqua del diritto è percepita come riprovevole da parte dalle società; tuttavia, è un argomento debole per la mancanza di un sentire comune generalizzato, soprattutto in società pluraliste; è spesso utilizzato come "estrema ratio", quando si tratta di interpretare significati oscuri presenti in documenti pattizi.

17) L'argomento a partire dai principi generali consiste nell'argomentare a partire dai principi generali dell'ordinamento. E' l'argomento per cui, in presenza di una lacuna legislativa, occorre ricorrere ai principi generali dell'ordinamento, dal momento che il diritto positivo è considerato "completabile"; a ben vedere, la capacità operativa dell'argomento risulta molto scarsa, dal momento che vaste divergenze si manifestano non solo sulla natura dei principi generali ma anche sul loro contenuto⁶². Da questo punto di vista, potrebbe risultare condivisibile l'idea che il contenuto dell'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale" al codice civile italiano del 1942 possa essere inteso come il risultato della scelta da parte del legislatore di questo o di quel metodo dell'interpretazione. Ogni perplessità, se ancora ci fosse, dovrebbe essere già stata fugata da tempo da Vittorio Frosini⁶³ e da Luigi Lombardi Vallauri, il quale già nei primi anni Ottanta dimostra come l'art. 12 delle Preleggi non possa fornire alcuna utile indicazione in tal senso, non solo perché non sarebbe stato comunque «possibile redigere un articolo univoco», non solo perché l'articolo sull'interpretazione «non vincolerebbe logicamente l'interprete a interpretarlo nel modo da esso univocamente prescritto secondo quel dato metodo d'interpretazione», ma soprattutto in quanto, «ammesso che si riuscisse a redigere un articolo univoco secondo l'insieme di tutti i possibili metodi dell'interpretazione, le prescrizioni dell'articolo sarebbero irrilevanti almeno per quanto riguarda l'interpretazione dell'articolo stesso»⁶⁴. Ci pare a questo punto della nostra ricerca di poter affermare in una prima approssimazione che tanti sono i risultati interpretativi almeno quanti sono gli argomenti dell'interpretazione senza considerare la possibile combinazione tra gli stessi. Solo una qualche riflessione sui rapporti tra scienza giuridica e teoria dell'interpretazione potranno però consentire di valutare tali affermazioni, tutte sostanzialmente coincidenti nella convinzione che la scelta di questa o di quella «strategia interpretativa» dipenda da valutazioni ora di ordine politico, ora relative al contesto in cui il risultato dell'attività interpretativa deve trovare la sua applicazione, ora da porre in relazione con le convinzioni dei soggetti che partecipano alla discussione medesima.

1.3 Il rapporto tra le "premesse" dello scienziato e le «alternative» o «strategie interpretative»; il ruolo degli «argomenti dell'interpretazione» nella costruzione delle teorie scientifiche; alcune questioni oggetto di dibattito dottrinale

Non stupisce, infatti, che sia il teorico generale Robert Alexy ad affermare che «gli argomenti che esprimono un vincolo al testo della legge o alla volontà del legislatore prevalgono sugli altri argomenti», salvo poi chiarire che «questa regola lascia impregiudicata la questione di quand'è che si diano motivi razionali tali da attribuire minor rilievo agli argomenti che esprimono un vincolo di legge. Ci si affida per ciò ai partecipanti del discorso giuridico»⁶⁵. Evidentemente a questo punto della nostra analisi il problema da affrontare non è quello di discutere la «razionalità» o la «giustificabilità» dei «luoghi comuni della retorica» a partire dalle opinioni dei «partecipanti al discorso giuridico», poiché si tratterà di questioni che saranno discusse in seguito, quanto piuttosto, una volta acquisita la consapevolezza teorico-generale che «ogni proposizione normativa può essere affrontata con 15 o 24 tipi di interpretazione diversi, e se tra questi tipi per ipotesi la legge non dice quale scegliere, il giurista si trova ad avere a disposizione tutti i possibili risultati di quei 15 o 24 metodi»⁶⁶, occorre immediatamente chiarire, in termini diremmo quasi epistemologici, il rapporto tra l'interpretazione giuridica e la scienza giuridica e più precisamente non solo il rapporto tra le "premesse" dell'interprete e le «alternative» o «strategie interpretative», ma anche il ruolo degli «argomenti dell'interpretazione» nella costruzione delle teorie scientifiche. A tal fine, sia consentita una lunga digressione giuridica in tema di comunione legale fra coniugi al fine di

comprendere come possano essere utilizzati gli argomenti dell'interpretazione⁶⁷. Nell'art. 177 c.c. si individuano le categorie di beni che cadono automaticamente in comunione al momento dell'acquisto (art. 177 c.c. lett. a) e d)) e quelle che invece cadono in comunione solamente al momento dello scioglimento della stessa (art. 177 c.c. lett. b) e c) e art. 178 c.c.). L'art. 179 c.c. invece individua i beni che rimangono di esclusiva proprietà personale dei coniugi. Uno dei problemi giuridici più controversi è oggi rappresentato dalla individuazione del proprietario o dei proprietari dell'edificio costruito durante la vigenza del regime di comunione legale sul suolo di proprietà di uno dei coniugi. Vediamo nel dettaglio e in sequenza gli argomenti interpretativi portati dalla dottrina a sostegno delle diverse soluzioni proposte. L'argomento di carattere storico combinato con quello letterale (punto 10 e punto 1 della classificazione). Il legislatore del 1942 aveva previsto quale regime patrimoniale legale della famiglia quello della separazione dei beni, riconoscendo tuttavia agli sposi la possibilità di dar vita convenzionalmente anche al regime della comunione degli utili e degli acquisti, disciplinato dall'art. 217 c.c. del 1942. Ai sensi di tale articolo cadevano in comunione convenzionale tutti gli acquisti fatti durante la comunione dall'uno o dall'altro coniuge "a qualunque titolo". In considerazione dell'inciso "a qualunque titolo" contenuto nell'art. 217 c.c., la dottrina ammetteva la caduta in comunione, oltre che degli acquisti a titolo derivativo, anche di quelli a titolo originario, cosicché la circostanza che l'art. 177 c.c., come modificato dalla novella del 1975, non contenga più la dizione "a qualunque titolo" dettata nel codice del 1942 in tema di comunione convenzionale, dovrebbe consentire di escludere che l'edificio costruito cada in comunione⁶⁸. L'argomento di carattere equitativo (punto 16 della classificazione). Una teoria prevede la caduta in comunione dell'edificio costruito in costanza di matrimonio e in comunione legale su suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, ma limitatamente al periodo in cui dura la comunione. Il coniuge proprietario esclusivo del fondo acquista per accessione il bene su di esso costruito, acquisto che si comunica al coniuge in forza dell'art. 177 lett. a) c.c.. Tuttavia, una volta sciolta la comunione, tale comproprietà non ha più ragione d'essere, cosicché il diritto di proprietà sull'opera torna a dilatarsi in capo al coniuge a cui appartiene il terreno, il quale è tenuto a corrispondere al consorte una indennità pari alla metà della costruzione⁶⁹. Ancora l'argomento letterale (punto 1 della classificazione). Vi sono teorie secondo le quali l'inciso "acquisti compiuti" contenuto nell'art. 177 lett. a) c.c. implica una attività negoziale da parte del coniuge, in altri termini un acquisto a titolo derivativo; si devono pertanto escludere dall'applicazione di tale norma tutti gli acquisti a titolo originario e pertanto anche quelli avvenuti tramite il meccanismo dell'accessione (art. 934 c.c.)⁷⁰. Tale tesi è confutata attraverso un altro argomento letterale, secondo il quale la dizione "acquisti" contenuta nell'art. 177 lett. a) c.c. non può essere riferita solamente a quelle attività negoziali che si manifestano tramite la stipula di un contratto di compravendita ex art. 1470 c.c., ma si deve ritenere costituisca termine di rinvio all'art. 922 c.c., che enuncia i modi di acquisto della proprietà a titolo originario e a titolo derivativo⁷¹. L'argomento della coerenza della disciplina (punto 11 della classificazione). Vi sono teorie che a sostegno della esclusione degli acquisti per accessione dalla comunione legale affermano che la norma di cui all'art. 934 c.c. è norma speciale e pertanto dovrebbe prevalere su quella generale di cui all'art. 177 lett. a) c.c.⁷². Tale tesi è stata confutata utilizzando un altro argomento fondato sulla coerenza della disciplina, dal momento che la norma di cui all'art. 934 c.c. non avrebbe carattere di specialità, in quanto diversamente argomentando, ci dovrebbe essere una norma di carattere generale in rapporto alla quale è possibile affermare che l'art. 934 c.c. è norma di natura speciale; tale norma di carattere generale non esiste nel nostro ordinamento. L'art. 934 c.c. è norma di carattere generale e pertanto non trova applicazione quando vi è una norma di carattere speciale quale quella di cui all'art. 177 lett. a) c.c.⁷³. L'argomento di carattere sistematico combinato con un argomento apagogico (punti 13 e 7 della classificazione) Altra teoria ritiene che la prevalenza della regola secondo cui "superficies solo cedit" si possa desumere anche dal fatto che, se si ritiene che la costruzione cada in comunione, quest'ultima lo consegue a titolo di proprietà superficiale, cosicché si dovrebbe sostenere che sorge a favore della comunione un diritto reale di superficie. Tale costruzione contrasta non solo con il principio che la creazione di un diritto di superficie deve avvenire attraverso un atto avente forma scritta a pena di nullità (art. 1350, n. 2 c.c.), ma anche con la lettera dell'art. 952 c.c. secondo il quale il diritto di superficie può essere costituito soltanto mediante un atto negoziale⁷⁴. Tali teorie vengono confutate utilizzando un argomento di natura sistematica dal momento che si è osservato che la possibilità della costituzione del diritto di superficie anche al di fuori di un atto di autonomia privata è prevista dall'art. 2816, comma 2 c.c. il quale prevede che anche nell'ipotesi di consolidazione del diritto di proprietà e del diritto di superficie, le ipoteche accese sul diritto di proprietà e sul diritto di superficie continuano a gravare separatamente sugli stessi. Si è anche sottolineato che l'art. 934 c.c., dopo aver espresso in maniera sintetica il principio secondo cui "superficies solo cedit" ("qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo") precisa nella seconda parte che la regola di cui sopra non opera nel caso in cui "risulti diversamente dal titolo o dalla legge": una previsione in tal senso sarebbe l'art. 177 lett. a) c.c.⁷⁵. Ancora l'argomento di carattere sistematico combinato ora con l'argomento della dissociazione (punto 13 e 14 della classificazione) Ancora in tema di conflitto fra il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione, alcuni Autori hanno evidenziato che più della distinzione fra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo, occorrerebbe dare rilievo ad un'altra distinzione, quella fra gli acquisti a titolo originario fondati su fenomeni di attrazione personale, come l'usucapione, e quelli fondati su fenomeni di attrazione reale, come appunto l'accessione. Nei primi l'acquisto è determinato da un'attività del soggetto, nei secondi da un particolare rapporto intercorrente fra il bene oggetto dell'acquisto ed un'altra res che già si trova nel patrimonio del soggetto acquirente. Consegue logicamente che in tale ultima ipotesi il bene oggetto dell'acquisto debba sottostare al medesimo regime del bene a cui collegato, come è dimostrato dagli artt. 959, comma 2, 983 e 2811 c.c., i quali assoggettano le accessioni ai medesimi diritti reali che già gravano la cosa principale⁷⁶. Ancora l'argomento sistematico. Pur rimanendo il suolo di proprietà del dominus soli, a favore della comunione coniugale si costituisce ex

lege un diritto reale di superficie che permette alla comunione di divenire proprietaria della costruzione, a titolo di proprietà superficiaria. In questo modo non si verifica a carico del proprietario esclusivo del suolo un esproprio del diritto di proprietà, ma si realizza solamente la costituzione automatica di un diritto di superficie a vantaggio della comunione, la quale deve indennizzare il dominus soli per la perdita subita⁷⁷. L'argomento a partire dai principi generali (punto 16 della classificazione). La prevalenza dell'art. 934 c.c. sull'art. 177 lett. a) c.c. deriva anche dall'argomento della certezza dei rapporti giuridici⁷⁸. Tale ragionamento è stato confutato a partire da una interpretazione del medesimo principio della certezza dei rapporti giuridici ritenuta più aderente utilizzando anche un argomento di natura sistematica: le esigenze di certezza sarebbero disattese numerose volte in seno al regime di alcuni fondamentali istituti giuridici del nostro codice civile, come accade in materia di usucapione. La riforma del diritto di famiglia ha innovato in maniera radicale la disciplina della pubblicità del regime patrimoniale della famiglia, cosicché è stato abrogato l'ultimo comma dell'art. 2647 c.c., che attribuiva alla trascrizione presso i registri immobiliari una efficacia di pubblicità dichiarativa, la cui omissione rendeva inopponibile ai terzi qualsiasi regime patrimoniale diverso da quello legale della separazione dei beni; la Novella ha così introdotto il quarto comma dell'art. 162 c.c., rendendo necessaria, ai fini della opponibilità ai terzi di qualsiasi convenzione matrimoniale che deroghi alla comunione legale, una pubblicità da effettuarsi attraverso i registri di stato civile⁷⁹. L'argomento a partire dai principi generali (punto 16 della classificazione) per sostenere la tesi opposta. Da ultimo, vale la pena di analizzare la teoria secondo la quale la prevalenza dell'art. 177 lett. a) c.c. sull'art. 934 c.c. dovrebbe consentire di realizzare la piena uguaglianza morale e giuridica dei coniugi secondo una direttiva contenuta nella Costituzione (art. 29, comma 2)⁸⁰. Risulta chiaro non solo che il medesimo argomento interpretativo possa suggerire soluzioni opposte ma anche che non vi è alcun modo di comprendere in quale momento l'argomento letterale, che pure secondo la dottrina giuridico-filosofica più accreditata è considerato il criterio per eccellenza⁸¹, possa ritenersi insufficiente e cedere il campo a diverse «strategie alternative», né quale possa ritenersi l'argomento dell'interpretazione tra tutti preferibile poiché, se così fosse, e cioè fosse possibile individuare l'argomento dell'interpretazione più sicuro, lo scienziato giuridico sarebbe sempre in grado di indicare l'interpretazione più soddisfacente. Per ovviare a tali problemi in dottrina è stato proposto il concetto di «metodi dell'interpretazione», i quali dovrebbero consentire di raggruppare tra loro gli argomenti interpretativi: il metodo letterale comprende l'argomento del significato letterale; il metodo sistematico quello della costanza terminologica, l'argomento topologico, della conformità ai principi del diritto e l'argomento sistematico-concettuale; il metodo storico l'argomento psicologico e quello storico; il metodo teleologico indica l'argomento della natura delle cose e quello teleologico. Non si tratta di una semplice classificazione ma della risoluzione del problema di individuare una qualche gerarchia tra gli argomenti dell'interpretazione, e comunque, riconducendo i metodi interpretativi a corrispondenti concezioni del diritto, dare ragione dell'utilizzo di questo o di quell'argomento dell'interpretazione, proprio per le diverse soluzioni interpretative che ne derivano. Si è pertanto sostenuto che di fronte ad un enunciato normativo, ogni interprete può scegliere «tra sei alternative interpretative distribuite in coppie antitetiche»: 1) interpretazione «oggettiva» – interpretazione «soggettiva» in cui si «propone o di accertare il significato della legge o ciò che ha voluto dire il legislatore»; 2) interpretazione «storica» – interpretazione «evolutiva» caratterizzata dall'antitesi tra la ricerca del significato «al momento dell'entrata in vigore della norma e quello al tempo dell'interpretazione»; 3) interpretazione «letterale» – interpretazione «fondamentale» mirante a riconoscere il significato dell'enunciato a partire «dal significato delle parole oppure dallo «spirito» della legge»; 4) interpretazione «fondamentale concettuale» – «interpretazione fondamentale teleologica» in cui ci si propone di ritrovare il fondamento di una norma attraverso «una norma di grado superiore sul piano strettamente concettuale oppure a partire dal fine per cui essa è stata posta»; 5) interpretazione «settoriale» – interpretazione «sistematica» a seconda che si limiti a interpretare «la norma con se stessa oppure congiuntamente con altre norme»; 6) interpretazione «sistematica parziale» – interpretazione «sistematica totale» che pone due diverse opzioni in tema di interpretazione sistematica⁸². Risulta chiaro che in Lombardi Vallauri la scelta di questo o di quell'argomento dell'interpretazione dipende dall'«alternativa interpretativa» prescelta dall'interprete; ma l'opzione per questa o quella alternativa interpretativa risponde a motivi che potremmo definire politici: «è chiaro che i motivi sono di vario tipo, di natura sociologica e ideologica generale, motivi di casta, interni al certo giurisprudenziale, e motivi di altro genere che si tratterebbe di esaminare in una sociologia generale»⁸³. Più recentemente, pur sempre da una prospettiva giusrealistica, sono state proposte cinque tipologie di alternative interpretative: la «strategia interpretativa letterale riconducibile ad una concezione dei documenti legislativi come «mero testo», tramite la quale «si ricavano dagli enunciati legislativi norme prima facie che sono sovente inadeguate ai fini del giudizio», «quella letterale storica e quella storica riconducibili ad una concezione dei documenti legislativi come testi in cui è contenuta l'«opera» di un legislatore storico», le quali consentono di «attribuire un significato post interpretationem sufficientemente determinato ai fini del giudizio»; «la strategia interpretativa letterale-teleologica e quella teleologica riconducibili ad una concezione dei documenti legislativi come testi in cui è contenuta un'«opera» che prende vita dall'attività degli interpreti e/o dalla dinamica dei rapporti e dei valori sociali», che permettono sempre «di ottenere una norma sufficientemente determinata»⁸⁴. Inutile dire che i risultati interpretativi divergono a seconda della diversa «strategia interpretativa» utilizzata; inutile dire che nemmeno l'art. 12 delle Preleggi indica per quale «strategia interpretativa» l'interprete debba optare, quale la gerarchia degli argomenti dell'interpretazione nell'ambito della medesima «strategia interpretativa». Se in Lombardi Vallauri nell'interpretazione scientifica (ma anche di quella giudiziale) il criterio di scelta della «strategia interpretativa» ha un fondamento lato sensu politico, in Diciotti, in cui risulta ancora più evidente la sovrapposizione teorica di interpretazione scientifica e interpretazione giudiziale, l'opzione tra questa o quella «strategia interpretativa» dipende dalla concezione dell'interprete dei «documenti legislativi e, più in

generale, della legge»; la scelta preferibile è quella maggiormente confacente ad «una interpretazione contestualmente razionale», quella costituita «da un argomento deduttivo provvisto di premesse accettabili in relazione al contesto in cui la giustificazione è avanzata», costituito dalle «obiezioni, le critiche, i dubbi, le argomentazioni, avanzati o espressi dai partecipanti al discorso precedente al momento in cui la giustificazione è prodotta»⁸⁵. D'altro canto, ciò è perfettamente in linea con le più moderne teorie dell'Ermeneutica: «se la teoria della precomprensione di Josef Esser o la teoria di Winfield Hassemer ci trasmettono importanti analisi del ragionamento decisivo del giudice, la teoria dworkiniana ci può fornire una descrizione dei criteri, essenzialmente eticopolitici, cui ricorrere per elaborare o controllare la giustificazione della decisione», e così «la giustezza della soluzione prescelta nel quadro del sistema dei principi eticopolitici » di una determinata comunità⁸⁶. Occorre allora riflettere su che cosa si debba intendere per scienza giuridica, per poi affrontare il tema dei rapporti tra la dogmatica intesa quale la raccolta dei risultati della scienza giuridica e l'utilizzo degli «argomenti dell'interpretazione». L'analisi ancora una volta non può non prendere le mosse dalle tesi oggi più accreditate secondo le quali la dogmatica giuridica si occupa della «descrizione del diritto vigente, la sua ricostruzione sistematico-concettuale, l'elaborazione di proposte per la soluzione di casi giuridici problematici», attraverso «enunciati che non sono mai incontrovertibili, tanto che Esser li contrassegna giustamente, rifacendosi a Popper, come ipotesi e "formule temporanee", Bachof parla della "provvisorietà del contenuto di verità dei dogmi giuridici", Mayer-Cording di "proposte pragmatiche di soluzioni"»⁸⁷. Nel panorama giusfilosofico italiano il tema è stato evidentemente affrontato dalle più diverse prospettive, anche se riteniamo che la maggior lucidità sia da attribuire ai contributi di Enrico di Robilant e di Francesco Gentile, i quali, più o meno nei medesimi anni, evidenziano che «il discorso delle teorie giuridiche che si pongono come descrittive, in quanto condotto con il linguaggio cosale e realistico dell'esperienza comune, anche se con la terminologia che questo assume nella scienza giuridica, è un discorso del "come se", nel senso che con esso si parla di classi di fenomeni diversi come se fosse possibile parlarne in modo unitario con quel particolare linguaggio, e come se la descrizione fornita ritraesse "cose" o "fatti" quali sono in realtà. La rappresentazione in cui sfocia la rappresentazione descrittiva è un modello costruito per un fine particolare ed esprime un'immagine della realtà, che non si identifica con la realtà stessa»⁸⁸. Il filosofo padovano evidenzia la convenzionalità ed operatività di ogni teoria scientifica, giurisprudenza compresa: «la semplificazione e la generalizzazione del principio proprio a ciascuna», la convinzione che «un'ipotesi superi l'altra per la sua maggiore capacità di padroneggiare l'esperienza circoscritta», l'attivarsi di tale processo «nel senso della liberazione da ogni residuo proposito di derivare il proprio rigore da un aggancio indebitamente realistico magari sotto un equivoco richiamo all'evidenza», la consapevolezza che lo scienziato compreso quello giuridico «coglie la problematicità dell'esperienza in una prospettiva ben precisa, convenzionalmente assunta e non estende a questa il suo atteggiamento problematico» cosicché «l'ipotesi così posta diviene oggetto di una verifica che si articola negli altri due gradi della scienza, cioè in quello della deduzione e quindi in quello dell'esperimento»⁸⁹. Fino a chiarire come anche quando le teorie tendono ad assumere il carattere più astratto, «l'atteggiamento dello scienziato è sempre intrinsecamente operativo», mirante cioè a costruire teorie scientifiche in cui «la caratteristica dell'operatività inerisce strettamente alla struttura della conoscenza scientifica, configurando l'elemento conoscitivo come strumento di operazione», mentre «l'utilizzazione pratica della teoria così costruita costituisce un procedimento successivo a quello della conoscenza stessa in un certo senso sopravvenuto al fatto conoscitivo e non intrinsecamente legato ad esso»⁹⁰. Con riferimento da ultimo alla verifica di una teoria scientifica, nelle scienze sociali detto anche "controllo di razionalità", non è certo questa la sede per affrontare la complessa tematica che ne costituisce il presupposto teorico, la quale ancor oggi traccia un solco netto nella epistemologia contemporanea, tra coloro i quali ritengono che una teoria, in tanto ha valore di scienza, in quanto è in grado di cogliere e descrivere in termini reali l'«essenza» delle cose⁹¹, e coloro che invece considerano quello della scienza un sapere «convenzionale» e «operativo» le cui costruzioni non consentono di conoscere l'«in sé» delle cose, ma solo di «adoperare» la realtà in vista di fini predeterminati⁹². Più banalmente, il problema è capire come si possa attuare nelle scienze giuridiche il cosiddetto "esperimento" che nelle scienze sociali rappresenta il criterio di verifica, o falsificazione per usare la terminologia di Popper, di ogni costruzione scientifica. A tal proposito, Vittorio Villa a metà degli anni Ottanta ha puntualmente spiegato che le recenti «affermazioni di Peczenik, Hart e MacCormick rivestono oggi un particolare interesse in ordine alla fondazione empirica della scienza giuridica, cosicché andrebbe emergendo un nuovo modo di concepire la controllabilità empirica nell'ambito delle scienze umane», che consentirebbe di avviare sempre per usando le parole dello studioso siciliano al «monismo metodologico», e cioè a quell'idea neopositivista per cui l'unico modello di scienza è quello delle scienze naturali⁹³; è in altri termini il tema della discussione dell'esperimento galileiano nell'ambito della scienza giuridica, inteso come la valutazione operativa delle conseguenze dedotte dalla teoria e poste a confronto con l'insieme dei dati sperimentali già noti. Non vi è alcun dubbio che ogni teoria giuridica possa e debba essere controllata ed eventualmente confutata; sul tema il nostro punto di vista non si discosta dalle teorie prevalenti, secondo le quali possono distinguersi due tipi di controllo di coerenza: «nella verifica sistematica in senso stretto può essere provata l'uniformità logica degli enunciati dogmatici tra loro», mentre «nella verifica sistematica in senso ampio l'uniformità pratica generale dei giudizi giustificabili con l'ausilio dei diversi enunciati dogmatici», così incrementando «la misura dell'efficacia del principio di universalizzabilità che serve alla giustizia»⁹⁴. Non resta che enunciare immediatamente la nostra tesi: ogni teoria giuridica in quanto scientifica altro non rappresenta se non lo sviluppo deduttivo di alcune ipotesi assunte in maniera a-problematica ma in vista di fini operativi, solitamente la costruzione della dogmatica giuridica intesa quale «apparato argomentativo orientato ad assoluta logicità»⁹⁵, che condizionano le ipotesi stesse e ne circoscrivono l'ambito di applicazione. Tale asserzione è condivisa dalla dottrina oggi più accreditata⁹⁶. Ciò su cui forse non si è ancora riflettuto con la necessaria attenzione è la genesi di

una teoria giuridica, e il procedimento di verifica e/o controllo della stessa in relazione sia alla correttezza della deduzione logica, sia a quella che Alexy chiama «l'uniformità pratica dei giudizi»⁹⁷, l'oggetto dei quali non possono però essere le sole norme giuridiche ma, come insegna il realismo giuridico, «il dato, l'oggetto consiste negli atti più che nelle regole, atti di chi comanda, atti di chi disobbedisce», infatti «le regole del diritto non stanno racchiuse nei codici come in una vetrina, esse operano nella vita», cosicché «per conoscerle non basta né leggerne le formule, né impararne la storia, che vuol dire come si comportano gli uomini rispetto ad esse»⁹⁸. Ciò detto, con riferimento alla nascita di una teoria giuridica, occorre verificare concretamente in che senso si possa parlare di convenzionalità ed operatività di una teoria giuridica, mentre la distinzione tra "operatività" ed "applicabilità" ritornerà di particolare utilità quando si affronterà (ancora) il tema dei rapporti tra interpretazione scientifica o dottrinale ed interpretazione giudiziale. A tal fine, discutiamo dell'istituto della Simulazione, previsto e regolato dagli articoli 1414-1417 contenuti nel Titolo II Capo X del IV Libro del codice civile del 1942. Nell'intento di descrivere tale istituto la scienza giuridica italiana ha proposto le seguenti teorie che pur con tutte le approssimazioni del caso possiamo così riassumere:

a) La teoria tradizionale della divergenza tra volontà e dichiarazione che riprende criticamente le concezioni della Pandettistica tedesca; in questa prospettiva la simulazione costituisce il punto d'incontro dei principi cardine degli ordinamenti giuridici continentali: il dogma della volontà secondo il quale la volontà rappresenta l'elemento primo del negozio giuridico e determinante lo scopo pratico perseguito dalle parti, e il dogma della dichiarazione in virtù del quale è la dichiarazione negoziale la fonte degli effetti giuridici disposti dalla legge tenuto conto degli interessi delle parti e dei terzi. Tale dottrina ravvisa pertanto nella simulazione una intenzionale e consapevole divergenza tra dichiarazione e volontà, cosicché tale istituto giuridico deve essere interpretato alla luce di tale affermata divergenza tra volontà effettiva delle parti e volontà dichiarata. Recentemente a tale teoria è stata apportata qualche precisazione che non muta però l'impianto della costruzione tradizionale⁹⁹.

b) In seguito vengono proposte dalla scienza giuridica alcune teorie che collegano la simulazione alla causa del contratto. Secondo tali costruzioni¹⁰⁰, i dogmi della volontà e della dichiarazione, che si fondavano sul ceto borghese emergente e sulla ascesi della classe mercantile dei primi anni del secolo scorso, avevano trovato un particolare riconoscimento in ambito scientifico-giuridico; ma in una società in cui le posizioni e i ruoli cambiano con estrema rapidità, le teorie scientifiche ravvisano nel fenomeno simulatorio una mancanza di causa nel senso che di essa il negozio viene privato attraverso l'accordo simulatorio¹⁰¹, oppure ancora una causa inidonea a giustificare una tutela giuridica¹⁰², oppure un abuso della causa nel senso di una divergenza tra causa tipica del negozio e l'intento pratico perseguito dalle parti¹⁰³.

c) Secondo altri Autori, la simulazione sarebbe riconducibile alla teoria del negozio perfetto ma inefficace tra le parti in dipendenza dell'autoregolamento d'interessi intervenuto tra le parti stesse. «Il dato necessario e sufficiente che identifica la simulazione non può essere identificato nella divergenza fra causa tipica del negozio e intento pratico perseguito dalle parti» né tantomeno nella divergenza tra dichiarazione e volontà, ma è piuttosto «l'apparenza intenzionale di un negozio che per accordo delle parti non corrisponde in tutto in parte al loro reale rapporto. La simulazione integra pertanto un'ipotesi di inefficacia del contratto per volontà delle parti»¹⁰⁴. d) Da ultimo, la simulazione è costruita come un duplice regolamento di rapporti derivante da una duplicità di dichiarazioni, in altri termini, una particolare forma di manifestazione dell'autonomia privata, attraverso la quale il legislatore civilistico consente di costituire un duplice regolamento di rapporti: uno fra le parti contenuto nell'accordo simulatorio, l'altro rispetto ai terzi contenuto nel contratto simulato; il fenomeno simulatorio viene pertanto ricostruito non quale effetto del contrasto tra volontà e dichiarazione ma quale risultato di due dichiarazioni¹⁰⁵. Ciò detto, verificiamo come alcuni elementi essenziali della simulazione vengono ricostruiti diversamente a seconda della teoria giuridica che si ritiene di dover seguire. Il primo comma dell'art. 1414 c.c. stabilisce che "il contratto simulato non produce effetto tra le parti". Si discute ancora oggi sulla natura di tale inefficacia. La dottrina che configura la simulazione quale divergenza tra volontà e dichiarazione, così come le teoriche che la ricostruiscono come una mancanza di causa nel senso che di essa il negozio viene privato attraverso l'accordo simulatorio, oppure ancora una causa inidonea a giustificare una tutela giuridica, oppure un abuso della causa nel senso di una divergenza tra causa tipica del negozio e l'intento pratico perseguito dalle parti, riconducono l'inefficacia del contratto simulato nell'alveo della nullità con tutte le conseguenze che ne possono derivare ex art. 1418 c.c., anche se per ragioni diverse, mancanza di causa gli uni, mancanza di volontà gli altri. Quegli Autori, invece, che riconducono la simulazione alla teoria del negozio perfetto ma inefficace tra le parti in dipendenza dell'autoregolamento d'interessi intervenuto tra le parti stesse, sostengono che il contratto simulato non è nullo per mancanza di volontà o di causa, ma solo relativamente inefficace, cosicché il legislatore, attribuendo rilevanza all'accordo simulatorio, nella simulazione assoluta avrebbe stabilito una situazione oggettiva di piena e definitiva inefficacia tra le parti, mentre in quella relativa all'inefficacia del contratto simulato farebbe riscontro la piena efficacia tra i contraenti del diverso contratto dissimulato qualora di esso ricorrano i requisiti di sostanza e di forma. Altri Autori ancora, i quali sostengono la simulazione quale divergenza tra volontà e dichiarazione ricostruiscono l'inefficacia del negozio simulato addirittura come "inesistenza"¹⁰⁶, mentre da ultimo altri ancora, a partire dai medesimi presupposti teorici, ricostruiscono tale vizio come annullabilità¹⁰⁷. Verifichiamo subito le conseguenze che ne derivano in tema di legittimazione a far valere la simulazione e rilevanza d'ufficio. Per coloro che la ricostruiscono come inesistenza o nullità, essa è rilevabile da chiunque ne abbia interesse ex art. 1418, l.c.c. essendo sempre rilevabile d'ufficio; per gli Autori che la ricostruiscono come annullabilità trova applicazione l'art. 1441 c.c.; infine per coloro i quali si tratta di una ipotesi di inefficacia relativa, essa non è rilevabile d'ufficio, né può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse. Evidentemente, lo stesso ragionamento potrà essere svolto qualora si voglia verificare l'applicazione alla simulazione

dell'istituto della conversione ex art. 1414 c.c. dettato in tema di nullità e non applicabile all'inefficacia relativa e all'annullabilità, nonché quello della convalida di cui all'art. 1425 c.c. prescritto in tema di annullamento e non applicabile alle nullità. Analizziamo ancora l'interpretazione dei termini sostanza e forma indicati dal secondo comma dell'art. 1414 c.c. che disciplina il cosiddetto "negozio dissimulato" in forza del quale "se le parti hanno concluso un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra le parti il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma". La scienza giuridica che configura la simulazione quale divergenza tra volontà e dichiarazione afferma che il contratto dissimulato potrà avere effetto solo se il suo contenuto sia lecito possibile determinato o determinabile (nel caso di simulazione relativa soggettiva quando il contraente effettivo sia legittimato a porre in essere quel particolare negozio)¹⁰⁸. Quella dottrina che pensa invece alla simulazione come un abuso della causa nel senso di una divergenza tra causa tipica del negozio e l'intento pratico perseguito dalle parti interpreta il requisito della sostanza nel senso che non solo il contenuto del negozio dissimulato debba essere lecito possibile e determinato, ma anche che ricorra un nesso «non solo di contemporaneità ma di continuità psicologica e storica», «nesso non solo genetico ma anche funzionale» in mancanza del quale «le parti non avrebbero nessun ragione di servirsi dell'uno come mezzo per raggiungere l'altro» che consisterebbe «nella corrispondenza, almeno parziale, del precetto del negozio simulato con il regolamento di interessi occultamente disposto, nonostante la discrepanza fra l'intento pratico perseguito tra le parti e la causa tipica o qualche suo elemento essenziale»¹⁰⁹. Ne deriva che, a seconda della diversa teoria che s'intenda seguire, diverso è il trattamento giuridico del caso (giurisprudenziale) in cui un contratto di vendita immobiliare (negozio simulato) non poteva essere interpretato come un contratto di vitalizio alimentare (negozio dissimulato) perché, pur sussistendo i requisiti di "forma" e pur essendo il suo contenuto lecito possibile e determinato, e pur considerando come non apposta la pattuizione (del negozio simulato) relativa al prezzo, «difetterebbe l'elemento essenziale dello schema legale del vitalizio relativo al conferimento del vitalizio, sicché il negozio prescelto risulterebbe idoneo a raggiungere quell'intento pratico da loro [dalle parti] propostosi». Se poi si volesse andare a verificare il significato del requisito forma di cui al medesimo secondo comma dell'art. 1414 c.c., per coloro i quali la simulazione costituisce una divergenza tra volontà e dichiarazione nulla impedisce di accertare attraverso il contenuto del documento comprovante l'accordo simulatorio (controdeklarazione) la vera volontà manifestata nel negozio simulato e utilizzare la forma di quest'ultimo per sorreggere la volontà delle parti così ricostruita, mentre per coloro per i quali la simulazione è costruita come un duplice regolamento di rapporti derivante da una duplicità di dichiarazioni l'effetto voluto dalle parti deve essere suffragato dai caratteri formali della dichiarazione volta a rendere nota la volontà (controdeklarazione)¹¹⁰. Ne discende che, a seconda della costruzione che s'intenda accogliere, diverso è il trattamento giuridico del caso (giurisprudenziale) in cui l'acquisto immobiliare del prestanome produce effetti nella sfera del vero contraente dissimulato anche se l'intesa simulatoria era stata orale¹¹¹. Discutiamo anche del Contratto preliminare previsto e regolato dall'art. 1351 contenuto nel Titolo II Capo II del IV Libro nonché dall'art. 2932 contenuto nel Titolo IV Capo II del VI Libro del codice civile del 1942. Tra i numerosi contrasti interpretativi che detto istituto suscita concentriamo la nostra attenzione sulla natura giuridica del preliminare e i vizi del volere cui eventualmente esso può essere affetto.

a) Alcuni Autori, partendo dall'idea che il contratto è atto di autonomia, ritengono che non ci sarebbe posto per due distinti contratti cosicché il contratto definitivo sarebbe una pura dichiarazione dovuta non negoziale ovvero il contratto preliminare una mera dichiarazione di trattativa¹¹².

b) Altri invece ritengono prevalente la causa corrispondente all'assetto di interessi che il medesimo contratto preliminare vuole realizzare, cosicché il contratto preliminare e quello definitivo avrebbero due autonome cause¹¹³. Ciò detto, si pone il problema di comprendere quale sia il trattamento giuridico di un contratto definitivo stipulato a seguito della sopravvenuta nullità e/o annullabilità del contratto preliminare. Per coloro che ritengono che il contratto definitivo abbia una semplice causa solvendi, il contratto definitivo verrebbe a rappresentare un pagamento "non dovuto" e quindi ripetibile per difetto originario o sopravvenuto della causa solvendi. Per coloro che invece ritengono che il contratto definitivo abbia una autonoma causa venditionis, i vizi del contratto preliminare non si comunicano a quello definitivo, la cui invalidità potrebbe eventualmente essere attuata solo ricorrendo alle norme sull'errore. Oppure ancora si pensi al termine annuale di rescissione previsto dall'art. 1448 c.c.: se viene impugnato il definitivo quando è spirato il termine per l'impugnativa del contratto preliminare, i fautori della causa solvendi eccepiranno che il contratto definitivo non è più impugnabile essendo un atto dovuto, mentre gli Autori che propendono per la causa venditionis del contratto definitivo spiegheranno invece come sorga una nuova azione di rescissione con termine annuale di prescrizione decorrente dalla data del perfezionamento del contratto definitivo. Le esemplificazioni potrebbero procedere all'infinito, ma occorre ora completare la nostra tesi. Le costruzioni indicate, in particolare quelle subb a)-d) in tema di simulazione, sono vere e proprie teorie scientifiche, così come delineate da Enrico di Robilant e da Francesco Gentile; anzi, proprio quest'ultimo ci ha da tempo spiegato che anche lo scienziato sociale non si occupa della «scoperta della ragione intima delle cose o degli eventi, quanto piuttosto della elaborazione, per usare le parole di Weber, "della tecnica di come dominare, attraverso il calcolo, la vita, le cose esterne e le azioni degli uomini»¹¹⁴. In altri termini, è nostro convincimento che aveva ragione Giorgio Lazzaro quando più di cinquant'anni fa rileggendo l'epistemologia di Stammler evidenziava come «la costruzione giuridica può infatti soltanto offrire un'unitaria considerazione di voleri sub specie iuris. E ciò significa un chiarimento di quanto è già compreso nel contenuto di ciascun volere giuridico», cosicché sarebbe «un errore invece credere che la costruzione giuridica debba giungere a dire qualche cosa di reale attorno ad un volere giuridico da lei direttamente elaborato»¹¹⁵. Le dottrine sopra descritte altro non sono se non teorie scientifiche, come tali costruzioni ipotetico deduttive, in cui l'obiettivo del giurista è quello della costruzione del sistema,

cioè elaborare una descrizione dell'oggetto della scienza (istituto Simulazione o Contratto preliminare) che consenta di dare una migliore spiegazione dello stesso, di fornire una unitaria lettura delle norme codicistiche che lo regolano così anche da poter risolvere in modo coerente tutti i casi oggetto di analisi. Tanto per ritornare ai nostri esempi, risulta chiaro che coloro che propendono per una lettura della simulazione caratterizzata dalla divergenza tra volontà e dichiarazione ritengono che essa rappresenti una ipotesi codicistica di nullità con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di trattamento giuridico della nullità, mentre coloro che asseriscono che la simulazione sarebbe riconducibile alla teoria del negozio perfetto ma inefficace tra le parti in dipendenza dell'autoregolamento d'interessi intervenuto tra le parti stesse, non possono applicare alla simulazione stessa la normativa codicistica dettata in tema di nullità. E' infine nostra convinzione che quando affermiamo che un Autore come Bianca delinea la simulazione quale negozio perfetto ma inefficace tra le parti in dipendenza dell'autoregolamento d'interessi intervenuto tra le parti stesse¹¹⁶, oppure Carresi la costruisce come una divergenza tra volontà e dichiarazione¹¹⁷ altro non stiamo facendo se non esplicitare le ipotesi delle teorie di Bianca e di Carresi, cioè il protocollo delle loro costruzioni, le "premesse" non problematizzate né problematizzabili delle loro teorie dalle quali dedurre ogni altra affermazione sulla base degli assiomi della teoria stessa, i quali assumono in tal modo la funzione di regole sintattiche generali di quel particolare discorso scientifico; in altri termini, tali asserzioni non sono il risultato di un ragionamento giuridico, ma il presupposto del ragionamento stesso. Vediamo ancora nel dettaglio il trattamento giuridico del cosiddetto negozio simulato, nullità o inefficacia, secondo le diverse teorie e gli argomenti attraverso i quali tali asserzioni sono state proposte e confutate. Per coloro che delinano la simulazione a partire dall'ipotesi divergenza tra volontà e dichiarazione, il testo codicistico "la simulazione non ha effetto tra le parti" viene interpretato quale fattispecie di nullità di cui agli art. 1418- 1424 c.c.; per coloro che la pensano quale negozio perfetto ma inefficace tra le parti in dipendenza dell'autoregolamento d'interessi intervenuto tra le parti stesse il disposto codicistico viene interpretato quale fattispecie di inefficacia relativa. Vediamo gli argomenti. La tesi della nullità discende immediatamente dall'ipotesi: se il codice civile prevede che un contratto senza volontà delle parti è nullo, e il contratto simulato è un contratto non voluto in quanto privo del necessario requisito della volontà, esso è nullo ai sensi del secondo comma dell'art. 1418 c.c.; la tesi è sostenuta a partire da un argomento analogico oppure sistematico. La conseguenza della inefficacia della simulazione discende anch'essa direttamente dall'ipotesi, anche se viene sostenuta a partire da altri argomenti, tutti sistematici (in particolare dogmatici): la simulazione è incompatibile con il regime della nullità poiché la nullità è incompatibile il trattamento giuridico che gli artt. 1415 e 1416 c.c. riservano ai terzi e ai creditori in tema di simulazione; la nullità dovrebbe essere rilevata d'ufficio ex art. 1421 c.c. mentre non è così in tema di simulazione (ancora un argomento sistematico). A tali obiezioni i sostenitori della nullità replicano attraverso un argomento tratto dai principi generali dell'ordinamento: l'eccezionale rilevanza del contratto simulato rispetto ai terzi trova il suo fondamento nella tutela dell'affidamento dei terzi; in altri termini, il contratto è nullo ma la necessaria garanzia per i terzi finisce per renderlo operante nei confronti di coloro che ad esso si sono affidati. Ripetiamo lo stesso ragionamento con riferimento all'interpretazione del termine forma di cui al secondo comma dell'art. 1414 c.c., al fine di comprendere se tale termine sia da riferire al solo negozio simulato oppure anche alla controdichiarazione. Per coloro per i quali la simulazione costituisce una divergenza tra volontà e dichiarazione, perché il negozio dissimulato possa produrre effetti giuridici, è sufficiente che sia il solo negozio simulato ad avere i requisiti minimi di forma a nulla rilevando la forma in cui le parti hanno manifestato l'accordo simulatorio cosicché la controdichiarazione potrebbe anche prestarsi oralmente. Per chi pensa alla simulazione come ad un duplice regolamento di rapporti derivante da una duplicità di dichiarazioni i requisiti minimi di forma perché il negozio dissimulato possa produrre effetti giuridici devono essere contenuti anche nella controdichiarazione. Anche in tal caso le soluzioni giuridiche derivano direttamente dalle ipotesi. Gli argomenti utilizzati sono quello letterale per quanto concerne la prima teoria, ancora quello sistematico per quel che riguarda la seconda teoria. Proviamo allora a suggerire alcune conclusioni, ormai quasi definitive. La genesi di una teoria giuridica è assimilabile a quella di ogni altra teoria scientifica: lo scienziato giuridico descrive e spiega l'oggetto della sua ricerca a partire da alcune ipotesi (che certo risultano dall'analisi dell'oggetto della ricerca ma non sono generalizzazione dello stesso), dalle quali ipotesi sulla base di una serie di regole sintattiche vengono tratte una serie di inferenze logiche: il trattamento giuridico della simulazione è la nullità poiché tale istituto è pensato quale divergenza tra volontà e dichiarazione; l'asserzione il fondamento della simulazione è la divergenza tra volontà e dichiarazione è una mera ipotesi, opinabile come lo sarebbe l'asserzione la simulazione è il risultato di un negozio perfetto ma inefficace tra le parti in dipendenza dell'autoregolamento d'interessi intervenuto tra le parti stesse; tutte le affermazioni e così le soluzioni ai problemi proposti che ne derivano non sono mai intimamente vere o false; rispetto ad esse si può solo predicare la coerenza in relazione al dato di partenza e la maggiore o minore idoneità a reggere ad una procedura di controllo. A ben vedere, a quelli che vengono comunemente denominati gli «argomenti dell'interpretazione» intesi secondo l'insegnamento di Giovanni Tarello quali l'elencazione empirica dei ragionamenti più diffusi dei giuristi, si ricorre prima di tutto anche per costruire una ipotesi: l'istituto simulazione va pensato come il risultato della divergenza tra volontà e dichiarazione è una ipotesi, certo non scelta a caso ma frutto di un'analisi del diritto positivo, di quelli che sono gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina in tema di divergenza tra volontà e dichiarazione, e soprattutto osservando quello che normalmente fanno i contraenti quando pongono in essere un'operazione simulatoria. Sempre i medesimi argomenti, in tal caso quello analogico, sono utilizzati per sostenere le inferenze logiche che derivano dall'ipotesi assunta; se il codice civile prescrive che un contratto senza volontà delle parti è nullo, considerato che il contratto simulato, in quanto risultato della divergenza tra volontà e dichiarazione, è un contratto non voluto in quanto privo del necessario requisito della volontà, ad esso potrà trovare applicazione il regime della nullità di cui all'art. 1418 c.c.. Ancora agli «argomenti dell'interpretazione», in particolare a quello sistematico, si

ricorre per confutare la tesi della nullità: siccome vi è una precisa e netta incompatibilità tra gli artt. 1415 e 1416 c.c. dettati in tema di simulazione rispetto al trattamento giuridico degli artt. 1421 e 1425 c.c. (i quali pure regolano i rapporti tra la nullità e i terzi) previsti in materia di nullità, il trattamento giuridico del contratto simulato non può essere la nullità. In forza di tali considerazioni ci pare di poter affermare con una certa sicurezza che il risultato dell'interpretazione di un determinato istituto giuridico (simulazione, contratto preliminare, acquisti dei coniugi in comunione legale) non è mai conseguenza dell'utilizzo di questo o di quell'«argomento dell'interpretazione» né pertanto di questa o quella «strategia interpretativa», ma il frutto di una riflessione sull'oggetto della propria ricerca con gli occhi «impregnati di teoria»; una volta individuata una ipotesi, alla cui costruzione certo contribuiscono gli «argomenti dell'interpretazione» in quanto «archetipi» del ragionamento del giurista, questa verrà proposta e sviluppata attraverso quegli argomenti che risulteranno più consoni alla sua sostenibilità, senza che tra di essi si possa dare un ordine gerarchico, senza che una «strategia interpretativa» possa considerarsi prevalente senza che si possa dire che vi sia in astratto un argomento migliore di un altro: non vi è alcun dubbio che una teoria giuridica è il «racconto» delle deduzioni logiche tratte da una determinata ipotesi e degli argomenti utilizzati per sostenerle, ma vi è sempre una netta e indiscussa subordinazione degli «argomenti interpretativi» rispetto alle «premesse» dell'interprete. Pertanto con riferimento al tema dei rapporti tra acquisti dei coniugi in comunione legale e l'istituto dell'accessione di cui si è discusso supra, risulta chiaro che ogni discussione è parziale se ci si limita a confrontare i diversi argomenti interpretativi utilizzati dai giuristi che si sono interessati alla disputa, proprio perché nessuno sarà mai in grado di indicare e sostenere con definitività l'argomento che assicura l'interpretazione preferibile; occorrerà invece comprendere quale sia l'ipotesi di ciascuna delle diverse teorie prospettate, alla quale i criteri dell'interpretazione devono in un modo o nell'altro piegarsi. D'altro canto, ciò è fin troppo evidente se si pensi che l'unanimità dei giuristi che sostengono la teoria della prevalenza dell'art. 177 lett. a) sull'art. 934 c.c., e quindi la caduta in comunione dell'edificio realizzato sul suolo di uno dei coniugi durante la vigenza della comunione legale, affermano che al fine di realizzare la comunione spirituale dei coniugi che passa attraverso la comunione di tutti gli acquisti e di tutti gli utili, deve prevalere l'esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole, cosicché deve essere riconosciuta prevalenza alla disciplina della comunione coniugale rispetto a quella sull'accessione. Si badi bene che quello enunciato non è un argomento giuridico, ma l'esplicitazione di una ipotesi, assunta in modo a-problematico, certo sulla base di valutazioni politiche, sociologiche, magari anche «contestualmente» condivise, ma giuridicamente non discusse. Lungo tale itinerario argomentativo deve pertanto affermarsi una tesi che può apparire scettica a chi non abbia la consapevolezza della problematicità del sapere filosofico, il quale «cerca di porre una domanda integrale capace di investire tutta l'esperienza»¹¹⁸, e sia pertanto in grado di riconoscere la natura solo convenzionale della conoscenza scientifica del diritto: rispetto ad un determinato oggetto di ricerca possono proporsi un numero indeterminato di teorie a condizione che si possa portare a sostegno di ciascuna almeno un argomento dell'interpretazione, cosicché la teoria preferibile finisce per essere quella sostenuta attraverso il maggior numero di argomenti dell'interpretazione, i quali ragionamenti, secondo il giudizio degli scienziati giuridici che partecipano al «contesto» della discussione, meglio reggono ad un controllo di razionalità che pure viene svolto attraverso i medesimi argomenti dell'interpretazione. Si badi bene che tale conclusione consente di respingere il paradigma «contesto di scoperta/contesto di giustificazione»¹¹⁹ o comunque di svuotarlo di significato se applicato alla scienza giuridica, poiché non è dato rinvenire alcuna netta distinzione epistemologica tra la costruzione di una teoria giuridica e la sua giustificazione (non abbiamo il coraggio di utilizzare il diffuso termine capacità persuasiva), poiché, a ben vedere, essa costituisce il risultato di una serie di deduzioni rigorosamente logiche a partire da una ipotesi nata dall'osservazione dell'esperienza giuridica medesima, ma non induttivamente ottenuta dalla stessa, quella medesima esperienza giuridica al cui interno sarà compito del teorico generale dell'interpretazione riconoscere gli argomenti del ragionamento giuridico che avranno consentito la costruzione dell'ipotesi, la sostenibilità delle inferenze, la confutazione dei risultati finali¹²⁰. Pertanto se in ambito scientifico ogni teoria è valida finché non viene confutata, proprio perché assunta sulla base di una «premessa» non discussa né discutibile (che certo il più delle volte coincide con le valutazioni dell'interprete), occorre tenere presente che tali conclusioni non consentono di risolvere in alcun modo il problema della verità, delle ragioni per le quali un bene viene attribuito a Tizio piuttosto che a Caio, in altri termini del «tribuere cuique suum»; tematiche queste che saranno affrontate in un successivo contributo, sulla base della consapevolezza teorica che è solo nell'attività decisoria del giudice che diviene cruciale il problema della razionalità dell'interpretazione.

1 G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 39, ove si legge: «in questa accezione "l'interpretazione" è sinonimo di "interpretare" e si riferisce primariamente ad un fenomeno mentale, come l'attribuire significato ad un documento».

2 *Ibid.*, p. 39: «in questa accezione "l'interpretazione" è sinonimo non tanto de "l'aver interpretato" quanto "il risultato dell'aver interpretato"».

3 E' difficile non andare con il pensiero a quelle ancora oggi mirabili pagine di B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, Torino 1940, p.171, in cui il filosofo di Pavia afferma: «ogni discussione del problema [della scienza giuridica e del suo oggetto] si rivela, in definitiva, come una discussione sul significato dell'oggetto, ed ogni tentativo di fondare

programmaticamente la scienza giuridica implica, sempre, in primo luogo, la ricerca dell'oggetto[...]; nessuna fra le nozioni che vengono impiegate per risolvere il problema della scientificità di questa disciplina, sembra essere più discussa, più ambigua, e più incerta di questa». E a quelle di N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950, pp. 169, 198, dal contenuto radicalmente opposto: «per il giurista il discorso [dellegislatore] costituisce l'oggetto della proroga ricerca, e il suo sistema scientifico risulta da un discorso elaborato al di sopra del discorso giuridico», proprio perché «la scienza del diritto non è elaborazione di regole che scaturiscono dalla società e dai suoi conflitti, ma una teoria del diritto positivo [forti] della consapevolezza critica che al di fuori di una teoria del diritto positivo non vi è né scienza né diritto, e quindi non vi può essere nemmeno una scienza del diritto».

4 Particolarmente chiaro sul punto E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999, pp. 169-469.

5 A ben vedere altro non è se non la riproposizione dal punto di vista della teoria dell'interpretazione del tema della validità giuridica che, secondo la ricostruzione di Viola e Zaccaria che ci pare di poter condividere, essa è divenuta terreno di confronto e di scontro dei tre orientamenti principali della teoria del diritto, dando vita a differenti concetti di "validità": «la validità-obbligatorietà nel senso formale kelseniano, la validità-efficacia del realismo giuridico e la validitàgiustizia del giusnaturalismo»; cfr. F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Bari 1999, p. 335. Altri Autori discutono della concezione sistemica della validità; seconda questa concezione dire che una norma è valida significa dire che appartiene ad un sistema di norme, in quanto è stata prodotta conformemente ad altre norme del sistema (cfr. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, pp. 284-287; M. JORI – A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1995, pp. 278-279. D'altro canto, basti solo pensare al rapporto tra la tesi kelseniana secondo la quale l'oggetto dell'interpretazione consiste nelle norme giuridiche sia generali (costituzione e leggi ordinarie) sia individuali (sentenze, atti amministrativi, negozi giuridici), sia tutte le norme di altro tipo che possono interessare il processo di produzione del diritto) e quella di Ross, secondo il quale «solamente i fenomeni giuridici in senso stretto però – l'applicazione del diritto da parte delle corti – sono decisivi per determinare la validità delle norme giuridiche. Non bisogna dimenticare che, contrariamente all'idea generalmente accettata, il diritto fornisce norme per il comportamento delle corti, non per quello dei privati. La effettività che condiziona la validità delle norme può essere ricercata solo nell'applicazione giudiziale del diritto e non nel diritto in azione tra privati»; cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1953), tr. it. di G. Gavazzi, Torino 1965, p. 35.

6 Sul punto non si può che rinviare al noto contributo di G. TARELLO, *Realismo giuridico*, in *Novissimo Digesto*, Torino 1957, pp. 924-931, ove si legge a p. 926: «il quarto impiego di "realismo giuridico" serve a designare teorie relative alla cosiddetta "interpretazione del diritto" o meglio relative alla individuazione di precetti giuridici da parte degli organi giudiziari o amministrativi», cosicché il termine "realismo giuridico" finisce per identificare quelle teorie le quali pongono l'accento sul fatto che «l'individuazione dei precetti in funzione della cosiddetta "applicazione" delle norme ai casi concreti non è né può essere (del tutto) preordinata da dati normativi precostituiti (cioè, in parole povere, dai "documenti" o dagli "enunciati legislativi preesistenti"), e perciò la cosiddetta "applicazione" delle norme sono sempre (almeno in parte) una creazione di norme». Con riferimento alla letteratura giuridicofilosofica italiana ci pare importante vedere L. BAGOLINI, *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XXVII (1950), pp. 470-539, nonché i notissimi N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965 e U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1996; più recentemente, da un'altra prospettiva: D. COCCOPALMERIO, *Francesco Carnelutti*, Napoli 1989 e F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006.

7 Ci pare senza dubbio di poter convenire con R. GUASTINI, *Interpretazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII, Roma 1989, ove per teoria dell'interpretazione deve intendersi «ogni discorso conoscitivo o descrittivo [...] intorno al modo in cui gli interpreti operano di fatto [...], per dottrina dell'interpretazione deve intendersi ogni discorso valutativo o prescrittivo [...] circa il modo in cui essi devono operare».

8 Occorre ancora rinviare a GUASTINI, *Interpretazione*, p. 1, ove l'Autore distingue tra i documenti normativi che sono costituiti da enunciati normativi, i quali possono essere definiti come l'unità minima di comunicazione linguistica, «un'espressione in lingua di forma sintatticamente compiuta e dotata di autonomia semantica», e le norme che sono il contenuto di significato di una disposizione, cosicché, chiarisce Guastini, una cosa è interpretare atti e un'altra interpretare i documenti in cui tali atti sono contenuti, perché la prima attività vuol dire attribuire una qualificazione giuridica a un atto, mentre la seconda vuol dire ascrivere un determinato significato alle parole di quel documento.

9 Sono gli Appunti delle Lezioni tenute dal maestro padovano nel 1953, raccolte nel volume E. OPOCHER, *Lezioni di Filosofia del diritto. Il problema della natura della giurisprudenza. Appunti raccolti dagli Assistenti Dott. Luigi Caiani e Dott. Renzo Piovesan*, Padova 1963², pp. 104-105.

10 E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano 1972, pp. 178-180.

11 F. VIOLA, *Ideologia e interpretazione*, in F. VIOLA - V. VILLA - M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974, p. 17.

12 L. GIANFORMAGGIO, *Logica e interpretazione giuridica*, in *Atti del XVI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, a cura di F. GENTILE, Milano 1989, p. 37.

13 R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino 1985, pp. 105, 108.

14 Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, pp. 2-3, in cui il Maestro torinese evidenzia con particolare lucidità che «della teoria generale dell'interpretazione giuridica erano stati visti esclusivamente due soli aspetti: l'aspetto filosofico, donde si è fatto soprattutto da noi un gran discorrere dell'interpretazione che è creazione ed ella creazione che è interpretazione, attraverso una fatale aspirazione del problema nel risucchio della dialettica degli opposti; e l'aspetto politico, per cui l'interpretazione giuridica è stata principalmente un pretesto per propugnare riforme costituzionali, per vagheggiare rimaneggiamenti nella gerarchia costituzionale delle fonti, [...] ed è stato respinto l'aspetto tradizionale del problema, quello per cui i giuristi di tutti i tempi [...] hanno elaborato una dottrina e costruito una sistematica dell'interpretazione; ed è quell'aspetto, secondo cui interpretazione giuridica, [...] viene considerata nella sua natura di procedimento logico, e quindi vista nel suo funzionamento, direi quasi, nel suo meccanismo». Il tema della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva a partire dagli anni Quaranta sarebbe divenuto ben presto cruciale degli studi sulla teoria dell'interpretazione, a dire il vero un itinerario obbligato, e probabilmente anche l'unico battuto, per chi avesse inteso affrontare il tema della natura dei procedimenti logici dell'interpretazione; sul punto non si può non rinviare a M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I e II, Milano 1955; L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)* in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, pp. 348- 378; G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino 1965.

15 Cfr. T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano 1959, p. 70, ove l'illustre giurista afferma: «la norma giuridica posa sempre su una valutazione; è norma d'azione sempre intesa ad un operare».

16 Occorre ancora rinviare a VIOLA, *Ideologia e interpretazione del diritto nell'interpretazione italiana*, in F. VIOLA - V. VILLA - M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, pp. 167- 224.

17 PARESCHE, *Interpretazione*, p. 204.

18 VIOLA, *Introduzione*, in F. VIOLA - V. VILLA - M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, p. 19.

19 H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), tr. it. M. G. Losano, Torino 1966, p. 387.

20 Sul tema ci pare necessario rinviare a G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano 1981, pp. 92-116, in cui l'Autore osserva che «1) l'interpretazione scientifica è uno dei presupposti perché possa realizzarsi l'interpretazione autentica; 2) criterio distintivo tra attività interpretativa autentica ed attività interpretativa scientifica può essere soltanto il fine cui tendono i soggetti che compiono queste due attività [...]. Pertanto, quando si vogliono conoscere gli elementi costitutivi dell'interpretazione autentica, bisogna risalire anzitutto all'interpretazione scientifica; quando, invece, si vogliono conoscere gli elementi costitutivi dell'interpretazione scientifica, bisogna abbandonare la teoria generale dell'interpretazione ed entrare nell'ambito della logica applicata al ragionamento giuridico» (pp. 98-99). E, più recentemente, a C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999, pp. 344-363, ove l'Autore evidenzia come «la teoria generale kelseniana e la cosiddetta "scienza del diritto" sono compromesse con i valori. Ma tale compromissione non dipende dalla natura del metalinguaggio dell'interpretazione scientifica, nella misura in cui tale metalinguaggio si sforza di rendere fedelmente, per quanto possibile, le diverse alternative esegetiche. Una simile compromissione, invece, ha luogo a un livello linguistico e teorico più elevato: quello delle scelte preliminari relative all'individuazione della giuridicità e dei fatti o atti che vengono considerati quali fonti di produzione giuridica» (p. 359).

21 H. HART, *Il concetto di diritto* (1961), tr. it. M. A. Cattaneo, Torino 1965, p. 162-163.

22 F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1940, p. 324, in cui si legge: «in un giudizio veramente si risolve ciò che si chiama l'applicazione della regola al caso. Solo pertanto attraverso un giudizio, le norme giuridiche si trasformano in precetti, la quale trasformazione è in particolare necessaria affinché dalla loro violazione derivi l'attuazione della sanzione».

23 L. FERRAJOLI, Interpretazione dottrinale ed interpretazione operativa, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XLIII (1966), pp. 303- 304.

24 Cfr. LUZZATI, L'interprete e il legislatore, p. 367.

25 A dire il vero tale tema viene affrontato per la prima volta da G. TARELLO, Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXV (1971), pp. 1-18.

26 TARELLO, L'interpretazione della legge, pp. 44-49.

27 ROSS, Diritto e giustizia, p. 111.

28 . LOSANO, Forma e realtà in Kelsen, p. 99.

29 F. GENTILE, Pensiero ed esperienza politica. Strumento didattico a cura di Francesco Gentile, Napoli, 1980-1981, p. 203.

30 TARELLO, L'interpretazione della legge, p. 54: «a seconda dei diversi ordinamenti la interpretazione giudiziale può rivestire o non rivestire particolare autorità di diritto, anche in relazione ai vincoli di rispettare i precedenti, posti dallo stesso organo giudicante o da organo giudiziario sovraordinato, obbligo imposto da talune organizzazioni positive».

31 M. BARBERIS, Il diritto come discorso e come comportamento, Torino 1990, p. 296: «per interpretazione dottrinale s'intende l'insieme dei discorsi della dottrina, o dogmatica, o scienza giuridica, funzionali alla conoscenza del (di un) diritto oggettivo. Anche l'interpretazione dottrinale, come quella giudiziale, è interpretazione in senso ampio, comprensiva di interpretazioni in senso stretto e di attività ulteriori; la differenza consiste nel fatto che mentre l'interpretazione (in senso stretto) compiuta dal giudice è direttamente funzionale all'applicazione, quella compiuta dallo scienziato lo è solo indirettamente, essendo il suo fine immediato la conoscenza del diritto [...]».

32 R. GUASTINI, Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, Torino 1996, p. 170.

33 E' questa la ragione per la quale non discuteremo in questa sede delle opere più esplicitamente dedicate al tema dell'interpretazione nell'ambito dell'attività giurisdizionale, della giustificazione dell'interpretazione, del controllo di razionalità dell'attività del giudice, quali J. WROBLEWSKI, IL modello teorico dell'applicazione della legge, tr. it. di L. Ferrajoli, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XXXIV (1967), pp. 10-30; ID., Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto, tr. it. di P. Comanducci, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, L'analisi del ragionamento giuridico, II, Torino 1989, pp. 267-302; ID., Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale, tr. it. di P. Comanducci, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, (a cura di) L'analisi del ragionamento giudiziale, I, Torino 1987, pp. 277-298; ID., Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche, tr. it. di L. Gianformaggio, in L. GIANFORMAGGIO – E. LECALDANO, Etica e diritto, Bari 1986, pp. 203-226; M. TARUFFO, La motivazione della sentenza civile, Padova 1975; ID., La prova dei fatti giuridici, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu – F. Messineo, ora da L. Mengoni, III, 2, Milano 1992; C. E. ALCHOURRON – E. BULYGIN, Analisis logico y derecho, Madrid 1991; C. E. ALCHOURRON – E. BULYGIN, Normative Systems, Vienna 1971; E. BULYGIN, Sull'interpretazione giuridica, tr. it. di R. Guastini, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, Analisi e diritto, Torino 1992, pp. 257-277; R. DWORKIN, L'impero del diritto (1986), tr. it. di L. Caracciolo, Milano 1989; ID., La politica dei giudici e il principio di legalità, tr. it. di R. Guastini, in COMANDUCCI – GUASTINI, L'analisi del ragionamento giuridico, II, pp. 355- 393; A. AARNIO, La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica, tr. it. di R. Guastini, in COMANDUCCI – GUASTINI, L'analisi del ragionamento giuridico, II, pp. 211-231; ID., On Legal Reasoning, Turku 1997.

34 M. BESSONE - R. GUASTINI, Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza, Padova 1994, p. 224.

35 BARBERIS, Il diritto come discorso e come comportamento, p. 290, ove egli osserva che «deve trattarsi di regola valida in base ai criteri fissati dalla regola di riconoscimento: ciò che peraltro è di solito pacifico, contrariamente a quanto lascerebbe pensare lo spazio riservato alla teoria del diritto giuspositivistica»

36 BESSONE - GUASTINI, Materiali, p. 228.

37 BARBERIS, Il diritto come discorso e come comportamento, p. 291: «da questo punto di vista, potrebbe dirsi che esistono tante interpretazioni (formulazioni) possibili della regola quanti sono i casi cui la si applica»

38 BESSONE – GUASTINI, Materiali, p. 224 – 226.

39 TARUFFO, La motivazione della sentenza civile, pp. 230-233.

40 R. ALEXY, Teoria dell'argomentazione giuridica (1978), tr. it. M. La Torre, Milano 1998, pp. 176-195. L'argomento semantico afferma come possibile una determinata interpretazione «con riferimento all'uso linguistico»; quello genetico se corrisponde «alla volontà del legislatore», storico se vengono discussi «i fatti della storia», argomento comparativo se si fa riferimento «ad una condizione giuridica passata», sistematico quando si discute «della posizione di una norma nel testo di legge».

41 ALEXY, Teoria dell'argomentazione giuridica, pp. 193-195.

42 DICIOTTI, Interpretazione della legge e discorso razionale, p. 307.

43 TARELLO, L'interpretazione della legge, pp. 342-345, in cui risulta chiarissimo che Tarello non attribuisce alcuna capacità conoscitiva a tali «schemi di motivazione» e di argomentazione «effettivamente praticati, ed effettivamente oggetto di aspettativa sociale», veri e propri «argomenti persuasivi, adoperati dagli operatori dell'interpretazione, nell'ambito della nostra cultura, per motivare interpretazioni del diritto, e per suggerire proporre interpretazioni – direttamente o indirettamente, agli organi dell'applicazione del diritto».

44 ALEXY, Teoria dell'argomentazione giuridica, p. 195.

45 TARELLO, L'interpretazione della legge, p. 345,

46 Con riferimento agli argomenti dell'interpretazione, si distingue in dottrina tra argomenti interpretativi e argomenti integrativi, gli uni utilizzati per attribuire un significato ad un testo di legge, gli altri per attribuire una disciplina ad una serie di casi (l'argomento a contrario, l'argomento analogico, l'argomento della dissociazione); argomenti logici e argomenti non logici risultando chiaro che sono argomenti ricalcati su schemi tradizionalmente studiati in sede logica (l'argomento a contrario, l'argomento a simili, l'argomento a fortiori, l'argomento della coerenza e della completezza del sistema giuridico; argomenti conservatori e non conservatori, in relazione al fatto che il privilegiamento dell'uno o dell'altro argomento ha l'effetto di produrre mutamenti nella disciplina giuridica complessiva ovvero di conservare la disciplina giuridica, sono non conservatori l'argomenti equitativo, quello a partire dai principi generali, l'argomento naturalistico, l'argomento psicologico, quello economico e quello a contrario. A ben vedere si tratta di distinzioni opinabili e di dubbia utilità.

47 Sul punto estremamente chiaro ALEXY, Teoria dell'argomentazione giuridica, pp. 186-187. Tarello invece nella sua esemplare indicazione (cfr. TARELLO, L'interpretazione della legge, pp. 341-396) non fa menzione di tale argomento, mentre ne discute GUASTINI, Distinguendo, pp. 174-175. Sul tema si è recentemente svolto a Siena un Convegno particolarmente interessante con interventi di Chiassoni, Luzzati, Mazzarese, Pastore e Villa. Ai fini che interessano la presente ricerca, ci pare significativa la tesi di Pastore, secondo il quale «la scelta del metodo [...] viene suggerita dai problemi sostanziali e dalle questioni pratiche che l'interprete è chiamato ad affrontare e risolvere, implicando una valutazione anticipata del risultato ritenuto congruo, che costituisce un elemento determinante per l'individuazione e l'utilizzo dei canoni ermeneutici» (cfr. B. PASTORE, Identità del testo, interpretazione letterale, in V. VELLUZZI (a cura di), Significato letterale e interpretazione del diritto, Torino 2000, pp. 157-158, nonché la nota 72), in cui si rinvia ad un testo di W. HASSEMER, Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale, tr. it. di D. Canale, in «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», II, 1997, pp. 180 ss., secondo il quale «la scelta dell'itinerario interpretativo - come pure il risultato che ne deriva - , conserva un carattere discrezionale sotto il profilo metodologico. Le regole interpretative possono forse servire per giustificare le decisioni ma non per l'individuazione del diritto».

48 GUASTINI, Distinguendo, p. 175, spiega «come argomentando a contrario si sostiene che una disposizione della forma "se F allora G" deve essere intesa "solo se F, allora G". Per esempio la disposizione "I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente [...]" va intesa che "Solo i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente"».

49 TARELLO, L'interpretazione della legge, p. 354. Sul tema oltre alle opere già citate alla nota 14), occorre rinviare a G. CARCATERA, Analogia (Teoria generale), in Enciclopedia giuridica, II, Roma 1988, pp. 3-16; L. GIANFORMAGGIO, Studi sulla giustificazione giuridica, Torino 1986, pp. 137-148; G. KALINONOWSKI, Introduzione alla logica delle norme (1965), tr. it. di M. Corsale, Milano 1971, pp. 232-235; M. FRACANZANI, Analogia e interpretazione estensiva, Milano 2003. Spiega GUASTINI, Distinguendo, p. 181, che «se il legislatore dispone che chi abbia ricevuto indebitamente una cosa, e l'abbia in buona fede alienata ignorando di doverla restituire, è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito (art. 2038, I c.c.), e non invece a restituire la cosa stessa in natura o a corrisponderne il valore (art. 2038, II c.c.). Si suppone che la ratio della norma sia il principio di tutela dell'affidamento, si suppone, cioè, che il legislatore pretenda (solo) la restituzione del corrispettivo, e no adempimenti più gravosi, per dare tutela alla buona fede del soggetto in questione. La fattispecie della indebita ricezione e susseguente alienazione è simile alla situazione di chi abbia acquistato un oggetto rubato

ignorandone la provenienza furtiva, e l'abbia poi in buona fede alienato. Pertanto, chi abbia acquistato e in buona fede e alienato un oggetto rubato, ignorandone la provenienza, è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito». Sul tema occorre anche vedere L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del diritto*, Padova 1981, pp. 95-101, ove viene evidenziata la «non rigorosa logicità dell'analogia» e la «politicità delle scelte da essa implicate».

50 Cfr. GUASTINI, *Distinguendo*, p. 182, il quale evidenzia come «l'argomento a fortiori si presenta in due forme diverse, a seconda che sia adoperato nell'interpretazione di disposizioni che conferiscono posizioni soggettive vantaggiose o invece nell'interpretazione di disposizioni che conferiscono posizioni svantaggiose. Nell'un caso, esso assume la forma dell'argomento a maiori ad minus. Ad esempio, se è consentito praticare interessi del 20%, allora, a maggior ragione, è altresì permesso praticare interessi del 10%. Nell'altro caso, esso assume la forma dell'argomento a minori ad maius. Ad esempio: se è vietato tenere in casa animali domestici, allora, a maggior ragione, è altresì vietato tenere in casa tigri».

51 Sul tema risultano particolarmente chiari: ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, pp. 187-189; G. LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Torino 1970, pp. 73-93; DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, p. 318. GUASTINI, *Distinguendo*, p. 178, lo annovera assieme all'argomento dello "scopo del legislatore" e a quello "logico" tra gli argomenti dell'«interpretazione correttiva», i quali mirano a rendere «impraticabile» l'interpretazione letterale.

52 Sull'argomento occorre vedere ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, pp. 190-193, nonché DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, p. 314, a giudizio del quale «tale argomento è basato sull'idea che il diritto, e le sue varie componenti (disposizioni e norme), abbia i sé dei fini che ragionevolmente possono essere individuati dall'interprete o che l'interprete, per rendere il diritto coerente, completo e sufficientemente determinato, debba attribuire fini alle norme giuridiche tramite giudizi di valore ragionevoli».

53 DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, p. 317, sottolinea che questo argomento, «insieme all'argomento equitativo, può anche essere posto in relazione con altri argomenti dell'interpretazione, come quello teleologico, e quello della conformità ai principi dell'ordinamento, poiché plausibilmente il giudizio che una norma giuridica è ingiusta o assurda dipende anche dal contenuto che si attribuisce ai principi e agli scopi del diritto».

54 Sul punto occorre rinviare a LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, pp. 31-51 e a DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, p. 317.

55 Sul tema occorre vedere ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, p. 215, e DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, pp. 314-316, il quale evidenzia come «richiamando i risultati interpretativi cui sono pervenuti altri interpreti, il giudice non avanzi effettivamente un'argomentazione interpretativa, ma si limiti a rinviare ad argomentazioni interpretative avanzate da altri ed alle quali egli aderisce».

56 ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, p. 188, il quale sostiene che si possa «parlare di un argomento storico se i fatti della storia dei problemi giuridici discussi vengono adottati come ragioni a favore o contro un'interpretazione». GUASTINI, *Distinguendo*, p. 190, evidenzia come «in opposizione» all'interpretazione storica si dovrebbe parlare dell'interpretazione evolutiva, che «ascrive ad una disposizione un significato nuovo e diverso dal suo significato "storico". [...] L'ottavo emendamento (1791) della costituzione degli Stati Uniti vieta l'infissione di pene "crudeli e inusuali". E' ovvio che oggidi siano "inusuali" e siano sentite come "crudeli" sanzioni penale che nel 1791 non erano tali: ad esempio, le pena di morte. Sicché la disposizione menzionata vieta la pena di morte, se la si interpreta in modo "evolutivo"; la consente se la si interpreta in modo "storico"».

57 TARELLO, *L'interpretazione della legge*, pp. 357-360.

58 Ancora ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, p. 190.

59 DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, pp. 310-312, li considera tre criteri autonomi, differentemente da GUASTINI, *Distinguendo*, pp. 185-188, il quale evidenzia come «si possano ricondurre all'interpretazione sistematica la maggior parte dei diversi procedimenti abitualmente impiegati per colmare lacune» come «l'applicazione analogica e la costruzione e l'uso dei principi». Di particolare importanza per la chiarezza espositiva e il rigore dell'interpretazione LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, che distingue tra interpretazione sistematica e costruzione giuridica, interpretazione sistematica e interpretazione analogica, finanche ad evidenziare i limiti del criterio della *sedes materiae*, anche se non vi è alcun dubbio che entrambi i concetti di interpretazione sistematica delineati, «quello che fa riferimento al contenuto di norme diverse da quella interpretanda sul presupposto di una necessaria coerenza fra i contenuti delle norme dello stesso diritto positivo», sia «quell'interpretazione che tiene conto della posizione della norma in un testo di legge poggiano sull'idea che il diritto costituisca un disegno razionale del legislatore, o, comunque, un prodotto razionale». «Un aspetto di questa razionalità è la coerenza tra il contenuto di diverse prescrizioni; ma altro aspetto, non trascurabile, di questa razionalità è che ciascuna prescrizione normativa sia

stata dettata secondo un ordine di esposizione razionale e tale da suggerire all'interprete indicazioni sul contenuto stesso di ciascuna norma» (p. 152).

60 GUASTINI, Distinguendo, pp. 183-185, e gli esempi ivi contenuti.

61 DICIOTTI, Interpretazione della legge e discorso razionale, p. 314.

62 Sul tema non si può che rinviare a R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, pp. 362-365. Secondo TARELLO, *L'interpretazione della legge*, p. 384, anche l'interpretazione "costituzionalmente orientata" è una ipotesi di interpretazione a partire dai principi generali. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992.

63 Cfr. V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano 1998³, cui fa riferimento anche U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova 2001, pp. 22-28, il quale evidenzia il diverso ordine dei metodi interpretativi indicati dall'art. 12 delle Preleggi a secondo che la prospettiva "interpretativa" sia quella della Scuola Analitica, oppure di quella Ermeneutica.

64 LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del diritto*, p. 86

65 ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, p. 197.

66 LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del diritto*, p. 65: «E poiché, come ho detto, non è affatto probabile che i diversi metodi portino a identici risultati, né che ogni singolo metodo porti ad un unico risultato, i risultati a disposizione del giurista saranno normalmente molto numerosi. Se si calcola una media di tre risultati per metodo d'interpretazione, noi arriviamo alla media, indicata nella tabella, di 72 possibili significati per ogni testo legale».

67 L'analisi del problema del trattamento giuridico dell'acquisto dell'edificio costruito sul suolo di proprietà di uno dei coniugi durante la vigenza del regime della comunione legale viene svolto con l'ausilio del contributo di E. A. EMILIOZZI, *Il problema dell'acquisto dell'edificio costruito sul suolo di proprietà di un soggetto coniugato in regime di comunione legale*, «Diritto di Famiglia», 2 1996, pp. 778 ss.

68 In tal senso F. D. BUSNELLI, *Comunione dei beni tra i coniugi*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano 1961, p. 266: «cadono, quindi, in proprietà della comunione sia i beni acquistati a titolo originario (mediante occupazione, specificazione, usucapione), sia quelli acquistati a titolo derivativo, e, d'altra parte, sia i beni acquistati a titolo oneroso, sia quelli acquistati a titolo gratuito. Non è, pertanto, attendibile la tesi che esclude da questa categoria, accomunandoli ai beni donati, tutti gli acquisti gratuiti o, in generale, tutti gli acquisti per evento di fortuna, che non provengano dall'operosità e dall'industria dei coniugi».

69 P. DI MARTINO, *Gli acquisti a titolo originario in regime di comunione legale tra i coniugi*, in «Studi in onore di C. Grassetti», I, Milano 1980, p. 606; P. SCHLESINGER, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi III, Milano 1992, pp. 99 ss.; C. BARNINI, *L'acquisto per accessione su suolo personale del coniuge, fra regole della comunione e regole della proprietà*, «Diritto di Famiglia», 1983, p. 585. Tale tesi è criticata da A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge n. 19 maggio 1975 n. 151*, Milano 1984, p. 889; M. FINOCCHIARO, *Due problemi controversi in tema di comunione legale coniugale: gli acquisti per accessione e i proventi per evento di fortuna*, «Giustizia civile» 1991, p. 2952; M. GIORGIANNI, *Costruzione e miglioramenti effettuati su bene personale in regime di comunione legale*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1989, p. 884; F. PROSPERI, *Sulla natura della comunione legale*, Napoli 1983, pp. 91,92.

70 A. CORSI, *Accessione e comunione legale*, «Rivista notarile», I 1992, pp. 1391 ss.; R. DIES, *Non cade in comunione l'edificio costruito su suolo personale di un coniuge in regime di comunione legale*, «Responsabilità civile», 1992, pp. 584 ss.; A. GIUSTI, *Costruzione di un edificio, in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale su terreno di proprietà esclusiva di uno dei coniugi*, «Giurisprudenza di merito», IV 1985, pp. 234 ss.; G. DI TRANSO, *Comunione legale tra coniugi e acquisto per accessione*, «Vita notarile», 1978, pp. 1269 ss.; L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, III, 2, Torino, 1982, p. 434; G. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Trieste, 1981, pp. 97 ss.; S. TONDO, *Sugli acquisti originari nel regime di comunione coniugale*, «Foro italiano», V, 1981, pp. 161 ss.; M. IEVA, *Il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, «Rivista notarile», I 1983, pp. 707 ss.; Id., M. FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXIII, 2, Milano 1978, pp. 110 ss.; V. DE PAOLA - A. MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano 1978, pp. 122 ss.; G. CIAN - A. VILLANI, *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Novissimo Digesto italiano*, App., II, Torino 1981, pp. 161 ss..

71 FINOCCHIARO - FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge n. 19 maggio 1975 n. 151*, p. 56.

72 DI TRANSO, Comunione legale tra coniugi e acquisto per accessione, p. 1271.

73 FINOCCHIARO - FINOCCHIARO, Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge n. 19 maggio 1975 n. 151, p. 885.

74 SCHLESINGER, Commentario al diritto italiano della famiglia, p. 99; DIES, Non cade in comunione l'edificio costruito su suolo personale di un coniuge in regime di comunione legale, pp. 586 ss.; GIUSTI, Costruzione di un edificio, in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale su terreno di proprietà esclusiva di uno dei coniugi p. 237.

75 FINOCCHIARO, Due problemi controversi in tema di comunione legale coniugale: gli acquisti per accessione e i proventi per evento di fortuna, p. 482.

76 Nello stesso senso, IEVA, Il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale, p. 714.

77 F. SANTOSUOSSO, Regime patrimoniale della famiglia, Torino 1983, p. 168; T.A. AULETTA, Il diritto di famiglia, Padova 1993, pp. 136; AULETTA Gli acquisti a titolo originario nella comunione legale, pp. 30 ss.; M. A. NICCOLI, In tema di acquisti dei coniugi in regime di comunione legale, «Rassegna di diritto civile», 1987, pp. 809 ss.; GIORGIANNI, Costruzione e miglioramenti effettuati su bene personale in regime di comunione coniugale, pp. 879 ss.; P. M. DI GIOVANNI, Accessione e comunione legale dei beni tra coniugi, nella costruzione realizzata su suolo di proprietà esclusiva di uno di essi, «Giurisprudenza di merito», I, 1992, pp. 1107 ss.; A. LUMINOSO, Accessione e altre vicende delle cose nella comunione legale, «Rivista notarile», 1985, pp. 795 ss.; M. BESSONE, Giurisprudenza del diritto di famiglia. Casi e materiali raccolti da M. Dogliotti e G. Ferrando, Milano 1980, pp. 69 ss.; M. NUZZO. L'oggetto della comunione legale, Milano 1984, pp. 116 ss.; A. PINO, Il diritto di famiglia, Padova 1984, SCHLESINGER, Commentario al diritto italiano della famiglia pp. 116 ss.; 128; M. COMPORI, Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale, «Rivista notarile», 1979, pp. 56 ss.; C. M. BIANCA, Diritto civile. La famiglia-Le successioni, Milano 1981, pp. 69 ss.; BUSNELLI, Comunione dei beni tra i coniugi, p. 266; G. OBERTO, Acquisto a titolo originario e comunione legale, «Famiglia e diritto», all. 1 al n. 5, 1994.

78 DIES, Non cade in comunione l'edificio costruito su suolo personale di un coniuge in regime di comunione legale, p. 591; GIUSTI, Costruzione di un edificio, in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale su terreno di proprietà esclusiva di uno dei coniugi p. 237.

79 FINOCCHIARO - FINOCCHIARO, Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge n. 19 maggio 1975 n. 151, p. 886. 80 Ibid. p. 888.

81 PASTORE, Identità del testo, interpretazione letterale, in VELLUZZI (a cura di), Significato letterale e interpretazione del diritto, p. 125, ove, seppur criticamente, evidenzia come i giuristi prescrivono, raccomandano, difendono l'interpretazione letterale principalmente in ragione della sua forza evocativa, e non per la sua eventuale capacità euristica» (p. 125).

82 LOMBARDI VALLAURI, Corso di Filosofia del diritto, pp. 55-65.

83Ibid., p. 66.

84 DICIOTTI, Interpretazione della legge e discorso razionale, pp. 383- 390.

85Ibid., p. 542.

86 G. ZACCARIA, Questioni d'interpretazione, Padova 1996, p. 242.

87 ALEXY, Teoria dell'argomentazione giuridica, pp. 199, 209.

88 Cfr. DI ROBILANT, La configurazione delle teorie nella scienza giuridica, «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto» LIII, 1976, pp. 489-490.

89 GENTILE, Pensiero ed esperienza politica, pp. 37-51

90Ibid., pp. 45-46.

91 Cfr. N. ABBAGNANO, Storia della filosofia, III, Torino 1950, p. 333. Secondo questa accezione possono definirsi realisti Francesco Bacone, Galileo, Comte, ma anche recentemente H. PUTNAM, The many faces of realism, tr. it., Milano 1999.

92 Di contro, gli strumentalisti, Berkeley, Mach, Poincarè, Duhem, fino a Einstein ed Heisemberg asseriscono che la spiegazione non è lo scopo della scienza, dal momento che le scienze non possono scoprire le "essenze occulte delle cose". Cfr. K.R. POPPER, *Scienza e filosofia* (1969), tr. it., Torino 1991: «Tutti questi filosofi sono concordi che la spiegazione scientifica (ultima) è impossibile. E dal fatto che non c'è essenza occulta che le teorie scientifiche possano descrivere, concludono che queste teorie non descrivono nulla affatto. Dunque, sono puri e semplici strumenti. E ciò che può sembrare accrescimento della conoscenza, non è altro che il miglioramento di certi strumenti» (p. 22). Salvo, poi, tentare una mediazione tra le due concezioni, e concludere: «ritengo che con le nostre leggi universali [della scienza] non saremo mai capaci di descrivere l'essenza ultima del mondo, ma non ho alcun dubbio che possiamo sondare sempre più profondamente la struttura del nostro mondo o, come potremmo anche dire, raggiungere le proprietà del mondo sempre più essenziali, ossia, situate a profondità sempre maggiore» (p. 57).

93 V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano 1984, pp. 137-177.

94 ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, p. 213.

95Ibid., p. 200.

96 Fra tutti si veda VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, p. 184, il quale afferma che «la scienza giuridica, quando fa riferimento a dati di carattere normativo, non rispecchia mai questi fenomeni "per quelli che sono", mediante ad es. una interpretazione "fedele" del significato oggettivo delle norme, ma tenta piuttosto di offrire una rappresentazione schematica di alcuni loro aspetti, costruendo a questo scopo modelli di carattere esplicativo. Tale è, ad es., la funzione del concetto di "sistema giuridico", che non è certamente un dato fenomenico osservato come tale dalla scienza giuridica, ma bensì una costruzione artificiale, con l'ausilio della quale si cerca di isolare soltanto alcuni aspetti delle norme giuridiche (fra quelli "empiricamente" disponibili), e cioè quelli che sono ritenuti più idonei, o più rilevanti, alla luce della capacità esplicativa e della portata teorica delle categorie e dei principi che si ritiene opportuno introdurre (questi principi possono essere, ad es., nel caso del concetto di "sistema giuridico", quello della coerenza e della completezza del sistema).

97 ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, p. 213.

98 F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova 1939, p. 59.

99 F. FERRARA, *della simulazione dei negozi giuridici*, Roma 1922; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, ora da L. Mengoni, Milano 1987; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1998; con qualche precisazione G. SEGRÈ, *In materia di simulazione di negozi giuridici*, in «*Scritti giuridici*», Cortona 1930, pp. 422 ss. 100 Sul tema occorre rinviare a G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino 1965, pp. 9-64, in particolare pp. 53-64.

101 S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in «*Scritti in onore di A. Scialoja*», III, Bologna 1953 pp. 425 ss..

102 N. DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino 1960, pp. 141

103 E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1950, pp. 393 ss.

104 A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli 1957, pp. 63 ss.; C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano 2000, pp. 698 ss.;

105 F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1977, pp. 151 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, IV 2, Torino 1975, p. 514.

106 CARRESI, *Il contratto*, p. 394.

107 A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli 1982, pp. 126 ss.

108 CARRESI, *Il contratto*, p. 397.

109 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, pp. 409 ss.

110 SACCO, *Il contratto*, p. 395.

111 Cass. 8 novembre 1957 n. 4289, «*Giurisprudenza italiana*», 1959, I, 1, p. 482.

112 R. SACCO, *Il contratto preliminare*, «Trattato di diritto privato³», Torino 2002, p. 514.

113 GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 152.

114 GENTILE, *Pensiero ed esperienza politica*, p. 49.

115 LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, p. 62.

116 BIANCA, *Il contratto*, pp. 698 ss.. 117 CARRESI, *Il contratto*, p. 397. ss..

118 GENTILE, *Pensiero ed esperienza politica*, p. 66, ma occorre anche vedere pp. 67, 75: mentre «il processo del conoscere scientifico si realizza per sintesi sempre più ampie», cosicché «tali operazioni sono possibili perché il processo conoscitivo si realizza entro settori ben circoscritti e determinati, e comunque perché i limiti che li circoscrivono e determinano, o meglio le ipotesi intorno alle quali si vengono coagulando i fenomeni problematizzati, non sono sottoposti a problematizzazione» (p. 67), ciò che caratterizza la conoscenza filosofica è «la capacità d'intendere l'esperienza e la storia, in quanto unità complessa di molteplici elementi, come problematiche, cariche cioè di richieste di perché», proponendosi «all'attenzione del filosofo come una domanda integrale e globale» (p. 75).

119 Dei filosofi che attribuiscono rilevanza alla distinzione tra contesto della decisione, e cioè la ricostruzione attraverso la quale il giudice perviene alla decisione, e contesto della giustificazione nell'analisi dell'attività dei giuristi, vale a dire la ricostruzione del ragionamento proposto nella motivazione della sentenza, occorre vedere L. GIANFORMAGGIO, *Logica e interpretazione giuridica*,

35; TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, pp. 213-222; ALCHOURRON – BULYGIN, *Normative Systems*, pp. 66,86; AARNIO, *On Legal Reasoning*, pp. 77-78; ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, pp. 181-182; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano 1990 pp. 136-139; M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, Madrid 1991, pp. 22-24.

120 Chiarissimo sul punto GENTILE, *Pensiero ed esperienza politica*, p. 41: «nel caso quindi di una teoria, una cui deduzione contraddica un dato dell'esperienza, lo scienziato si limita al rilevamento della incapacità di quella teoria a padroneggiare quel dato dell'esperienza. Tale considerazione, se da un lato segna i limiti operativi di tale teoria e quindi pone le premesse per il suo superamento o per la sua integrazione mediante la formulazione di una nuova ipotesi, d'altra parte pone in evidenza la funzione illuminante della teoria anche nei confronti di quell'esperienza che non riesce a razionalizzare, poiché proprio in funzione di essa che quell'esperienza assume un significato scientificamente saliente».