

PREFAZIONE

Per fortuna le prefazioni si scrivono alla fine, quando i giochi sono fatti. Se l'avessi stesa quando incominciasti a lavorare al mio libro, questa prefazione sarebbe stata ben diversa. Agli autori non garba ammettere che un progetto era nato con certe finalità e poi è cambiato strada facendo, che, insomma, è sfuggito loro di mano diventando una creatura indipendente, quasi fosse capace di esprimere intenzioni proprie. Le premesse, dunque, a modo loro sono esercizi di ipocrisia. E, in fondo, è buona creanza nascondere le tracce. Una volta tanto sarò così maleducato da infrangere questa convenzione, anche se, lo confesso, mi sarebbe piaciuto cullarmi nell'illusione che il mio libro fosse stato concepito tutto d'un pezzo, con un disegno interamente consapevole fin nei minimi particolari già dall'inizio. In realtà, questo scritto è stato frutto di un'intensa dialettica, che non s'arresta neppure ora che ho deciso di presentare i risultati, inevitabilmente provvisori, delle mie riflessioni. Non per nulla si scrive, oltre che per comunicare, per chiarirsi le idee.

In un primo tempo il volume era stato pensato come testo didattico. Lo è ancora in parte. Ecco perché sono state conservate alcune spiegazioni molto elementari che sarebbe superfluo propinare al collega filosofo, ma che a chi normalmente non si occupa dei nostri temi sono indispensabili; ecco perché ho riproposto certe storielle paradigmatiche che gli addetti ai lavori conoscono a menadito, ma la cui narrazione costituisce un aspetto imprescindibile della trasmissione della tradizione analitica. Del resto, quando si vanno a toccare i quadri concettuali assodati, incappando nella topica e nei luoghi comuni, è fatale che si abbia la sensazione di trattare di argomenti banali, dove, però, l'impressione d'annoiata banalità può anche nascondere il fondato timore che quel che c'era sembrato ovvio non sia tale.

Fatto sta che la cerchia delle persone cui idealmente andavo rivolgendomi si è allargata. Mi è parso sempre più urgente sollecitare il dialogo con i giuristi positivi e con gli altri teorici. Senza troppo indulgere a puntualizzazioni autobiografiche, dirò solo questo: in corso d'opera mi sono accorto che forse non avrei più avuto la possibilità di affrontare con una simile ampiezza il tema dell'interpretazione, che avevo sì visitato spesso, però concentrandomi ogni volta su aspetti particolari. Era un'occasione irripetibile per una resa dei conti con il mio passato di

studioso e per riprendere la discussione sulla formazione e sulla cultura del giurista, a cui dieci anni or sono avevo dedicato *La politica della legalità*.

Mi sono così trovato a comporre un'opera di sintesi; e, come sostiene Tarello, rispetto alla ricerca scientifica, le opere di sintesi adempiono a una «funzione programmatica». In questo lavoro ho sperimentato un modo diverso di praticare la teoria del diritto. Determinante è stata la sensazione che le usuali trattazioni dei teorici, le quali appiattiscono i problemi esegetici su un orizzonte atemporale, come se si trattasse di problemi logici, fossero inadeguate o per lo meno bisognose di completamento. Il rimedio al difetto da me lamentato è presto detto: è consistito nell'individuare storicamente i modelli da sottoporre ad analisi teorica. Ho quindi deciso di procedere per paradigmi, che poi altro non sono se non programmi di ricerca e schemi d'azione sotto la guida degli standard d'adeguatezza accettati in un dato periodo. È diventato cruciale dar conto della circostanza che la nostra idea di "buona interpretazione" non solo è gravida di valori, ma è anche estremamente mutevole nel tempo e nello spazio.

I migliori studiosi sanno perfettamente che la metodologia è segnata da una dimensione storica, tuttavia la scelta prevalente dei teorici è di mantenere questa dimensione sottotraccia, considerando il contesto come un'invariante. Nei confronti di tale discutibile atteggiamento, che definirei manualistico, la storiografia, o piuttosto l'acuta consapevolezza della variabilità delle prospettive metodologiche, ha, per dirla ancora con Tarello, una portata «liberatoria»¹.

Ciò, secondo me, accade non tanto perché viene smascherata questa o quella ideologia, quanto per una ragione più profonda: una teoria del diritto che si rispetti si nutre letteralmente di storia.

La dimensione nascosta del lavoro teorico, quella storica, deve essere riportata alla luce.

Un simile riconoscimento ha parecchie ricadute positive. Esso per noi teorici è una scuola di distacco, ci insegna la modestia e ci mette in guardia dal proiettare un ordine immaginario sul caotico disordine delle concrete esperienze storico-giuridiche.

In primo luogo, se c'è un errore in cui non deve cadere lo storico di professione, questo è quello di scrivere delle vicende trascorse col senno di poi. Lo spiega in una bella pagina Paolo Rossi, il quale sottolinea l'importanza di creare in sé uno spaesamento retrospettivo, per non annullare quel carico di attese, incertezze e illusioni che si nutrivano all'epoca in esame. Il ragionamento di Rossi sul senso di possibilità con cui occorre guardare indietro è suggellato da una frase bruciante di Giulio Preti: «L'oggetto della scienza storica non è il *nostro* passato, ma un

¹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione nel diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, pp. 5-11. V. anche U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982, pp. 179-180.

altro presente»; di lì era stato tratto il titolo di un precedente libro di Rossi². Tale atteggiamento di restaurazione del possibile, d'altronde, altera anche la nostra percezione del presente attuale, ed è questo l'elemento che più m'interessa. Il teorico dovrebbe considerare il presente sempre indeterminato, aperto ad una pluralità di scelte, non serrato da un inevitabile destino; è soprattutto necessario vedere il mondo di oggi col distacco con cui lo vedrà lo storico futuro: attraverso il distanziamento si reagisce alla cattiva retorica che caratterizza l'imperante e compiaciuta cultura dell'identificazione.

In secondo luogo, l'esplicitazione della storicità delle proprie categorie è per il teorico un eccellente antidoto contro la presunzione. Sovente egli ritiene, con sterile intellettualismo, che basti dimostrare l'esistenza di un errore palese affinché i giuristi si convincano, rinsavendo. La storia, però, testimonia che avviene l'opposto. Concezioni manifestamente illogiche sono state reputate un serio argomento di discussione per secoli, finché non è intervenuto un mutamento nella struttura delle fonti e nel modo di funzionare della macchina istituzionale. Il filosofo ha un bel dire, ma il suo potere di orientare le credenze è modesto. Oggigiorno lo è ancor meno di ieri. Nel mondo della velocità pochi sono pronti a fermarsi per prestare attenzione a sofisticati ragionamenti, al pensiero controllato.

In terzo luogo, i paradigmi che si affermano storicamente sono quanto di più lontano vi sia dalle teorie lucidamente argomentate. In essi convive un'accozzaglia di tesi incoerenti, zeppe di lacune. La narrazione istituzionale è impura e adattabile, imbarazza i sognatori. Chi non ha meditato sulla storia delle nostre discipline soffre d'altronde di un male che chiamerei "schizocronia": si affrontano i problemi odierni con i riflessi condizionati stabilitisi durante le passate esperienze o proiettandoli sullo specchio deformante di dubbie speranze future. Il tempo dell'ideologia e delle dottrine non è un fiume impetuoso che scorre all'unisono. Non si tratta neppure di mero anacronismo: è come se ci servissimo di una moltitudine di orologi non sincronizzati, ciascuno dei quali segna un'ora diversa. Tutto dipende dai ricordi culturali che vengono disordinatamente attivati o dalle anticipazioni cui ci si lascia andare.

In breve, la consapevolezza di muoversi anch'egli in un orizzonte storicamente mutevole ridimensiona le pretese eccessive del teorico, costringendolo ad un atteggiamento di maggiore cautela. Non è una faccenda come quella della nottola di Minerva che spicca il suo volo sul far del crepuscolo³. Al contrario, il filosofo non ammorbato dal fatalismo storico talvolta arriva a capire in anticipo, o a porre in forse certezze troppo salde; solo che nell'immediato la sua comprensione è spesso inutile, non incide.

² P. Rossi, *Un breve viaggio e altre storie. Le guerre, gli uomini, la memoria*, Cortina, Milano 2012, p. 20, e G. Preti, *Saggi filosofici*, La Nuova Italia, Firenze 1976, vol. 2, p. 287. Cfr. P. Rossi, *Un altro presente: saggi sulla storia della filosofia*, Il Mulino, Bologna 1999.

³ Cfr. R. Bodei, *La civetta e la talpa. Sistema ed epoca in Hegel*, Il Mulino, Bologna 2014.

La buona teoria, dicevamo, si alimenta di storia. Ma non per questo il teorico si trasforma in uno storico. E neppure il mio libro è un libro di storia, anche se utilizza la prospettiva storica per i suoi scopi. La mia periodizzazione ritaglia arbitrariamente un segmento di storia recente. Essa è alquanto sommaria. Non cerca di ricostruire in modo esauriente il variegato panorama delle diverse scuole dei giuristi; all'opposto, le conoscenze storiche vengono usate per vedere se esista ancora uno spazio teorico in cui far valere il positivismo analitico e se si possano rimettere in discussione gli abituali schemi metateorici con cui s'inquadrano le diverse teorie dell'interpretazione. Ho così delineato una storia ideale per evidenziare come in un primo momento (giuspositivismo ottocentesco) il linguaggio fosse reputato solo la veste fedele, o infedele nel caso di una dissociazione fra lettera e spirito, indossata dal diritto. Poi (siamo già intorno agli anni Sessanta del secolo scorso) la norma diviene una proposizione *sui generis* e scatta un'opera di faticosa trasposizione linguistica dei concetti teorico-dottrinari. Da ultimo, anche per la necessità di fronteggiare la deriva neocostituzionalista, i positivisti più avveduti (ed è storia di adesso) si stanno accorgendo dell'importanza centrale degli impegni e degli atteggiamenti degli interpreti. La spiegazione pragmatica del diritto quale complesso discorso argomentato ha preso il sopravvento sulla pura analisi semantica. L'attenzione, pertanto, si è spostata dall'interpretazione all'interprete. Se proprio d'interpretazione si vuol parlare, questa non sarà un'interpretazione *del* diritto (e neppure della legge), bensì, per riprendere un noto gioco, sarà un'interpretazione *nel* diritto. La vecchia visione oggettivante, che muoveva da un "dato", è soppiantata da una considerazione imperniata sui soggetti: i giuristi. Di qui il titolo del libro. Quanto poi al sottotitolo, esso non indica una ripartizione interna del volume, ma una griglia metateorica trasversale all'intera trattazione: secondo me, come apparirà chiaro fin dall'inizio, nell'analizzare le diverse teorie dell'interpretazione – questo vale d'altronde anche per le indagini storiche e sociologiche – è essenziale evitare di confondere i problemi inerenti al funzionamento dei linguaggi legislativo e giurisprudenziale con le questioni relative alle tecniche adottate dai giuristi e con le dottrine dell'interpretazione ricavabili dai loro modelli direttivi.

Chi lo desidera, mi obietti pure di aver inseguito monotematicamente le metamorfosi, tutti gli *avatar*, del solo positivismo giuridico. Ma non va dimenticato che questa è stata una scelta deliberata di un positivista che muove da preoccupazioni teoriche. Ho trascurato la storia di altri orientamenti interpretativi, per esempio del realismo, però ciò è successo soltanto in parte: i nuovi paradigmi, aggiornando l'agenda del dibattito teorico, tendono infatti a rimodellare le identità sia di coloro che vi aderiscono sia dei propri avversari, così come gli scrittori che hanno rivoluzionato la letteratura allevano nuove generazioni di critici e di scrittori rivali. Diventa perciò impossibile parlare degli uni senza tirare in causa anche gli altri.

Che la tripartizione metateorica di Hart fra formalismo, scetticismo e teorie

mediane uscisse malconcia dalla mia ricerca era scontato in partenza. Il mio principale obiettivo polemico era proprio cercare di sbarazzarmi di quel relitto, che tutti criticano sottovoce, ma poi insistono a utilizzare per inerzia. Anche l'analisi di Bobbio, che distingueva fra il positivismo come metodo, come insieme di teorie e come ideologia, per quanto accattivante e familiare, mostra la corda: al pari della tripartizione hartiana, questo schema dissociativo è talmente sviante e superato che il suo impiego, anche a scopo puramente didattico, è ormai di dubbia utilità.

Del positivismo metodologico nessuno sa più che farsene. Quella che emerge è la visione partecipante di Scarpelli, dove un'intersoggettività ottenuta mediante l'impiego di tecniche formalistiche rimpiazza il mito scientifico dell'oggettività. Il sistema giuridico è un ideale. L'ordine del diritto, lungi dall'esser un dato di fatto indipendente dalle attività degli interpreti, è sempre *in fieri*. Vi è un *surplus* di dinamicità che impedisce di pensare alle norme come a oggetti stabili e al sistema (anche istantaneo) come ad una collezione conclusa di entità (o di significati). Allorché le concezioni dei giuristi esercitano un effetto riflessivo, retroagendo pesantemente sulla "conoscenza" giuridica, allorché le dottrine, la cultura e l'educazione dei giuristi divengono un'implicita fonte di produzione del diritto, il positivismo giuridico viene trasformato. Ai nostri occhi un'epistemologia giuridica non più neutrale (ma comunque laicamente emancipata dalla morale e da tutte le visioni comprensive del mondo) ci restituisce un'immagine del diritto quale insieme di metodi per amministrare il dissenso. Per il positivista odierno il diritto, più che a opinioni condivise, fa capo a luoghi operativi, agli impegni procedurali necessari per partecipare al gioco. Il giurista isolato può anche "cantare fuori del coro", ma non è in grado di negare che un coro vi sia, così come non può pretendere che il suo canto, per quanto celestiale esso risuoni, generi diritto valido se non in virtù di pubbliche decisioni e dell'altrui riconoscimento⁴.

Sovente le prefazioni finiscono con l'assumere il tono sereno e pacato di chi si è convinto di aver trovato la soluzione per sciogliere annose questioni che erano state in precedenza trattate in modo inadeguato. Non posso però concludere queste note introduttive senza far cenno alla sofferenza, questa è la parola, che ho provato nel vedere gli aspetti datati dell'insegnamento dei maestri crollare come un castello di carte. Ne è testimonianza tutto il cap. 3, in cui è stata ricostruita, o forse decostruita, la svolta analitica con le sue numerose ingenuità accompagnate dagli slanci generosi di un illuminismo intransigente. La stessa vittoria della concezione di Scarpelli nel cap. 4 ha un che di paradossale, dato che l'ultimo Scarpelli visse indubbiamente lo scacco di un diritto svuotato della razionalità deri-

⁴ Questa visione del diritto, tra l'altro, toglie il terreno sotto i piedi alla diatriba fra positivismo inclusivo ed esclusivo che ha turbato a lungo il mondo anglosassone dopo la scomparsa di Hart. Cfr. A. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino 2004.

vante dal codice, nel cui gran disordine i teorici non riescono, e men che meno la dottrina, a introdurre un ordine. Egli aveva scritto a lungo di semantica per constatare alla fine la necessità di un'energica indagine pragmatica.

La sua indicazione è precisa: adduce «quale campo tematico in cui resta lavoro da compiere, quello dell'interpretazione e dell'argomentazione. Interpretazione ed argomentazione», egli soggiunge, «non sono la stessa cosa, ma, nella filosofia analitica di oggi, confluiscono in un comune campo tematico, in quanto l'interpretazione viene comunemente concepita come un processo argomentativo». D'altronde, «[i]l risultato più importante conseguito dalla filosofia del diritto analitico-linguistica nel nostro paese consiste nel riconoscimento della natura politica propria del discorso dei giuristi, facciano politica *de lege ferenda, de sententia ferenda*, o anche teoria (quel che si presenta come teoria). Ciò è avvenuto su una base convenzionalistica e pragmatica: ogni costruzione teorica potrebbe non essere o essere diversa, dunque ha bisogno di una giustificazione pragmatica, o, almeno nel caso del diritto, di una giustificazione politica»⁵.

Scarpelli non poté sviluppare questa intuizione relativamente all'attività degli interpreti. Per lui se ne sono incaricati gli allievi, che hanno tradotto sul terreno esegetico e pragmatico-argomentativo l'idea forza scarpelliana di un diritto positivo la cui strana inverosimile esistenza poggia su scelte etico-politiche.

Rimane la tristezza delle vecchie storie che trovano sempre meno persone che le capiscano e che presto verranno dimenticate. Non avremo più nemmeno la magra consolazione dei saggi *chassidim* di cui discorre Scholem:

Quando Bàal-Shem doveva assolvere un qualche compito difficile, qualcosa di segreto per il bene delle creature, andava allora in un posto nei boschi, accendeva un fuoco, e diceva preghiere, assorto nella meditazione: e tutto si realizzava secondo il suo proposito. Quando, una generazione dopo, il Maggid di Meseritz si ritrovava di fronte allo stesso compito, riandava in quel posto nel bosco, e diceva: “Non possiamo più fare il fuoco, ma possiamo dire le preghiere” – e tutto andava secondo il suo desiderio. Ancora una generazione dopo, Rabbì Moshè Leib di Sassow doveva assolvere lo stesso compito. Anch'egli andava nel bosco, e diceva: “Non possiamo più accendere il fuoco, e non conosciamo più le segrete meditazioni che vivificano la preghiera; ma conosciamo il posto nel bosco, dove tutto ciò accadeva, e questo deve bastare.” E infatti ciò era sufficiente. Ma quando di nuovo, un'altra generazione dopo, Rabbì Yisra'el di Rischin doveva anch'egli affrontare lo stesso compito, se ne stava seduto in una sedia d'oro, nel suo castello, e diceva: “Non possiamo fare il fuoco, non possiamo dire le preghiere, e non conosciamo più il luogo nel bosco: ma di tutto questo possiamo raccontare la storia.”

Da: Gershom Scholem, *Le grandi correnti della mistica ebraica*, Melangolo, Genova 1982, p. 353.

⁵ U. Scarpelli, *Sui compiti della filosofia analitica del diritto*, conferenza tenuta a Roma, il 7 ottobre 1988, ora in «Politeia», 20, n. 73 (2004), pp. 167-172, spec. pp. 170-171.

Last but not least vengono i ringraziamenti. Ricordo: Corrado Del Bò, Riccarda Dell'Oro, Francesco Ferraro, Edoardo Fittipaldi, Raniero Fontana, Sofia Francescutto, Mario Jori, Francesca Poggi, Simone Spina e Vito Velluzzi. L'intervento della maggior parte di loro è stato tutt'altro che notarile: sono state avanzate critiche appassionate e si sono corretti errori; non ho potuto seguire tutti i suggerimenti semplicemente perché i pareri erano spesso opposti. Ma va detto che anche i consigli non seguiti hanno esercitato un loro influsso sotterraneo. Perciò non ho difficoltà ad affermare quel che di solito affermano tutti gli autori dei propri suggeritori e coadiutori: senza di loro il mio scritto sarebbe stato diverso. E lo dico sul serio.

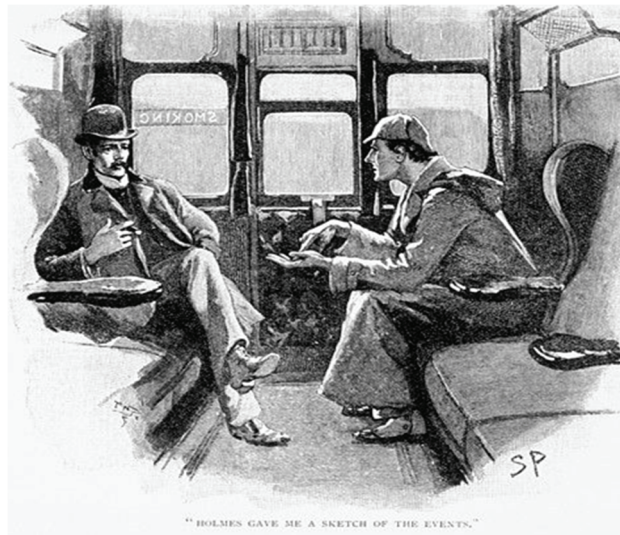
CAPITOLO I

ELEMENTARE WATSON!

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Sherlock Holmes o dell’ottimismo. – 1.2. “Interpretare” fatti vs. interpretare discorsi. Un tenace pregiudizio. – 2. Sezione prima. Il metodo. – 2.1. Dal monismo al pluralismo metodologico. – 2.2. Interpretazione giuridica e questioni di metodo. – 2.3. Per una metateoria dell’interpretazione giuridica. La spiegazione di un sottotitolo. – 2.4. La controversa nozione di paradigma. – 2.5. Si illustra la “mappa” del presente lavoro: tre fasi ideali e un bersaglio di comodo. – 3. Sezione seconda. Linguaggio totalitario e linguaggio del diritto. – 3.1. La manomissione della memoria in *1984* di Orwell. – 3.2. La struttura della neolingua. – 3.3. La necessità del c.d. bispensiero. Alcune considerazioni a margine del romanzo. – 3.4. Victor Klemperer, il filologo ebreo che annotò la “Lingua del Terzo Reich”. – 3.5. Il linguaggio nazista. Una manciata di parole. – 3.5.1. Fanatico. – 3.5.2. *Volk* (popolo). – 3.5.3. *Führer*. – 3.6. Tornando ai problemi odierni. – 3.7. Manipolazione del linguaggio? – 3.8. Venendo infine al diritto.

1. Introduzione

1.1. *Sherlock Holmes o dell’ottimismo*



Sydney Paget (1860-1908): Watson e Sherlock Holmes

Forse qualcuno sarà stupito di apprendere che nei romanzi di Conan Doyle non accade mai che Sherlock Holmes pronunci le fatidiche parole «Elementare Watson!» (*Elementary, my dear Watson!*, in inglese). Questa frase ad effetto ci viene dalle successive riduzioni filmiche e teatrali delle avventure del celebre detective.

Del resto, varie altre caratteristiche di questo personaggio sono divenute solo in un secondo tempo gli stereotipi che tutti noi conosciamo. L'autore, per esempio, pur dipingendo il suo eroe come un accanito fumatore di pipa, sempre caricata con una particolare miscela a basso costo detta *shag*, si guarda bene dall'attribuirgli proprio l'enorme pipa *calabash* che nelle pellicole cinematografiche gli pende costantemente dalle labbra. In modo analogo, Conan Doyle evita con cura di incorrere nella gaffe estetica di far indossare all'investigatore quel ridicolo cappello da viaggio o da caccia che gli inglesi denominano *deerstalker* (fu una trovata dell'illustratore Sidney Paget); e di sicuro, il buffo copricapo non compare sulla sua testa nelle normali situazioni quotidiane, a differenza di quel che accade puntualmente nelle rivisitazioni odierne.

Per contro, già nei romanzi e nei racconti originari il protagonista si intrattiene a lungo sul suo metodo, sia teorizzandolo in via generale sia offrendone mirabolanti applicazioni.

Fin dal primo libro, *A Study in Scarlet* (1887, *Uno studio in rosso*)¹, fa la sua comparsa la "scienza della deduzione" – che, lo vedremo subito, deduzione non è – cui viene dedicato un denso paragrafo. In estrema sintesi, tale metodo gravita su tre direttive di massima che verranno spesso riprese negli scritti successivi.

1) Innanzi tutto si avanza il suggerimento che i ragionamenti investigativi abbiano (e/o debbano avere) una concatenazione senza lacune logiche tale che, muovendo dalle premesse, chiunque possa giungere, attraverso una serie di passaggi necessari, a un'ineluttabile conclusione. Come il nostro eroe suole ripetere, «dopo aver eliminato l'impossibile, ciò che rimane, *per quanto improbabile*, deve essere la verità» (*Il segno dei quattro*, 1890, I.S.H., p. 172). O ancora: «Non faccio mai eccezioni. Un'eccezione mostra la falsità della regola» (ivi, I.S.H., p. 143).

2) D'altra parte, Sherlock Holmes insiste ossessivamente sull'importanza dei particolari che sovente sfuggono all'osservazione. Sappiamo che egli ha scritto una monografia sulla cenere dei sigari e che è capace di capire con un colpo d'occhio che l'assassino stava fumando un sigaro Trichinopoly (*Uno studio in rosso*, I.S.H., pp. 32 e 34). Osserva: «Dicono che il genio consiste in un'illimitata capacità di curare i particolari [...] È una pessima definizione, ma si applica al lavoro dell'investigatore» (ivi, I.S.H., p. 31). O anche: «Non si fidi mai delle impressioni generali, amico mio, ma si concentri sempre sui particolari». Una manica lisa o

¹ Sir A. Conan Doyle, *L'infalibile Sherlock Holmes*, Mondadori, Milano 1971, pp. 11 ss. V. anche Id., *Le ultime avventure dell'infalibile Sherlock Holmes*, Mondadori, Milano 1971. I due volumi d'ora in poi verranno rispettivamente indicati per brevità con gli acronimi I.S.H. e U.A.I.S.H.

dei calzoni spiegazzati possono rivelare molte più cose sulla vita delle persone di quel che in genere s'immagina (*Un caso di identità*, 1891, I.S.H., p. 700).

3) Infine, nei libri di Conan Doyle si mette in guardia contro le teorie affrettate. Con la sua tipica protervia, Holmes esclama: «No, io non tiro mai a indovinare; è un'abitudine odiosa e distruttrice delle facoltà logiche. Ciò che le sembra strano è tale per lei unicamente perché ella non segue la mia linea di pensiero e non osserva i piccoli fatti da cui possono derivare grandi conclusioni» (*Il segno dei quattro*, I.S.H., p. 137). Altrove si ribadisce: «La tentazione di formulare teorie premature su dati insufficienti è la maledizione del nostro mestiere» (*La valle della paura*, 1915, I.S.H., p. 281). Il protagonista, dunque, preferisce non presentarsi «con teorie a mezzo» (ivi, I.S.H., p. 332) e insegna: «È un errore gravissimo costruire teorie quando mancano gli elementi necessari. Senza volerlo, si incomincia ad alterare i fatti in modo che si adattino alle teorie, invece di far sì che le teorie collimino coi fatti» (*Uno scandalo in Boemia*, 1891, I.S.H., p. 635).

L'attenzione ai minuti particolari avvicina questo metodo all'*expertise* dei critici d'arte quando risolvono problemi d'attribuzione, alla psicoanalisi, alla grafologia e alla diagnosi medica. Né si può trascurare che Conan Doyle aveva studiato medicina con Joseph Bell e che le tecniche diagnostiche di quest'ultimo hanno ispirato le tecniche investigative del nostro detective. Tuttavia, le teorie non possono essere soppiantate dalla mera osservazione. Come dice Popper, «L'osservazione è sempre selettiva. Essa ha bisogno di un oggetto determinato, di uno scopo preciso, di un punto di vista, di un problema»². Il comando: «Annota quel che vedi!» suona assurdo se non si evoca un orizzonte teorico che sia in grado di dare un senso alle esperienze compiute. In fondo, neppure Sherlock Holmes è fedele ad un empirismo totale. Si pensi a quando afferma: «Si tratta, lo ammetto, di pura immaginazione, ma ben sappiamo quanto spesso l'immaginazione sia la madre della verità» (*La valle della paura*, I.S.H., 325). O si consideri quella volta in cui questi, alla domanda dell'ispettore «come ha fatto a vederlo?», risponde piattamente: «L'ho visto perché l'ho cercato» (*I pupazzi ballerini*, 1903, U.A.I.S.H., p. 292).

In ogni caso, per Holmes le lacune nelle esperienze vengono colmate attraverso la conoscenza delle leggi scientifiche: «Da una goccia d'acqua un ragionatore logico potrebbe dedurre la possibile esistenza di un Atlantico o di una cascata del Niagara, senza averli visti e senza aver mai sentito parlare né dell'uno né dell'altro. Così, tutta la vita è una grande catena la cui natura si rivela a chiunque ne osservi un solo anello» (*Uno studio in rosso*, I.S.H., p. 17). Del pari: «Così come Cuvier, dallo studio di un solo osso, sapeva descrivere esattamente l'intero animale cui l'osso era appartenuto, allo stesso modo l'osservatore che ha afferrato completamente un anello in una serie di avvenimenti, dovrebbe essere in grado di

² K.R. Popper, *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna 1972, I, p. 84.

stabilirne tutti gli altri, sia i precedenti sia i susseguenti. Ma noi non abbiamo ancora raggiunto i risultati cui la sola ragione pura può arrivare. Grazie allo studio, si possono risolvere quesiti che sono sfuggiti a coloro che ne hanno cercato la soluzione mediante l'aiuto dei cinque sensi». Il che implica, egli aggiunge con un'iperbole, «una padronanza di tutto lo scibile, che anche in questi tempi di educazione libera ed enciclopedica costituisce un dono piuttosto raro» (*I cinque semi d'arancia*, 1891, I.S.H., p. 750).

I filosofi si sono appassionati alle delucidazioni metodologiche di Sherlock Holmes e hanno spiegato che le sue “deduzioni” erano in realtà tutt'altro. In effetti, un ragionamento deduttivo è un ragionamento che non dipende dall'esperienza, bensì solo dai rapporti concettuali: se le premesse sono vere, tale verità verrà conservata nella conclusione; ma nessuno garantisce che le premesse siano vere. Le operazioni intellettuali di questo personaggio somigliano invece alle *abduzioni*, le quali, lungi dall'essere ragionamenti rigorosi, introducono una regola ipotetica che spiegherebbe, *se vera*, perché in un dato caso si ottenga un determinato risultato. La questione delicata è che Holmes di solito trascura di controllare le ipotesi esplicative da lui impiegate. Anzi, nei suoi discorsi, la dimensione fallibile delle proprie supposizioni si perde, mutandosi in certezza. Egli tratta le inferenze abduitive come se fossero logicamente valide e inconfutabili. È significativo che, a proposito di un saggio straordinario delle sue doti, con cui “dimostra” che uno sconosciuto non può che essere un ex sergente di marina, l'investigatore confessa: «Per me è stato più facile intuirlo di quanto non lo sia spiegarle come ho fatto. Se le chiedessi di dimostrare che due più due fanno quattro, forse si troverebbe in difficoltà; eppure è una cosa di cui lei è sicurissimo» (*Uno studio in rosso*, I.S.H., p. 22).

È perciò singolare che i miei colleghi filosofi continuino a reputare Sherlock Holmes, da loro riveduto e corretto, come un campione di raffinato ragionamento, ignorando che le storie in cui Conan Doyle mette in scena l'investigatore rappresentano un catalogo impressionante dei pregiudizi più grossolani dell'epoca vittoriana. Mi limiterò a darne qualche esempio.

a) I mormoni sono dipinti come una setta religiosa intollerante e vendicativa dove vige la pratica del matrimonio forzato (*Uno studio in rosso*, I.S.H., pp. 67 ss.).

b) Gli aborigeni provenienti dalle Isole Andamane sono così presentati: possono vantarsi di essere la razza più piccola del globo; essi sono una razza selvaggia, litigiosa, intrattabile e uccidono le loro vittime scagliando spine avvelenate con una cerbottana (*Il segno dei quattro*, I.S.H., p. 203).

c) Si afferma che vi sono logge massoniche le quali impongono il terrore sul territorio e praticano l'estorsione nei confronti di chi svolga attività economiche produttive; tipica arma utilizzata è il fucile a canne mozze (*La valle della paura*, I.S.H., pp. 376 ss.).

d) Viene agitata la credenza in un atavismo fisico e spirituale (*Il mastino dei Baskerville*, 1902, I.S.H., p. 596). D'altro canto, di Moriarty si dice: «Ma è anche

un uomo che ha tendenze ereditarie di natura veramente diabolica (*Il problema finale*, 1893, U.A.I.S.H., p. 215). Né manca un personaggio di cui si asserisce: «Se mai vidi bocca di assassino, questa era la sua ...» (*L'avventura del cliente illustre*, 1925, U.A.I.S.H., p. 726).

e) Anche quando non si giunge all'aperto razzismo, e questo talvolta capita, la narrazione è infarcita di stereotipi culturali, come quando si afferma perentoriamente che, in quanto tale, la musica tedesca «è molto preferibile a quella francese e italiana» (*La lega dei capelli rossi*, 1892, I.S.H., p. 675) o che «gli americani sono più pronti a maneggiare la pistola che noi altri di qua» (*Il mistero del ponte sulla Thor*, 1922, U.A.I.S.H., p. 830). Gli italiani sono ovviamente tutti mafiosi dal coltello facile (*Il mistero dei sei Napoleoni*, 1904, U.A.I.S.H., p. 404), camorristi, passionali (*L'avventura del cerchio rosso*, 1911, U.A.I.S.H., p. 594), né si può passare sotto silenzio «l'antico spirito vendicativo degli italiani» (*L'avventura dei tre frontoni*, 1926, U.A.I.S.H., p. 784). Del resto, si giunge a formulare l'augurio: «Meno male che nei paesi latini – i paesi tipici del delitto – non abbiamo giornate di nebbia come questa!» (*L'avventura dei progetti Bruce-Partington*, 1912, U.A.I.S.H., p. 599).

f) Anche gli accenni sessisti, com'era prevedibile, abbondano. «Non bisogna fidarsi mai troppo delle donne, nemmeno delle migliori!» (*Il segno dei quattro*, I.S.H., p. 204) esclama Sherlock Holmes. Così per lui è chiaro che: «Le donne sono di natura riservata e difficilmente si lasciano indurre a far partecipi altri dei loro segreti» (*Uno scandalo in Boemia*, I.S.H., p. 650). O egli sentenzia a proposito di una signora: «L'esitazione sul marciapiede indica sempre una faccenda di cuore» (*Un caso di identità*, I.S.H., pp. 690-91).

Mi fermo qui, anche se potrei andare avanti a lungo in questo esercizio.

Le menti speculative sono affascinate dalle “deduzioni” di Sherlock Holmes. Tuttavia, le precedenti citazioni ci mostrano come le ampie, e fin troppo appariscenti, disquisizioni metodologiche del nostro eroe altro non siano se non un boccone avvelenato, una falsa pista, verso la quale Conan Doyle spinge il lettore per distrarlo dai reali meccanismi narrativi che governano e rendono godibili le sue storie.

Per comprenderlo, basterebbe immaginare che Holmes sia ciò che non è: un diligente logico matematico che tragga le sue conclusioni *lento pede*, un passo dopo l'altro, senza sorprese. Sarebbe il trionfo della noia. Al contrario, il detective è reticente circa le informazioni in suo possesso. Non mostra le carte che ha in mano sebbene, con un abile rovesciamento dei fatti, accusi ripetutamente l'amico di “sensazionalismo”. Una delle rare volte in cui registra egli stesso le proprie vicende, dice: «È appunto nascondendo questi anelli di collegamento che Watson [alias Conan Doyle] riesce ad ottenere i suoi finali ad effetto!» (*L'avventura del soldato dal volto terreo*, 1926, U.A.I.S.H., p. 744). A ben vedere, l'infallibilità di Sherlock Holmes, più asserita che provata, è giocata come un elemento drammatico: serve soltanto ad elevare la tensione narrativa, non diversamente dal rituale

avvertimento rivolto a Watson di portare con sé la rivoltella. Ma ciò che muove le storie del celebre investigatore sono proprio quegli elementi avventurosi, gotici, impressionanti, francamente irrazionali e politicamente scorretti, che non vengono quasi mai problematizzati dall'autore. Insomma, più che di logica, c'è bisogno di inseguimenti, di associazioni fanatiche, di meduse giganti (la *Cyanea capillata* de *La criniera del leone*, 1926, U.A.I.S.H., pp. 862 ss.), della cocaina in soluzione al sette per cento (*Il segno dei quattro*, I.S.H., pp. 129-30), di fumerie d'oppio (v. *L'uomo dal labbro storto*, 1892, I.S.H., p. 761), degli "irregolari di Baker street", di vipere delle paludi dal morso letale, del bastardino Toby che fiuta l'usta del creosoto, per non parlare poi del mastino dei Baskerville, il cui corpo brilla nella notte come un'apparizione misteriosa e sinistra. Succede quel che accade ai giornali. Se, come proclamano di voler fare, questi ultimi fossero obiettivi e fornissero solo informazioni di pubblica rilevanza invece di "gonfiare" gli scandali e d'incoraggiare credenze superstiziose; se cioè le nostre gazzette non diffondessero fantasiosi pettegolezzi né dessero spazio ad ogni sciocchezza che sia uscita dalla bocca dei politici, trattandola come cosa seria, degna d'attenta discussione, ebbene allora non riuscirebbero più a vendere neppure una copia. Anzi, a dirla tutta, la vendita dei giornali dipende in modo per nulla incidentale dalla loro capacità di schierarsi, di intercettare gli umori e gli interessi di alcune delle molteplici fazioni in cui si divide l'opinione pubblica. Emerge così una netta dissociazione: si dichiara un programma che non fa concessioni ai gusti della gente, ma poi è gioco-forza che vengano percorsi ben altri sentieri.

A questo punto qualcuno potrebbe sbottare che le vicende di Sherlock Holmes hanno poco da spartire con l'argomento cui è dedicato il presente lavoro: l'interpretazione giuridica. Mi pare invece di poter asserire che un qualche nesso vi sia. Lo si vedrà nei prossimi paragrafi.

1.2. "Interpretare" fatti vs. interpretare discorsi. Un tenace pregiudizio

Cari lettori, no, non avete sbagliato libro. Lo scritto che avete davanti è veramente dedicato al ruolo che l'interpretazione svolge nel diritto.

Certo, avete ragione a dire che Sherlock Holmes interpreta in un senso diverso da quello in cui interpretano i giuristi, in quanto egli, più che attribuire un significato a parole, coglie una serie di nessi causali atti a spiegare il prodursi di determinati eventi. L'affinità tra gli uomini di legge e l'investigatore creato da Conan Doyle non tocca le rispettive tecniche interpretative, ma consiste in questo: che entrambi soffrono di un radicale ottimismo metodologico. Ed è su questo ottimismo, cui è dedicata una parte non trascurabile del capitolo iniziale di questo volume, che intendo soffermarmi. Ma procediamo per ordine.

In primo luogo, come si accennava sopra, bisogna distinguere con cura l'"interpretazione" *dei fatti*, se così vogliamo continuare a chiamarla, dall'interpre-

tazione *dei discorsi*, o, più in generale, di segni verbali o non verbali³.

È normale parlare di un cacciatore che “interpreta” le tracce lasciate dagli animali, di un investigatore che “interpreta” gli indizi rinvenuti sulla scena del delitto o di un medico che “interpreta” alcune macchioline quali sintomi di una malattia. Né si scordi l’“interpretazione” del fumo come un segnale d’incendio. Abbiamo un fatto che trasmette informazioni su altri fatti che in un dato momento sfuggono alla percezione, ma ai quali il primo fatto si ricollega stabilmente grazie ad una regolarità naturale nota, per lo meno agli esperti.

Capita altresì che si “interpretino” eventi storici complessi; gli studiosi possono, per esempio, interrogarsi su quale sia l’“interpretazione” più calzante dell’attuale crisi economica o dello scoppio di una guerra. In queste ipotesi si stanno solo cercando le cause di determinati effetti. Il termine ‘interpretare’, quando è utilizzato in una siffatta accezione, può venire agevolmente rimpiazzato dalla locuzione: ‘fornire una spiegazione più o meno adeguata o veritiera di un fenomeno’.

Le attività conoscitive ed esplicative qui menzionate relativamente all’“interpretazione” fattuale, d’altra parte, hanno poco in comune con i procedimenti esegetici dei giuristi; esse, pertanto, non rientrano nella materia di cui ci occuperemo in questa sede.

Supponiamo ora che si oda lo squillo di un cellulare. Questo suono può essere inteso come l’avviso che qualcuno mi “chiama” perché desidera parlare con me. In un simile caso non c’è alcun rapporto causale immediato, di tipo naturalistico, fra lo squillo e quel che esso significa. Ciò che li collega l’uno all’altro è un nesso puramente convenzionale. Il che comporta che lo squillo potrebbe essere sostituito senza problemi, mantenendo lo stesso significato, da un motivo musicale, da una vibrazione o da una luce che lampeggia. D’altronde, come ogni possessore di telefonino sa bene, quel preciso suono potrebbe assumere altri significati. Basta mettersi d’accordo. Per esempio dicendo: «Quando ti faccio uno squillo, metti su la pasta!». Rispondere è inutile, perché chi chiama ha fretta e non ha alcuna intenzione di conversare. E poi costa. Insomma, il suono in questione è variamente interpretabile, ma tali interpretazioni non dipendono da un legame causa-effetto.

L’interpretazione praticata dai giuristi è di questo secondo tipo, basato sul riconoscimento dell’esistenza di un rapporto convenzionale anziché su leggi causali. Tale diverso fondamento resta fermo; del resto non è difficile rendersi conto che gli odierni cultori del diritto interpretano soprattutto, anche se non esclusivamente, un particolare tipo di segni: discorsi scritti, testi e documenti ufficiali.

Per ciò che riguarda gli scambi quotidiani, è insolito utilizzare il vocabolo ‘interpretazione’ a proposito della comprensione di una qualsiasi frase proferita oralmente. In genere, si usa tale termine solo quando il destinatario non ha capito a fondo e si sforza di capire, come nel caso seguente: «Le sue parole erano così

³ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 8-9.

equivocche e sibilline che non so come interpretarle». Invece per le leggi, che sono testi scritti, parlare di ‘interpretazione’ è normale, forse perché il messaggio qui è considerato sempre d’ardua comprensione, essendosi staccato dagli autori materiali, i quali non sono più presenti per fornire schiarimenti. Talora, però, anche in campo giuridico si distingue fra una comprensione intuitiva che non necessita d’interpretazione e le ipotesi in cui c’è bisogno d’un lavoro di penetrazione interpretativa, com’è testimoniato dalla controversa massima per la quale *in claris non fit interpretatio*.

Dopo aver evidenziato le differenze fra “interpretare” fatti e interpretare discorsi, torniamo a prendere in esame ciò che accomuna il metodo di Sherlock Holmes al pensiero giuridico, in particolare a quello del passato. Si tratta di un tenace pregiudizio: l’idea che il metodo usato stia a garanzia dell’attendibilità dei risultati. In questo senso il giurista sherlockholmesiano, e ce ne sono ancora molti in giro, ritiene che per ogni quesito interpretativo vi sia un’unica soluzione corretta, giusta o – per usare una parola impegnativa – vera. Non per nulla, tanto il celebre investigatore quanto i teorici del diritto dei tempi andati erano convinti che si potesse e si dovesse procedere a colpi di “deduzioni” (o di sillogismi, come vedremo, v. *infra* cap. 2).

In un periodo a cavallo dell’ottocento e della prima metà del novecento, presumibilmente si era realizzata una convergenza fra il positivismo scientifico, che credeva nell’accumulazione lineare e senza scosse del sapere tecnico, e il vecchio positivismo giuridico, che aveva bisogno di porre i propri procedimenti al riparo della roccaforte d’una baldanzosa scientificità reputata fuori discussione. L’atteggiamento di cui si è detto è tramontato; ad essere esatti, lo è più presso gli epistemologi e i filosofi della scienza di quanto lo sia presso coloro che si dedicano allo studio e alla pratica del diritto. I giuristi, infatti, in particolar modo i giudici, sembrano essere periodicamente soggetti all’esigenza politica di proclamare il carattere non valutativo, la neutralità e, talvolta, l’incontestabilità dei c.d. “metodi interpretativi”. Sempre che non proclamino l’esistenza di valori “oggettivi”, al cui accertamento tali metodi perverrebbero.

Le ragioni per abbandonare ogni fiducia aprioristica in un’attendibilità incondizionata delle tecniche esegetiche dei giuristi sono parecchie.

1) Da un lato, sono mutati i presupposti filosofici e culturali sul cui sfondo si collocano *tutte* le teorie dell’interpretazione giuridica *in generale*.

2) Dall’altro lato, per sovrappiù, sono ormai invincibili le obiezioni alle quali va incontro la *specificata teoria* dell’interpretazione avanzata dal vecchio giuspositivismo.

Punto 1.

Al quadro generale, o metateorico, in cui si svolge l’analisi delle teorie dell’interpretazione, è dedicato questo primo capitolo. Sarà anche l’occasione per esporre la “mappa” del lavoro e gli strumenti che verranno utilizzati. Il resto del capitolo,

dopo i presenti paragrafi iniziali di carattere introduttivo, si divide in due sezioni.

A) La prima sezione tratta del metodo. In tale sede si mostra come sia caduta l'idea cartesiana di una connessione necessaria tra metodo e verità; la bontà di un metodo si misura ora sul piano della sua capacità di ottenere i risultati pratici voluti. Non ha minimamente senso, d'altronde, ritenere che l'interprete della legge debba limitarsi a cogliere una verità nascosta, posto che esista e che ne esista una sola, senza preoccuparsi dei sottostanti rapporti regolati (v. *infra* §§ 2.1 ss.). Persino il legalismo cieco, ove fosse possibile, uscirebbe dalla sfera del puro e semplice accertamento storico, proponendo esso l'accettazione di una linea di condotta uniforme.

B) L'altra sezione di cui consta questo capitolo tratta del linguaggio. Si cerca di far vedere come la disattenzione linguistica dei teorici delle generazioni precedenti non fosse assolutamente giustificata, né priva di conseguenze. Oggi a nessuno è più consentito di ignorare che il linguaggio, anche e soprattutto quello in cui sono formulate le leggi, è talvolta un servo infedele. C'è, pertanto, bisogno di mezzi adeguati per monitorarne l'azione, evitando di passare dall'inscalfibile fiducia di ieri ad un catastrofismo apocalittico circa la possibilità di comunicare (v. *infra* §§ 3.1 ss.). Sui singoli problemi comunicativi, quali quelli posti dalla vaghezza, dall'apertura, dall'ambiguità ecc., tuttavia, ci si soffermerà nel cap. 3.

Punto 2.

Venendo poi alle obiezioni contro le particolari tesi della teoria positivista più lontana nel tempo, queste, prescindendo dagli aspetti politici, sono compendabili in tre gruppi:

- a) le obiezioni che mettono in discussione un certo uso del *sillogismo*;
- b) le obiezioni che vertono sulla teoria delle *definizioni e sull'analisi concettuale*;
- c) le obiezioni che si concentrano sulla dubbia nozione di *volontà del legislatore*.

L'esame di tali critiche viene rimandato al secondo capitolo, dove si metterà a fuoco il paradigma veteropositivista e si illustreranno le tensioni cui esso andò soggetto.

2. Sezione prima. Il metodo

2.1. Dal monismo al pluralismo metodologico

Per discutere sulla fiducia nel metodo farò una breve incursione nella storia della filosofia. In un'opera giovanile composta non oltre il 1628 e pubblicata postuma, dal titolo *Regulae ad directionem ingenii* (*Regole per la guida dell'intelligenza*), René Descartes, nel commentare la quarta delle suddette regole (*Necessaria est Methodus ad rerum veritatem investigandam*), così si esprime intorno al concetto di metodo: