

Mauro Barberis
Separazione dei poteri
e teoria giusrealista dell'interpretazione

I giuristi fanno i conti da due secoli con un dilemma: un problema abbastanza complicato e importante da poter essere chiamato, come si farà qui di seguito, *contraddizione fondamentale*¹. In due parole, si tratta di questo: da un lato, molti giuristi condividono (qualche versione de) la dottrina della separazione dei poteri, e in particolare la tesi che al giudice spetti solo applicare il diritto creato dal legislatore; d'altro lato, gli stessi giuristi, o almeno gran parte di essi, condividono anche (qualche versione de) la teoria giusrealista dell'interpretazione, e specialmente la tesi che anche il giudice più fedele alla legge non possa, in qualche senso, non creare diritto. La *contraddizione fondamentale* che alberga nel cuore della cultura giuridica contemporanea consiste appunto in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo.

Scopo di questo lavoro è ricostruire i termini del problema e indicare qualche possibilità di soluzione. Nella *prima* sezione, prevalentemente storica, si distingueranno anzitutto tre versioni della dottrina della separazione dei poteri: distinzione, bilanciamento e separazione dei poteri in senso stretto. Nella *seconda* sezione, prevalentemente (meta)teorica, si distingueranno poi tre versioni della teoria giusrealista dell'interpretazione: giusliberismo, giusrealismo radicale e giusrealismo moderato. Nella *terza* sezione, prevalentemente costruttiva, si speriementeranno infine tre possibili soluzioni del dilemma ricostruito nelle sezioni precedenti: una sua dissoluzione, una sua soluzione conoscitiva e una sua riformulazione normativa.

L'unica cosa certa, nonostante i fiumi d'inchiostro corsi su questi temi, è che vi è ancora bisogno di far chiarezza. Si pensi solo, per non uscire dai confini italiani, alla recente vicenda della riforma dell'ordinamento giudiziario: vicenda nella quale a un maldestro tentativo di configurare l'interpretazione giudiziale "creativa" di diritto come illecito disciplinare, è seguito un ancor più goffo riconoscimento dell'impossibilità, pratica e teorica, di sanzionare un'interpretazione giudiziale che rispetti formalmente il dettato dell'art. 12 delle Preleggi². Orbene, persino nei due

¹ In realtà, come vedremo più avanti, la contraddizione è fra una norma e una proposizione (cfr. 3.2), o addirittura fra due norme (cfr. 3.3): sicché, almeno in questo secondo caso, si tratta di un'antinomia.

² Sulla vicenda, cfr. almeno R. Romboli, *Sul progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in "Quaderni costituzionali", 2, 2004, pp. 388-391.

passaggi di questa vicenda, inopinatamente, possono intravedersi i due corni del nostro dilemma: separazione dei poteri (il giudice non deve creare diritto) e teoria giusrealista dell'interpretazione (il giudice non può fare a meno di crearlo).

1. *Separazione dei poteri*

All'origine della dottrina della separazione dei poteri, nei termini della quale sono state formulate le costituzioni degli ultimi due secoli, sta «l'opera grande e ambigua»³ di Montesquieu: opera grande e ambigua, verrebbe da aggiungere, anche e soprattutto su questo specifico tema. Come si mostrerà schematicamente qui di seguito, infatti, sotto lo stesso nome di separazione dei poteri possono distinguersi almeno tre tesi diverse, ognuna delle quali ha una base testuale nell'opera di Montesquieu: la prima, che potrebbe chiamarsi distinzione dei poteri, è una *teoria* (conoscitiva) delle funzioni dello Stato; la seconda e la terza, che potrebbero chiamarsi rispettivamente bilanciamento dei poteri e separazione dei poteri in senso stretto, sono invece *dottrine* (normative) relative alla distribuzione di tali funzioni presso differenti organi⁴.

1. 1. La *prima* tesi nota come separazione dei poteri, ma che dovrebbe chiamarsi piuttosto *distinzione dei poteri*, è una classificazione delle funzioni statali, e ha una base testuale nel passo d'esordio del capitolo sesto del libro undecimo dell'*Esprit des lois*, che com'è noto recita: «Vi sono, in ogni Stato, tre tipi di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti», poi ribattezzato esecutivo, «e il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile», poi ribattezzato «potere di giudicare», o giudiziario, e definito come il potere di punire i crimini o giudicare sulle liti fra i privati⁵. Si tratta di una teoria (conoscitiva) delle funzioni dello Stato – benché certo non empirica ma analitica, concettuale – che nella locuzione 'separazione dei poteri' usa 'potere' nel senso di funzione, e 'separazione' nel senso di distinzione.

Si tratta, più specificamente, di una classificazione delle funzioni statali che permette di descrivere il funzionamento di qualsiasi organizzazione politica, comunque sia organizzata, nei termini di tre funzioni: la legislazione, o produzione (libera) di norme generali, l'esecuzione, o

³ Così G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto* (1976), Il Mulino, Bologna, 1998, p. 262.

⁴ Per quest'uso di 'dottrina', in un'accezione almeno debolmente normativa, comprensiva delle *doctrines* dei giudici di *common law*, cfr. almeno S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, ad esempio p. 242.

⁵ Così Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Garnier Flammarion, Paris, 1979, vol. I, p. 294. Qui, come in seguito, le traduzioni fornite nel testo sono di chi scrive.

attuazione (discrezionale) di tali norme, la giurisdizione, o applicazione (vincolata) di queste⁶. Come teoria delle funzioni statali, in effetti, la distinzione dei poteri non si presta a critiche normative, ma solo a critiche conoscitive, che le oppongono classificazioni differenti: si pensi alla classificazione delle funzioni statali operata da Kelsen, che distingue solo fra creazione e applicazione del diritto, e subordina la seconda alla prima, ma relativizza anche la distinzione, sostenendo che tutti gli atti statali, in diversa misura, sono al contempo creativi e applicativi di diritto⁷.

Più in generale, è noto come, già nello Stato liberale ottocentesco, e poi nel passaggio allo Stato sociale novecentesco, siano emerse nuove funzioni statali: o, meglio, siano state proposte concettualizzazioni ulteriori. Si è parlato, così, del potere “neutro” del capo dello Stato, del controllo di legittimità costituzionale, del potere d’indirizzo politico: tutte funzioni che rientrano con difficoltà nelle categorie montesquiviane. Qui di seguito, peraltro, si continuerà a fare riferimento alla “vecchia” separazione dei poteri, esemplata sullo Stato liberale ottocentesco, e non alla “nuova”, esemplata sullo Stato sociale novecentesco⁸: in particolare, non si parlerà quasi del controllo di legittimità costituzionale. Entrambe le teorie o distinzioni o classificazioni dei poteri, d’altra parte, non dicono come tali funzioni debbano venire distribuite fra differenti organi.

In quanto mere teorie, o distinzioni, o classificazioni, entrambe si limitano a stabilire quali siano le funzioni, non come debbano essere distribuite: la distribuzione dipenderà – non dalle stesse teorie (conoscitive), ma – da diverse dottrine (normative), ispirate a fini politici differenti, e anche a distinti criteri tecnici per il conseguimento di tali fini. Nel caso di Montesquieu il fine era la libertà politica, nel senso di sicurezza del cittadino nei confronti degli altri cittadini, e in particolare dei detentori del potere statale⁹; quanto al criterio tecnico per conseguire tale fine, peraltro, egli oscillava fra due criteri – non specializzazione e

⁶ Per la distinzione fra teoria e dottrina della separazione dei poteri, cfr. ancora G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 289-290 e Id., *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, specie pp. 30-31; per il nome ‘distinzione dei poteri’, cfr. invece C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 244-264.

⁷ Cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1950), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1966, specie pp. 274-287. Anche per la teoria ermeneutica, l’interpretazione è sempre un *mix* di creazione ed applicazione: cfr. ad esempio G. Zaccaria, F. Viola, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, specie pp. 114, 260, 454.

⁸ In questi termini, cfr. in particolare G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1994 e, più sinteticamente, Id., *Poteri (divisione dei)*, voce del *Digesto*, IV edizione, Discipline pubblicistiche, Utet, Torino, 1996, specie pp. 374-376.

⁹ Sul fatto che – a differenza di quanto comunemente si crede – Montesquieu concepisse la libertà come libertà dagli altri cittadini, piuttosto che dallo Stato, come faranno invece i liberali successivi, cfr. almeno M. Barberis, *Libertà*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 77-80, e più diffusamente Id., *Libertà, liberalismo e costituzionalismo*, in “Teoria politica”, 200, pp. 141-159.

specializzazione degli organi – che verranno usati ai prossimi due punti per caratterizzare, rispettivamente, le altre due tesi qui considerate: le dottrine del bilanciamento dei poteri e della separazione dei poteri in senso stretto.

1. 2. La *seconda* tesi nota come separazione dei poteri, ma che dovrebbe chiamarsi piuttosto *bilanciamento* dei poteri, è relativa alla distribuzione delle tre funzioni, distinte dalla prima tesi, fra organi che si bilancino l'un l'altro; qui, 'potere' significa organo, e 'separazione' appunto bilanciamento. La seconda tesi ha una duplice base testuale nell'*Esprit des lois*: nel passo del capitolo quarto del libro undecimo, dove si afferma che solo il potere può arrestare il potere, e nell'intero capitolo sesto dello stesso libro, dove le funzioni legislativa ed esecutiva vengono distribuite fra organi non specializzati. Nel passo del capitolo quarto, Montesquieu afferma: è «un'esperienza eterna che chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova dei limiti [...] Perché non si possa abusare del potere occorre che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»¹⁰.

Nell'intero capitolo sesto, Montesquieu applica quest'idea del bilanciamento dei poteri distribuendo le funzioni statali, o almeno le due funzioni specificamente politiche – legislazione ed esecuzione – secondo il criterio della non-specializzazione degli organi. Per *specializzazione* degli organi, come vedremo anche più avanti (cfr. 1.3), s'intende ciò che alla fine del Settecento intendevano Emmanuel Sieyès e gli altri costituenti francesi, e che nel Novecento intenderanno Charles Eisenmann e Michel Troper nei loro studi su Montesquieu: l'esercizio esclusivo, da parte di ogni organo o gruppo di organi, della sola funzione a essi riservata¹¹. Gli organi legislativi, esecutivi e giudiziari sono specializzati in tali funzioni quando ognuno esercita solo le funzioni sue proprie, senza l'intervento degli altri: modello cui si avvicina la costituzione francese del 1791.

Per *non-specializzazione* delle funzioni, per contro, s'intende la partecipazione di ogni organo all'esercizio di funzioni diverse dalla propria: come avviene in Montesquieu, appunto, per gli organi e le funzioni politiche, legislativa ed esecutiva; alla funzione legislativa, in particolare, concorrono non solo gli organi legislativi (Camera alta e Camera bassa), ma anche l'organo esecutivo (il monarca). Ciò che Montesquieu vuole ottenere, sempre a proposito di legislativo ed esecutivo, non è la separazione dei poteri in senso stretto, ossia l'esercizio delle rispettive funzioni da parte di organi specializzati, bensì il

¹⁰ Così Montesquieu, *De l'esprit des lois*, ed. cit., vol. I, p. 293.

¹¹ Per gli studi di Eisenmann e Troper, cfr. la prossima nota; per la più chiara esplicitazione del criterio della specializzazione, invece, cfr. E.-J. Sieyès, *Opinion du 2 thermidor an III* (1795), ora in P. Bastid, *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, Hachette, Paris, 1939, specie pp. 15-20: dove l'opposizione è formulata nei termini del *système de l'équilibre*, o *des contrepoids*, da un lato, e del *système du concours*, o *de l'unité organisée*, dall'altro.

concorso nel loro esercizio da parte di organi non specializzati; l'obiettivo è evidentemente costringere ogni organo, che di per sé tenderebbe solo ad accrescere il proprio potere, a esercitarlo di concerto con gli altri.

Che non specializzazione o bilanciamento dei poteri, e specializzazione o separazione dei poteri in senso stretto, siano concettualmente distinte, e che Montesquieu, almeno rispetto al legislativo e all'esecutivo, abbia sostenuto la prima e non la seconda, lo si mostrerà ancora fra un attimo (cfr. 1.3): ma è comunque stato notato da molti, sia fra i costituzionalisti¹², sia fra i teorici politici¹³. Quel che non sempre è stato notato, invece, è l'atteggiamento di Montesquieu di fronte alla funzione e agli organi non politici, diversi da legislativo ed esecutivo: insomma, proprio rispetto al giudiziario. Rispetto all'organizzazione di tale potere, in effetti, tutto lascerebbe attendere che Montesquieu configurasse il giudiziario come contro-potere: e non solo per coerenza con quanto da lui sostenuto circa gli altri due poteri.

Infatti, almeno secondo l'interpretazione storica più attendibile delle idee di Montesquieu – tipiche di un esponente della piccola nobiltà di toga d'*ancien régime*, salvo per l'accorgimento geniale di riformularle nei termini della costituzione inglese¹⁴ – egli avrebbe dovuto sostenere le rivendicazioni politiche dei *Parlements*: unico contropotere, in Francia, rispetto all'assolutismo monarchico. Non solo, dunque, Montesquieu avrebbe dovuto configurare il giudiziario come contropotere rispetto al legislativo e all'esecutivo, ma avrebbe dovuto attribuirgli quella funzione di produrre diritto che i giudici avevano sempre pacificamente avuto, sia sul Continente, sia in Inghilterra. Eppure, ciò non avviene; sul giudiziario, le posizioni di Montesquieu sembrano corrispondere alla terza tesi: la dottrina della separazione dei poteri in senso stretto.

¹² Cfr. ancora C. Schmitt, *Verfassungslehre*, trad. it. cit., pp. 248 ss.; Ch. Eisenmann, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs* (1933) e *La pensée constitutionnelle de Montesquieu* (1952), ora entrambi in Id., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'histoire des idées politiques*, édition par Ch. Leben, Panthéon-Assas, Paris, 2002, e M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État* (1994), trad. it. *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli, 1998, pp. 221-223 e 247-261; R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 15-40.

¹³ Cfr. B. Manin, *Les deux libéralismes: la règle et la balance*, in C. Biet, I. Théry (ed. par), *La famille, la loi, l'État: de la Révolution au Code civil*, Éditions du Centre Georges Pompidou, 1989, pp. 372-389; Id., *Freni, contrappesi e confini: la separazione dei poteri nel dibattito costituzionale del 1787*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 211-251; P. Pasquino, *Uno e trino. Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri [...]*, Anabasi, Milano, 1994; M. Barberis, *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2001, pp. 83-109.

¹⁴ Cfr. L. Althusser, *Montesquieu. La politique et l'histoire* (1959), Puf, Paris, 1985, e G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit.: ma da correggere almeno con il quinto capitolo di T. Todorov, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Seuil, Paris, 1989.

1. 3. La *terza* tesi nota come separazione dei poteri, e che potrebbe effettivamente chiamarsi *separazione dei poteri* (ma *in senso stretto*), è, come la seconda, una dottrina (normativa), relativa al modo di distribuire le funzioni statali fra i diversi organi. A differenza che nella seconda, peraltro, tali funzioni sono distribuite fra organi specializzati nelle rispettive funzioni: qui 'potere' significa ancora funzione, ma 'separazione' non significa più bilanciamento, bensì divisione o separazione in senso stretto. Cercare una base testuale di tale tesi nell'*Esprit des lois* – che pure è stato considerato per un secolo almeno la fonte principale di tale dottrina – è peraltro impossibile, sinché si guardi ai soli poteri specificamente politici (legislativo ed esecutivo): come s'è appena visto, essi sono organizzati in base alla diversa dottrina del bilanciamento dei poteri.

Se si vuole cercare nell'*Esprit des lois* una base testuale della separazione dei poteri in senso stretto, in effetti, si deve guardare a quanto Montesquieu dice del giudiziario: ai famosi passi del capitolo sesto del libro undecimo sul «potere di giudicare». La *prima* cosa di cui ci si accorge, così facendo, è che mentre gli organi legislativi (ad esempio la Camera alta) ed esecutivi (ad esempio il re, nell'esercizio del potere di grazia) partecipano eccezionalmente alle funzioni giurisdizionali, gli organi giudiziari non partecipano mai a funzioni legislative ed esecutive. Il giudiziario, in Montesquieu, è l'unico potere per il quale vale il criterio tecnico della specializzazione nelle funzioni, caratteristico della dottrina della separazione dei poteri in senso stretto; ed è anche, va detto, l'unico potere per il quale le tesi montesquiviane avranno qualche applicazione durante la Rivoluzione¹⁵.

La *seconda* cosa di cui ci si accorge, sempre guardando ai famosi passi del capitolo sesto, libro undecimo, sul potere di giudicare, è che il giudiziario non è formato da giudici professionisti, ma da privati cittadini chiamati ad amministrare la giustizia fra i loro pari (in omaggio alla tradizionale divisione in ceti): soluzione per la quale Montesquieu rinvia in nota (non alla moderna Inghilterra, ma) all'antica Atene, e che verrà sperimentata agli inizi della Rivoluzione solo per tornare subito dopo a un'organizzazione burocratica della magistratura. «In questo modo – osserva Montesquieu – il potere di giudicare, così terribile fra gli uomini, non essendo legato a una certa condizione professionale, diviene, per dir così, invisibile e nullo. Non si hanno continuamente dei giudici davanti

¹⁵ Ciò che non avviene, invece, per le tesi relative al bilanciamento: tutto il costituzionalismo francese-rivoluzionario, e paradigmaticamente Sieyès, rispetta il criterio tecnico della specializzazione, e guarda con ostilità alla dottrina del bilanciamento dei poteri, percepita come strumento di conservazione dell'*ancien régime*. Sul punto, cfr. diffusamente già M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Il Mulino, Bologna, 1988, specie pp. 122 ss., e poi Id., *I limiti del potere: il contributo francese*, in G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma, 1999, specie pp. 214-224.

agli occhi: e si teme la magistratura, e non i magistrati»¹⁶.

La *terza* cosa di cui ci si accorge, sempre guardando a questi passi più citati che letti, è che Montesquieu può qualificare come «nullo» il potere giudiziario proprio in quanto non affida la funzione di giudicare a una magistratura burocraticamente o professionalmente organizzata, bensì ai comuni cittadini¹⁷: a questa condizione, poi rivelatasi irrealistica, egli può affermare che «i giudizi devono esser [fissi] al punto da limitarsi a riprodurre il testo della legge», e che «i giudici della nazione sono solo [...] la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non possono moderarne né la forza né il rigore»¹⁸. Comunque sia, l'idea che i giudici non debbano produrre diritto origina proprio qui: dalla combinazione fra teoria della distinzione dei poteri (prima tesi), e dottrina della separazione in senso stretto fra giudiziario e altri poteri (terza tesi).

In effetti, se si confrontano sin d'ora le tre tesi note come separazione dei poteri, distinte in questa sezione, con l'idea giusrealistica della produzione giudiziale di diritto, che verrà analizzata nella prossima, si possono tirare alcune conclusioni. La *prima* tesi, la teoria della distinzione fra funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria – almeno per chi rispetti la legge di Hume, che vieta di dedurre norme da proposizioni – appare condizione necessaria ma non sufficiente della dottrina che i giudici non debbano produrre diritto: per avere tale dottrina, la teoria della distinzione delle funzioni deve coniugarsi con la dottrina della separazione in senso stretto fra gli organi. Di per sé, la teoria della distinzione delle funzioni sarebbe compatibile con la partecipazione dei giudici a funzioni legislative: come vediamo in relazione alla seconda tesi.

La *seconda* tesi, la dottrina (normativa) del bilanciamento fra organi legislativo, esecutivo e giudiziario, non solo è compatibile con la produzione giudiziale di diritto, ma richiederebbe, a rigore, quella partecipazione dei giudici alla funzione legislativa che storicamente si è verificata più volte: sul Continente, con la registrazione delle leggi da parte dei Parlements e più in generale con l'*interpretatio* giudiziale, come fonte suppletiva della *lex*, se non con l'integrazione del diritto ex art. 12, c. 2, Prel.¹⁹ (ma cfr. 2.3); in Inghilterra, con il *common law*, e negli Stati Uniti anche con il *judicial review of legislation*. Va appena notato che il controllo di legittimità costituzionale ha avuto origine proprio negli Stati Uniti:

¹⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, ed. cit., vol. I, p. 296. Cfr. anche *ivi*, p. 298: «Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle».

¹⁷ Accanto ai due tipi più noti di organizzazione della magistratura – il tipo *burocratico*, caratteristico del *civil law*, e il *professionale*, caratteristico del *common law* – bisognerebbe in effetti annoverare un terzo tipo, magari chiamato *popolare*, ed esemplificato proprio dalle tesi di Montesquieu: se non fosse che in questo terzo tipo diviene arduo parlare della magistratura in quanto tale, come organizzazione stabile di organi.

¹⁸ *Ivi*, rispettivamente pp. 296 e 301.

¹⁹ Cfr. almeno G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, in "Foro italiano", 1969, V, cc. 112-132.

ossia proprio nel sistema costituzionale che più direttamente si è ispirato alla dottrina montesquiviana del bilanciamento dei poteri²⁰.

È dunque solo la *terza* tesi, la dottrina della separazione dei poteri in senso stretto – beninteso, in combinazione con la prima, la teoria della distinzione dei poteri – a escludere la partecipazione del giudice alla legislazione: a escluderla, beninteso, come dottrina (normativa), affermando – non che i giudici *non producano* diritto, bensì – che i giudici *non debbano produrlo*. È questa dottrina della separazione dei poteri in senso stretto che, nella sezione conclusiva (cfr. 3.1 e 3.2), andrà confrontata con la teoria giusrealista della produzione giudiziale di diritto, al fine di avviare a soluzione la nostra contraddizione fondamentale. Prima di procedere a tale confronto, peraltro, occorre esaminare l'altro corno del dilemma: appunto, la teoria giusrealista dell'interpretazione.

2. Teoria giusrealista dell'interpretazione

Almeno a partire da Herbert Hart²¹, è comune distinguere fra tre teorie dell'interpretazione: per il *formalismo* interpretativo, le disposizioni giuridiche avrebbero ognuna un solo significato, per il *giusrealismo*, avrebbero ognuna più significati, per la *teoria mista*, avrebbero talvolta uno, talaltra più significati. Questa tripartizione, in realtà, è discutibile: non è chiaro se il criterio distintivo sia quello appena indicato, né se le tre teorie esauriscano tutte le posizioni sostenute – basti pensare all'ermeneutica giuridica²² – e neppure se si tratti sempre e solo di teorie (conoscitive), e non anche di dottrine (normative)²³. Qui di seguito, comunque, la tripartizione appena fornita verrà presupposta e ci si occuperà solo del giurealismo interpretativo, distinguendo tre tesi: una dottrina (normativa) e due teorie (conoscitive), l'una radicale, l'altra moderata.

2. 1. La *prima* tesi nota come giurealismo interpretativo, ma che dovrebbe piuttosto chiamarsi *giusliberismo*, è la dottrina (normativa) secondo cui è

²⁰ Come può ampiamente desumersi, in generale, dal classico A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist* (1787-1788), trad. it. *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 1980, e in particolare da M. Troper, *Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1990, pp. 71-85.

²¹ Cfr. già H. Hart, *Positivism and the Separation Between Law and Morals* (1958), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, specie pp. 61-73, e Id., *The Concept of Law* (1961), Clarendon, Oxford, 1994, specie pp. 124-154.

²² Cfr. in particolare F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, e F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.

²³ Cfr. M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici* à la gènoise, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, specie pp. 1-5, e soprattutto E. Diciotti, *L'ambigua alternativa fra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Working Paper 45, Siena, 2003.

opportuno, auspicabile o giusto che i giudici producano diritto. Occorre avvertire subito che si tratta di tesi assai difficile da reperire, in questa formulazione normativa, nella letteratura giusrealista recente; gli odierni giusrealisti, come vedremo meglio fra un attimo (cfr. 2.2 e 2.3), tengono come al lume degli occhi al carattere conoscitivo delle loro tesi, e al massimo si spingono a sostenere (non che i giudici *debbano* produrre diritto, ma semmai) che i giudici *non possano non* produrlo. Eppure, il sospetto che dietro alle tesi giusrealiste vi sia un malcelato favore per la produzione giudiziale di diritto è da sempre vivo, specie in Italia²⁴: sicché è meglio sbarazzarsene subito.

Il giusrealismo, e a ben vedere tutta la teoria dell'interpretazione del Novecento, nasce come critica del formalismo interpretativo: la tesi che il diritto fornisca sempre una soluzione univoca a qualsiasi problema interpretativo, sicché il giudice non si troverebbe mai nella necessità di creare diritto. Come reazione al formalismo – che non è mai stato solo una teoria, ma una dottrina formulata come una teoria²⁵ – anche la galassia di posizioni critiche rappresentata dai cosiddetti movimenti antiformalisti, cui anche il giusrealismo appartiene, ha sempre oscillato fra la tesi conoscitiva che il giudice non possa non produrre diritto e la tesi normativa che egli debba produrlo; anzi, in certi luoghi e in certi tempi, come l'Italia a partire dagli anni Sessanta del Novecento, è stata proprio questa seconda tesi a venire in primo piano.

Orbene, ammesso che esista una tesi normativa chiamata talvolta giusrealismo, ma che dovrebbe chiamarsi giusliberismo (dal nome del più bellicoso dei movimenti antiformalisti), e ammesso che in Italia questa si sia espressa in slogan come «uso alternativo del diritto» e «supplenza» del legislativo da parte del giudiziario²⁶, va detto che questa tesi *non* è mai stata sostenuta dal giusrealismo italiano. Al contrario, se al maestro dei giusrealisti italiani, Giovanni Tarello, può attribuirsi una tesi normativa, questa sembra piuttosto ostile che favorevole alla produzione giudiziale di diritto: come emerge anche dai suoi interventi pubblici – quali una sulfurea nota alla sentenza 16/1978 della Corte costituzionale in materia referendaria – Tarello pensava che la fisiologica tendenza dei giudici ad

²⁴ Cfr. in particolare U. Scarpelli, *Filosofia e diritto*, in AA. VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Esi, Napoli, 1982, p. 189, e più in generale L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.

²⁵ Di fatto, considerato come teoria, il formalismo interpretativo è una sorta di cane morto della teoria dell'interpretazione: la tesi conoscitiva che ogni disposizione presenti una e un solo significato è del tutto implausibile, e non si trova più un teorico che la sostenga. Diversa è la situazione ove si consideri il formalismo interpretativo come dottrina; che ogni problema interpretativo ammetta una sola *right answer* è tesi non solo effettivamente sostenuta da Ronald Dworkin a partire da *Taking Rights Seriously* (1977), ma anche, a partire da *Law's Empire* (1984), sempre più chiaramente fraseggiata in termini normativi.

²⁶ Il riferimento è ovviamente a P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1973.

appropriarsi di poteri legislativi dovesse e potesse venire arginata²⁷.

Che la dottrina (normativa) qui chiamata giusliberismo non costituisca solo un esempio di scuola, d'altra parte, è mostrato dalle recenti tendenze della teoria dell'interpretazione. Già un esponente della teoria mista come Genaro Carrió aveva osservato che, in tema di produzione giudiziale di diritto, si danno in ultima istanza solo disaccordi normativi: ciò su cui ci si divide, in realtà, sarebbe solo il disvalore o il valore che si è disposti ad attribuire alla creazione giudiziale di diritto²⁸. Oggi, dopo la svolta normativa che ha coinvolto, dopo l'etica, anche la *jurisprudence* e la teoria dell'interpretazione, forme latenti o patenti di giusliberismo sono ampiamente diffuse: soprattutto nell'interpretazione costituzionale, dove vecchie e nuove dottrine dei valori contendono il campo al "metodo giuspositivista temperato"²⁹.

2. 2. La *seconda* tesi nota come giusrealismo interpretativo, ma che dovrebbe piuttosto chiamarsi *giusrealismo radicale*, è la teoria (conoscitiva) che, in realtà, tutto il diritto sia prodotto dai giudici: tanto nel *common law*, quanto nel *civil law*³⁰. Si tratta di tesi reperibile, di solito, proprio in giuristi che concepiscono la teoria del diritto come un'impresa anch'essa conoscitiva e avalutativa, se non addirittura empirica: si pensi in particolare al John Gray di *The Nature and Sources of the Law* (1909), secondo il quale il legislatore si limiterebbe a pronunciare parole, il cui significato sarebbe poi stabilito solo dai giudici³¹; si pensi anche all' Alf

²⁷ Cfr. G. Tarello, *Tecniche interpretative e referendum popolare* (1978), ora in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 349-359, ma anche Id., *La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura* (1984), ora *ivi*, pp. 361-368, che costituisce la sua ultima parola su questi temi.

²⁸ Cfr. G. Carrió, *Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)* (1961), trad. it. "I giudici creano diritto" (*esame di una polemica giuridica*) in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, pp. 397-406.

²⁹ Questa terminologia è ripresa da A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in "Quaderni costituzionali", 2001, 1, pp. 35-61: che si occupa dello stesso tema del presente lavoro, ma dal punto di vista (non delle teorie, bensì) delle dottrine (o "metodi") dell'interpretazione costituzionale. Va appena aggiunto che i sostenitori di dottrine dell'interpretazione costituzionale diverse dal giuspositivismo "temperato" – come R. Dworkin, *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, introduzione a Id., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford U. P., Oxford, 1996 o, in Italia, A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in "Politica del diritto", 1991, pp. 639-658, e lo stesso G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992 – tendono a rifiutare ogni accostamento al giusliberismo.

³⁰ Spesso, questa posizione viene chiamata scetticismo o non-cognitismo interpretativo: denominazione che ha peraltro il duplice difetto, da un lato, di associarla troppo strettamente allo scetticismo o non-cognitismo etico, d'altro lato di non restituire il tono dogmatico, piuttosto che scettico, con il quale la tesi viene di solito avanzata.

³¹ Cfr. J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1909), Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 1997, pp. 79-79: «for, after all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what those words mean; that is, it is for them to interpret legislative acts; undoubtedly, there are limits upon their power of interpretation, but these limits are [...] undefined».

Ross di *On Law and Justice* (1958), per il quale le disposizioni legislative sono quasi sempre equivoche o indeterminate, sicché è quasi sempre il giudice, di fatto, a stabilire cosa esse significhino³².

Ma si pensi, anche e soprattutto, ai giusrealisti italiani, e in particolare allo stesso Tarello e a Riccardo Guastini: i quali sono talvolta parsi sostenere che prima dell'interpretazione tutte le disposizioni legislative non abbiano alcun significato, sicché sarebbe solo il giudice a decidere quale norma essi esprimano. Detto altrimenti, il legislatore si limiterebbe a produrre disposizioni, ossia una sorta di *law in books*; ma il diritto propriamente detto, ossia il *law in action*, sarebbe prodotto esclusivamente dagli organi dell'applicazione³³. Peraltro, la tesi giusrealista-radical che prima dell'interpretazione gli enunciati non abbiano *alcun* significato appare abbastanza implausibile da rendere quasi sempre possibile – anche nel caso di Tarello e di Guastini – leggere più caritatevolmente i passi in cui essi la avanzerebbero.

Vedremo fra poco, in effetti, che almeno Guastini sostiene oggi un'altra tesi: la tesi, caratteristica del giusrealismo moderato, che prima dell'interpretazione gli enunciati – lungi dal non avere alcun significato – abbiano molteplici significati, fra i quali spetta poi all'interprete scegliere. Vi è peraltro almeno un teorico dell'interpretazione che sostiene ancora il giusrealismo radicale: il già citato Troper, il quale afferma appunto che «prima dell'interpretazione, i testi non hanno ancora un significato, ma soltanto attendono di essere interpretati»³⁴. Va appena ricordato che Troper è anche un costituzionalista, e anzi uno dei maggiori teorici della separazione dei poteri: da lui ritenuta atta a vincolare la creatività giudiziale solo debolmente, nella versione pure da lui chiamata bilanciamento dei poteri³⁵ (cfr. 3.3 *in fine*).

L'argomento giusrealista radicale tipico suona così: la giurisdizione, in

³² Cfr. A. Ross, *On Law and Justice* (1951; 1958), trad. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, specie pp. 127-148, almeno nella lettura resa da R. Guastini, *Ross sul diritto giurisprudenziale*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 124-140: il quale peraltro ammette che in opere precedenti Ross ha avanzato forme di giusrealismo più sfumate, e che nello stesso *On Law and Justice* ha in realtà sostenuto posizioni più vicine alla teoria kelseniana della cornice, che qui verrà considerata tipica del giusrealismo moderato.

³³ Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 63-64 («prima dell'attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano») e R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 86 («le parole hanno solo il significato che viene loro attribuito da chi le usa e/o da chi le interpreta»), nonché, per una lettura equilibrata di questi passi, E. Diciotti, *L'ambigua alternativa*, cit., specie p. 13, n. 9.

³⁴ Così M. Troper, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1999, p. 478; cfr. anche *ivi*, p. 476: «il testo interpretato non ha né può avere altro significato che quello conferitogli dall'autorità competente, anche se in contrasto con tutte le interpretazioni altrui, anche se irragionevole, anche se in contrasto con tutto ciò che si può sapere dell'intenzione dell'autore del testo».p. 491.

³⁵ Cfr. già M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* (1973), L. G. D. J., Paris, 1980, e Id., *Una teoria realista dell'interpretazione*, cit., p. 491.

realtà, è solo legislazione; la giurisdizione, in realtà, è creazione legislativa del diritto. Basterebbe osservare empiricamente ciò che *fanno* i giudici – senza lasciarsi fuorviare da ciò che essi *dicono* di fare – per accorgersi che l'interpretazione giudiziale è, in realtà, creazione del diritto³⁶. A questo argomento, peraltro, è facile replicare che la teoria dell'interpretazione non è frutto esclusivo di osservazione empirica, ma anche di previe definizioni di termini teorici come 'interpretazione', 'significato', e simili³⁷. Inoltre, nel diritto la forma è anche sostanza; una teoria dell'interpretazione che voglia essere al contempo *giuridica* e *analitica* può teorizzare quanto i giudici fanno solo adottando definizioni dei termini teorici tali da rendere conto anche di quanto essi dicono di fare (cfr. 3.2).

2. 3. La *terza* tesi nota come giusrealismo interpretativo, ma che dovrebbe piuttosto chiamarsi *giusrealismo moderato*, è la teoria (conoscitiva) che i giudici partecipino necessariamente alla creazione di diritto: non però nel senso che tutto il diritto sia creato dai giudici, come per il giusrealismo radicale, ma nel senso che sono sempre in ultima istanza gli organi dell'applicazione a scegliere fra i diversi significati attribuibili agli enunciati del legislatore. Per dirla con l'ultimo Guastini: «la tesi realista, secondo cui non vi sono significati prima dell'interpretazione, deve essere intesa non nel senso che prima dell'interpretazione i testi normativi siano privi di *qualsivoglia* significato, ma nel senso che ogni testo normativo ne esprime potenzialmente *più d'uno*. L'interpretazione [...] consiste precisamente nella scelta tra una pluralità di significati»³⁸.

Detto altrimenti, la teoria giusrealista moderata recupera l'idea kelseniana che l'interpretazione di ogni disposizione avvenga all'interno di una *cornice* di norme, registrate o congetturate dall'interpretazione "scientifica", e poi scelte caso per caso dal giudice al fine di applicarle. Kelsen, com'è noto, va anche oltre; il giudice potrebbe scegliere pure al di fuori della cornice, e nondimeno produrre un'interpretazione "autentica": una norma individuale comunque valida o efficace, sinché non annullata, eventualmente, da altri giudici³⁹. La teoria giusrealista moderata, a differenza della teoria radicale e forse dello stesso Kelsen, riconosce invece i *limiti dell'interpretazione*⁴⁰: l'interpretazione giudiziale non si confonde più con la legislazione, ma si limita a scegliere entro la cornice

³⁶ Cfr. R. Guastini, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in "Ragion pratica", 17, 2001, p. 43: «la tesi giusrealista in teoria dell'interpretazione è molto semplice: ogni testo normativo – e anzi: ogni singolo enunciato normativo – è, di fatto, interpretato in modi diversi e confliggenti».

³⁷ Cfr. ancora E. Diciotti, *L'ambigua alternativa*, cit., pp. 4-8 e, in termini molto simili, M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario*, cit., pp. 17-20.

³⁸ Così, da ultimo, R. Guastini, *Realismo e antirealismo*, cit., p. 43 (corsivi nel testo).

³⁹ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, pp. 386-388, e R. Guastini, *Realismo e anti-realismo*, cit., pp. 46-49.

⁴⁰ Su questo tema, cfr., in ambito semiotico, U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, in ambito giuridico, G. Zaccaria, *Limiti e libertà dell'interpretazione*, in "Ragion pratica", 17, 2001, pp. 17-41.

di significati attribuibili alla disposizione legislativa.

La teoria giusrealista moderata si distingue ancora dalla teoria mista; i giusrealisti sostengono ancora che *tutte* le disposizioni giuridiche possono esprimere diversi significati, gli aderenti alla teoria mista che *non tutte* lo possono: si darebbero necessariamente, per questi ultimi, anche enunciati univoci, il cui unico significato sarebbe suscettibile di venire scoperto⁴¹. Ma la distinzione fra giusrealismo moderato e teoria mista diventa assai sottile; essa finisce per dipendere solo dall'ammissione (teoria mista) o dalla non ammissione (giusrealismo moderato) di disposizioni univoche: se non, peggio ancora, dal modo in cui gli uni e gli altri raffigurano l'interpretazione delle disposizioni univoche⁴². Fra aderenti alla teoria mista e giusrealisti moderati, così, finisce per correre la stessa distanza che corre fra chi vede mezzo pieno o mezzo vuoto lo stesso bicchiere.

Per la verità, alcuni giusrealisti moderati sostengono ancora la tesi, tipica del giusrealismo radicale, che la teoria dell'interpretazione consista essenzialmente di osservazioni empiriche: sarebbe l'osservazione empirica a mostrare che tutte le disposizioni giuridiche sono interpretate diversamente⁴³. Una teoria giusrealista moderata, peraltro, può anche limitarsi a sostenere, più plausibilmente, che tutte le disposizioni giuridiche – non *sono* interpretate, bensì – *possono essere* interpretate diversamente; non c'è disposizione univoca che non possa diventare equivoca in qualche sua applicazione. In questo senso, tutte le disposizioni *potrebbero* davvero essere interpretate diversamente, come enfatizza il giusrealismo moderato: ma non è poi detto che lo *siano* effettivamente, come enfatizza, invece, la teoria mista⁴⁴.

Anche fra le tre tesi note come giusrealismo interpretativo occorre infine scegliere, allo scopo di individuare il secondo corno del nostro

⁴¹ Questa tesi, talvolta argomentata sulla base di idee di Ludwig Wittgenstein relative al significato, si fonda peraltro su un equivoco: è vero che in ogni singola sequenza di interpretazioni, per esempio all'interno di uno stesso processo, si deve necessariamente concordare su qualche interpretazione, per poter discordare su altre; ma in sequenze differenti (in altri processi) si può ben discordare anche sulle interpretazioni sulle quali si concordava nel primo.

⁴² Cfr. P. Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, cit., p. 114: «vi sono certamente delle situazioni in cui la scelta degli interpreti non può che cadere su di un determinato significato, suscettibile di rilevazione», ma «una scelta conformistica [...] è, pur sempre, una scelta».

⁴³ Cfr. ancora R. Guastini, *Realismo e anti-realismo*, cit., pp. 48-49: la teoria giusrealista «se anche non può essere dimostrata (come ogni altra legge empirica), è però ben confermata da esempi infiniti. A chi non la condivide l'onere di smentirla adducendo almeno un esempio contrario».

⁴⁴ In questo senso, cfr. già D. Kennedy, *Legal Formality*, in "Journal of Legal Studies", 1973, 2, pp. 351-398; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003, specie p. 228; lo stesso P. Chiassoni, *Codici interpretativi*, cit., p. 113 («ogni disposizione è "problematica", *potendo* sempre essere intesa a esprimere non meno di due diversi significati»; corsivi aggiunti).

dilemma. Quanto alla *prima* tesi, il giusliberismo, occorre ricordare che si tratta di una dottrina (normativa): come tale diametralmente opposta alla dottrina della separazione dei poteri in senso stretto. Mentre la dottrina della separazione dei poteri sostiene che i giudici non debbano produrre diritto, il giusliberismo sostiene che i giudici debbano produrlo; siamo qui di fronte, dunque, a due dottrine antinomiche e fra loro incompatibili. Non è certo questo, comunque, il senso di 'giusrealismo' che lascia sperare in qualche soluzione del nostro dilemma: anche se sul giusliberismo si dovrà ancora tornare in conclusione (cfr. 3.3).

Quanto alla *seconda* tesi, il giusrealismo radicale, anch'essa pare difficilmente utilizzabile: e questo per due ragioni. La prima ragione è che, come vedremo meglio fra poco (cfr. 3.1), la teoria giusrealista radicale o è del tutto incommensurabile con la dottrina della separazione dei poteri, oppure è davvero incompatibile con essa: se davvero tutto il diritto fosse necessariamente prodotto dai giudici, la dottrina della separazione dei poteri prescriverebbe l'impossibile, e dovrebbe venire abbandonata⁴⁵. La seconda ragione, non meno rilevante, è che, come si è detto, quasi più nessuno, oggi, sostiene la teoria giusrealista dell'interpretazione in questa forma radicale; in base al principio di carità interpretativa, che impone di adottare una tesi nella sua versione migliore, si deve dunque optare per la versione moderata.

Insomma: se si vuole avere qualche speranza di comporre la contraddizione fondamentale fra separazione dei poteri e giusrealismo, e se si cerca una versione sostenibile di quest'ultimo, si deve scegliere il giusrealismo moderato. Non è detto, peraltro, che neppure opponendo separazione dei poteri e giusrealismo moderato la contraddizione sia superabile: anche nel caso del giusrealismo moderato, infatti, il giudice sembra partecipare necessariamente alla creazione di diritto, sia pure solo scegliendo entro una cornice di significati fornita dal legislatore; ma questo sembra escluso dal criterio della specializzazione delle funzioni, tipico della separazione dei poteri in senso stretto (cfr. 1.3), che vieta al giudice di partecipare alla funzione legislativa. Nel corso della prossima sezione, peraltro, si mostrerà che la contraddizione è solo apparente (cfr. 3.2).

3. *Tre possibili soluzioni*

In questa terza e conclusiva sezione si esploreranno tre strategie di soluzione della contraddizione fondamentale fra separazione dei poteri (in senso stretto) e giusrealismo (moderato), ricostruita nelle sezioni

⁴⁵ In questo senso, cfr. J. L. Martí, *El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*, in "Isonomía", 17, 2002, pp. 259-281: il quale, assimilando la teoria dell'interpretazione di Guastini al giusrealismo radicale, conclude che essa sarebbe incompatibile con la separazione dei poteri, e dunque rappresenterebbe, letteralmente, una minaccia per il liberalismo e la democrazia.

precedenti. La prima soluzione o dissoluzione del dilemma consiste nell'escluderlo: separazione dei poteri e giusrealismo sarebbero tesi eterogenee e incommensurabili. La seconda soluzione, conoscitiva, consiste nel mostrare che la contraddizione fondamentale, negli stessi termini in cui è formulata, non è una contraddizione affatto: soluzione che peraltro pare interamente plausibile solo in combinazione con una terza. La terza soluzione, normativa, consiste nel riformulare il dilemma in termini normativi: la tensione fra legislazione e giurisdizione è (non patologica, ma) fisiologica, benché possa e debba venire controllata.

3. 1. La *prima* soluzione, o piuttosto dissoluzione della contraddizione fondamentale, consiste nell'escludere lo stesso dilemma: a ben vedere non vi sarebbe dilemma affatto, ma solo incommensurabilità fra una dottrina (normativa), come la separazione dei poteri in senso stretto, e una teoria (conoscitiva), come il giusrealismo (sia radicale sia moderato). Le due tesi non potrebbero confliggere perché appartengono a universi di discorso diversi e irrelati: l'universo normativo, relativo a quanto i giudici debbono fare, e l'universo conoscitivo, relativo a quanto i giudici fanno. Le due tesi sarebbero incommensurabili perché rispondono a problemi diversi: la dottrina della separazione dei poteri al problema normativo di come il giudice debba comportarsi, la teoria giusrealista al problema conoscitivo di come il giudice si comporti effettivamente.

La difficoltà, per questa dissoluzione del dilemma, sta però nella circostanza che i due universi di discorso – l'universo di discorso normativo, cui appartiene la dottrina della separazione dei poteri, e l'universo di discorso conoscitivo, cui appartiene la teoria giusrealista dell'interpretazione – sono sì diversi, ma nient'affatto irrelati. Che conoscitivo e normativo siano irrelati viene talvolta sostenuto, affrettatamente, da sostenitori troppo radicali della legge di Hume, ansiosi di negare qualsiasi rapporto logico fra discorso normativo e conoscitivo⁴⁶. La non-relazione, poi, viene spesso presupposta, di fatto, nella divisione del lavoro intellettuale o accademico: dove a indagini rispettivamente normative e conoscitive si dedicano discipline diverse, come la dottrina della giustizia, normativa, e la teoria dell'interpretazione, conoscitiva.

Ma che dottrine normative e teorie conoscitive siano irrelate, e quindi incommensurabili, è insostenibile; vi è, fra esse, almeno una relazione logica: la relazione fra potere e dovere, per cui dovere implica potere (o, più precisamente, lo presuppone)⁴⁷. Come ha osservato Russell Hardin, anche teorie conoscitive possono ben essere normativamente rilevanti: «se dovere implica potere – cioè, se non possiamo argomentare moralmente

⁴⁶ Per una critica della legge di Hume in senso fortissimo, cfr. G. Carcaterra, *Conoscenza e normatività nella filosofia italiana contemporanea*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1994, pp. 716-740, e M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., pp. 69-71.

⁴⁷ Per questa precisazione, cfr. il classico G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*(1963), trad. it. *Norma e azione. Un'analisi logica*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 161.

che la gente debba fare ciò che non può essere fatto»⁴⁸, allora le dottrine (normative) debbono almeno essere attuabili, logicamente ed empiricamente; come dicono i giuristi, *ad impossibilia nemo tenetur*. Condizione necessaria, benché non sufficiente, dell'accettabilità di una dottrina (normativa), è che sia logicamente ed empiricamente possibile attuarla: ciò che può essere stabilito solo da una teoria (conoscitiva).

Perché la dottrina della separazione dei poteri in senso stretto possa essere accettabile come dottrina, dunque, dev'essere possibile attuarla: ossia dev'essere possibile, per il giudice, *non* creare diritto. Ma questo è ciò che nega il giusrealismo, almeno nella sua versione radicale (cfr. 2.2): tutto il diritto sarebbe sempre e necessariamente creato dai giudici, sicché la separazione dei poteri sarebbe comunque inaccettabile come dottrina (normativa), se non già come teoria (conoscitiva) della distinzione fra legislazione e applicazione⁴⁹. Se a questa conclusione si debba giungere anche sulla base del giusrealismo moderato (cfr. 2.3), si vedrà subito proponendo la seconda soluzione del dilemma; qui basti aver accertato che il dilemma sussiste, perché le due tesi non sono affatto incommensurabili, bensì almeno potenzialmente confliggenti⁵⁰.

3. 2. La *seconda* soluzione della contraddizione fondamentale consiste nel mostrare che il dilemma fra dottrina della separazione dei poteri (in senso stretto) – il giudice non deve partecipare alla creazione di diritto – e teoria giusrealista (moderata) – il giudice non può non partecipare a tale creazione, sia pure solo scegliendo entro una cornice di significati – dipende in gran parte dalla formulazione troppo generica delle due tesi; in particolare, basta specificare il senso del termine 'creazione', come si vedrà qui di seguito, per mostrare la loro perfetta compatibilità. Peraltro, non ci si farà l'illusione, tipica degli analisti del linguaggio, che questa specificazione basti a risolvere il dilemma fondamentale: questo è problema non solo conoscitivo (analitico), ma anche normativo (etico), e richiede pure una soluzione normativa (cfr. 3.3).

Apparentemente, la teoria giusrealista moderata – il giudice crea necessariamente diritto, scegliendo all'interno della cornice fissata dal legislatore – è incompatibile con la separazione dei poteri in senso stretto:

⁴⁸ Così R. Hardin, *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*, Oxford U. P., Oxford, 1999, p. 312; cfr. anche *ivi*, p. 37: «we first must know what can be done before we can conclude what ought be done».

⁴⁹ Detto altrimenti: ' legislazione' indicherebbe una funzione fittizia, dato che a decidere – in realtà, o in ultima istanza - sarebbe sempre e solo il giudice. È possibile che questa fosse la posizione dello stesso Tarello: cfr. Id., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 91; Id., *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 15; Id., *Organizzazione giuridica e società moderna*, cit., p. 30. Questa era comunque la posizione dei due dioscuri dell'idealismo italiano, Benedetto Croce e Giovanni Gentile, per il quale non era concepibile volere in generale e in astratto.

⁵⁰ In questo senso, e usando la stessa strategia argomentativa basata su rapporti fra potere e dovere – ma per arrivare a conclusioni opposte – cfr. ancora J. L. Martí, *El realismo jurídico*, cit., pp. 274-275

questa, infatti, vieta al giudice di partecipare alla funzione legislativa⁵¹. Se peraltro si distingue il diverso senso attribuito dalle due tesi al termine 'creare' o 'produrre' (norme giuridiche), ci si accorge che le cose stanno diversamente. Nel caso della separazione dei poteri, 'creare' o 'produrre' (norme giuridiche) ha un senso *forte*: il legislatore crea nel senso di produrre norme valide *erga omnes*. Nel caso della teoria giusrealista dell'interpretazione, invece, 'creare' o 'produrre' (norme giuridiche) ha senso *debole*: significa solo interpretare o anche integrare la legislazione, ma sempre e solo al fine di decidere il caso sottoposto al giudice.

La distinzione, si badi, non consiste nel fatto che il legislatore crea norme generali e il giudice norme particolari: come ha mostrato definitivamente Eugenio Bulygin, infatti, se i giudici creano o producono norme, queste non sono le norme individuali formulate nel dispositivo, ma semmai le norme generali formulate nella motivazione della sentenza, a titolo d'interpretazione o d'integrazione delle disposizioni legislative⁵². Il giudice (ordinario), interpretando o integrando la legislazione, crea o produce norme generali: ma norme generali che esauriscono la loro funzione nella motivazione della sentenza, nella giustificazione deduttiva della norma individuale formulata nel dispositivo; anche la decisione giudiziale più "creativa", in un sistema di *civil law*, può al massimo "fare giurisprudenza", e non produrre norme generali valide o efficaci *erga omnes*.

Orbene, il giusrealismo moderato, a differenza del giusrealismo radicale, riconosce tutto questo: il giudice ordinario non crea diritto nel senso forte di legiferare, ma solo nel senso debole di interpretare (scegliere una norma generale entro la cornice della disposizione) o, al massimo, nel senso poco più forte di integrare (scegliere una norma generale fuori dalla cornice della disposizione)⁵³. Ma la dottrina della separazione dei poteri in senso stretto vieta al giudice solo di legiferare (di creare norme generali valide o efficaci *erga omnes*): non anche di interpretare o persino di integrare il diritto prodotto dal legislatore⁵⁴. Interpretando o anche

⁵¹ Lo stesso non avverrebbe, come s'è già notato, nell'altra versione della dottrina della separazione dei poteri: il bilanciamento dei poteri, che ammette pacificamente la partecipazione di organi giurisdizionali alla funzione legislativa (cfr. 1.2).

⁵² Cfr. E. Bulygin, *Sentencia judicial y creación de derecho* (1966), trad. it. *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, ora in Id., *Diritto, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, specie pp. 6-7: le norme individuali non possono considerarsi norme nuove, a differenza delle norme generali da cui sono devono essere dedotte, stante l'obbligo di motivazione della sentenza.

⁵³ 'Integrazione non indica qui solo un istituto del diritto italiano, previsto dall'art. 12, c. 2 Prel., ma un concetto teorico-generale; anche per questo, dunque, sarebbe forse meglio ricorrere a termini diversi da 'integrazione': come 'interpretazione in senso generico' (proposto da E. Diciotti, *L'ambigua alternativa*, cit., pp. 9-10), o 'sovra-interpretazione' (proposto da R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 285), o 'meta-interpretazione' ('interpretazione meta-testuale', proposto da P. Chiassoni, *Codici interpretativi*, cit., pp. 55 e 108).

⁵⁴ La creazione di norme generali da parte del giudice è ammessa da Bulygin solo per l'integrazione del diritto (oltretutto per la soluzione di antinomie): cfr. ancora Id., *¿Los*

integrando “creativamente”, il giudice si limita a esercitare la funzione giudiziaria come configurata da Montesquieu: compone liti e punisce crimini particolari, con decisioni valide o efficaci solo fra le parti.

Le cose stanno diversamente per le decisioni della Corte costituzionale che annullano norme incostituzionali: l’annullamento *erga omnes* potrebbe davvero considerarsi legislazione (negativa), ossia partecipazione di un organo giudiziario alla funzione legislativa, in conflitto con la separazione dei poteri in senso stretto. Lo stesso potrebbe dirsi per le decisioni dei giudici di *common law* che costituiscono precedente: pure qui si potrebbe parlare di partecipazione del giudice alla funzione legislativa, in conflitto con la separazione dei poteri in senso stretto. Ma nel caso dell’interpretazione e anche dell’integrazione dei giudici di *civil law*, la creazione di norme generali serve solo alla soluzione di casi particolari: e il giusrealismo moderato, sinché si limita a constatare *questa* creazione in senso debole, è perfettamente compatibile con la separazione dei poteri.

3. 3. La *terza* soluzione della contraddizione fondamentale consiste nell’ammettere che si tratta anche di un’antinomia fondamentale: un conflitto fra due dottrine (normative), separazione dei poteri in senso stretto e ciò che a suo tempo si è chiamato giusliberismo (cfr. 2.1). Come ci ha insegnato Carrió, al problema della produzione giudiziale di diritto non basta fornire soluzioni conoscitive, o teoriche, o analitiche, come la seconda appena fornita; il dissenso sulla produzione giudiziale di diritto non è solo un disaccordo di credenza, relativo a fatti, ma anche un disaccordo di atteggiamento, relativo a valori. Si ha un bel precisare che i giudici creano diritto solo nel senso debole di interpretare o di integrare; sarà sempre possibile replicare che questa tesi dipende solo da una serie di stipulazioni teoriche più o meno favorevoli alla creazione giudiziale di diritto⁵⁵.

Come mostra il destino incontrato dalla stessa soluzione salomonica fornita da Carrió – accolta da alcuni come troppo, da altri come troppo poco favorevole alla produzione giudiziale di diritto – vi sarà sempre, su questi temi, una resistenza ad accettare soluzioni teoriche, analitiche o peggio puramente verbali. La soluzione appena fornita, conseguentemente, non apparirà mai del tutto plausibile sinché non si esplorino anche gli aspetti normativi della questione, e non si fornisca una

jueces crean derecho?, in “Isonomía”, 18, 2003, pp. 7-25; ma anche dell’interpretazione si potrebbe dire che i giudici creano diritto nel suo stesso senso di ‘creare’: produrre norme generali nuove. In entrambi i casi, comunque, la creazione giudiziale si esaurisce nel produrre una norma generale da cui dedurre la soluzione del caso particolare: soluzione valida o efficace solo fra le parti, non *erga omnes*.

⁵⁵ In effetti, secondo il giusrealismo, sia radicale sia moderato, il giudice deve necessariamente creare diritto, almeno nella forma dell’interpretazione. Questa necessità, peraltro, nonostante quanto pretendono talvolta i giusrealisti (cfr. 2.2 *in fine*) è meramente analitica, relativa alle definizioni di ‘creare’. Orbene, una definizione non può mai pregiudicare la soluzione di un problema normativo: altre definizioni devono permettere di porlo o di risolverlo altrimenti.

soluzione ulteriore relativa a tali aspetti. Il guaio è, come s'è detto, che fra separazione dei poteri in senso stretto e giusliberismo interpretativo nessuna conciliazione pare possibile: fra produzione legislativa e produzione giudiziale di diritto, comunque le si chiami, vi sarà sempre latente tensione, e spesso aperto conflitto, perché esse sono giustificate da valori diversi.

La (esclusiva) produzione legislativa di diritto è giustificata da quel valore specificamente giuridico che è la *legalità* (in un senso prossimo all'inglese 'rule of law')⁵⁶; la (concorrente) produzione giudiziale di diritto, invece, è giustificata da quel valore non solo giuridico, ma anche politico e morale, che è la *giustizia*⁵⁷. Formulando l'antinomia nei termini della teoria giusrealista moderata, nella maggior parte dei casi giudiziari la tensione latente fra i due valori non sfocerà in conflitto aperto: entro la cornice dei significati, infatti, il giudice potrà quasi sempre scegliere la norma (da lui ritenuta) più giusta, così conciliando legalità e giustizia⁵⁸. Eppure, non può mai escludersi del tutto il caso che *nessuna* norma della cornice sia conforme a giustizia: e qui la tensione latente fra legalità e giustizia può sfociare in aperto conflitto.

Non si tratta di casi di scuola: almeno se si prendono sul serio i limiti dell'interpretazione ammessi dallo stesso giusrealismo moderato (cfr. 2.2). Per fare due esempi addotti ad altro proposito da Alessandro Pace: un ipotetico giudice "di sinistra" riterrà ingiusta ogni possibile interpretazione dell'art. 29 c. 1, Cost., in relazione alla mancata tutela delle unioni omosessuali; un ipotetico giudice "di destra", invece, riterrà ingiusta ogni possibile interpretazione dell'art. 33, c. 3 Cost., in relazione al divieto di finanziare la scuola privata⁵⁹. Qui legalità e giustizia non sono più conciliabili tramite l'interpretazione; qui si può solo scegliere se

⁵⁶ Cfr. L. Fuller, *The Inner Morality of Law* (1964), Yale U. P., New Haven, 1969: ma con le precisazioni apportate da H. L. A. Hart, *Lon Fuller: The Morality of Law* (1965), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, pp. 347 e 349, e da J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in R. L. Cunningham (ed.), *Liberty and the Rule of Law*, Texas A&M University, College Station (Texas), 1979, pp. 3-21.

⁵⁷ I due valori, a maggior ragione in quanto appartengono a sfere etiche diverse, non sono riducibili a un unico valore, né gerarchizzabili una volta per tutte; questo, almeno sostiene una teoria dell'etica – il pluralismo etico – che ha più di un'applicazione nell'interpretazione costituzionale: cfr. M. Barberis, *L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, cit., pp. 1-20.

⁵⁸ Specie nello Stato costituzionale: nel quale l'interpretazione adeguatrice e il controllo di legittimità costituzionale – almeno così sostengono teorici neocostituzionalisti *à la* Dworkin o *à la* Zagrebelsky – permetterebbero sempre di rendere il diritto positivo conforme a giustizia, o almeno di annullarlo se ingiusto. In realtà, come si mostrerà nel testo, la costituzione non si identifica con la giustizia: il problema della legge ingiusta resta giuridicamente irresolubile, almeno in ultima istanza, anche nello Stato costituzionale.

⁵⁹ Cfr. ancora A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., p. 45, n. 40: che usa questi due esempi per mostrare l'improponibilità – entro sistemi giuridici basati sulla separazione dei poteri – di metodi interpretativi diversi dal metodo "giuspositivista temperato".

applicare norme ingiuste, rispettando diritto e legalità, oppure violarle, rispettando morale e giustizia. Ma questo non è più un problema d'interpretazione: è un problema etico, normativo.

In conclusione, questo lavoro ha mostrato che fra separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione, in alcune delle loro versioni, vi è un duplice dilemma: una contraddizione conoscitiva, che può venire composta precisando il senso dei termini impiegati, e un'antinomia normativa, che di solito resterà latente, ma che può sempre sfociare in aperto conflitto. Ammesso che la contraddizione possa essere composta, dunque, l'antinomia fondamentale fra legalità e giustizia è in ultima istanza irriducibile: e qui, realisticamente, si può solo sperare – non sul *self-restraint* dei giudici, bensì – su quel “vincolo debole” che è il bilanciamento dei poteri⁶⁰ (cfr. 2.2). Come continua a insegnarci Montesquieu, la libertà politica si ottiene solo a questo prezzo: non tanto limitando il potere, quanto bilanciando il potere con il potere.

⁶⁰ Cfr. ancora M. Troper, *Una teoria realista dell'interpretazione*, cit., p. 491: «una situazione di vincolo *debole* si incontra allorché le norme organizzano i rapporti fra le diverse autorità in maniera tale che il potere discrezionale di un'autorità dissuada l'altra dall'esercitare il potere discrezionale suo proprio in modo eccessivo. Per esempio, tutti i sistemi di bilanciamento dei poteri [...]».