



Mario Jori

(ordinario di Filosofia del diritto nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Milano)

I giudici creano diritto?

SOMMARIO: 1. . Ritorno al futuro – 2. Utenti – 3. Il potere semiotico.

1 - Ritorno al futuro

In questo scritto cercherò di affrontare da un angolo relativamente nuovo il diuturno problema della interpretazione del diritto, privilegiando l'aspetto dei rapporti tra il testo giuridico e i suoi utenti. In questo niente di nuovo, beninteso; mi sembra invece abbastanza nuovo il tentativo che farò di giungere a una più sistematica considerazione di questi rapporti alla luce delle differenze tra tipi di linguaggio. Si riveleranno decisive delle differenze *pragmatiche*, tra linguaggi artificiali, linguaggi o lingue naturali e linguaggio giuridico: a mio avviso un minimo di attenzione al problema rende subito evidente che il linguaggio giuridico appartiene a una specie diversa e particolare, che chiamerò dei linguaggi amministrati. Queste differenze sono, in realtà, evidentissime ai giuristi e evidentissime al buon senso, ma stranamente non riescono trovare spazio nelle tradizionali teorie del diritto e della interpretazione giuridica e neppure, purtroppo, nella più moderna discussione teorica di semiotica giuridica. In questo scritto sosterrò che la ragione di questo è che la semiotica giuridica deve considerare in modo adeguato la dimensione pragmatica del significato, deve considerare le regole pragmatiche come parte della semiotica, dello studio del significato. Il diritto ha delle particolarità pragmatiche che sono abbastanza decisive da mandare fuori strada molte analisi semiotiche dell'interpretazione giuridica che assumono tacitamente la somiglianza pragmatica del diritto con altri tipi di linguaggio, considerandolo solamente dal punto di vista semantico e sintattico.

Sosterrò dunque che il linguaggio giuridico ha, strutturalmente, funzioni diverse da quelle di altri tipi di linguaggi, semplicemente perché il diritto, ovviamente, svolge per i suoi utenti funzioni diverse. Sosterrò che per questa ragione pragmatica, cioè di uso tipico, lo stesso concetto (pragmatico) di utente del linguaggio o dei discorsi giuridici è



significativamente diverso da quello di utente di linguaggio ordinario; ed è diversa o meglio addirittura inappropriata la stessa nozione di discorso nel senso tecnico della linguistica moderna, specialmente perché l'opposizione lingua/discorso perde molto del suo significato nel caso del diritto: il diritto non è né una lingua né un discorso. In altre parole, gli utenti del diritto sono in una relazione diversa con il linguaggio giuridico che non altri utenti di altri tipi di linguaggio, dalla lingua comune alla letteratura.

Un riscontro che ritengo incoraggiante della utilità di questo approccio è che le sue conclusioni sono assolutamente banali o se vogliamo di buon senso: risulterà che il linguaggio giuridico è fatto nel modo in cui è fatto perché è normativo e basato sull'autorità, e quindi serve come un meccanismo sociale di ragioni d'azione, serve a regolare o guidare il comportamento in modo autoritario: una completa ovvietà questa, che tuttavia molte analisi stranamente mettono in secondo piano o ignorano. Mettono in secondo piano o ignorano che i giudici (moderni) non creano il diritto, ma lo applicano; che essi sono tutt'altra cosa dai lettori di una opera letteraria; che il diritto non è un romanzo ma non è neppure una scienza; che le norme giuridiche non sono uno strumento per prevedere i comportamenti ma per regolarli; che la interpretazione giuridica dà risultati più o meno certi a seconda del modo in cui è formulato il testo normativo che viene interpretato, per cui il "metodo" della interpretazione giuridica dipende in modo decisivo dal contenuto del diritto positivo e in quanto non sia regolato dal diritto positivo lascia agli interpreti una discrezionalità limitata solo dal senso comune e dal linguaggio ordinario.

Quando iniziai a studiare la filosofia del diritto, alla fine degli anni '60, la domanda se i giudici creassero il diritto era una delle "eterne" questioni della filosofia giuridica che parevano aver subito il "trattamento finale" da parte della filosofia analitica del diritto. Era stato certamente dimostrato che la domanda era irrimediabilmente ambigua e che la apparente profondità filosofica di molte discussioni su questo argomento dipendeva dalla inavvertita incertezza e variabilità del senso che si attribuiva alla domanda stessa; soprattutto dalla incertezza del senso delle espressioni 'creare il diritto' e 'creare il diritto', e pertanto la discussione era una mal posta logomachia.

Genaro Carriò, con un suo noto saggio del 1961¹, brandì magistralmente l'ascia per l'amputazione definitiva. Carriò mostrò la

¹ Cfr. G. CARRIÒ, *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



polisensività della questione e di tutti i suoi termini, dimostrò che le opposte tesi in risposta alla questione non sono quello che sembrano, cioè teorie alternative del modo di operare dei giudici, ma un modo insidiosamente mascherato di esporre preferenze, atteggiamenti ed emozioni riguardanti la politica giuridica e giudiziaria. In altre parole, scrisse Carriò, si disputa apparentemente sul *fatto* se i giudici creino o meno il diritto, mentre in realtà si disputa sul problema se sia *bene* che i giudici abbiano poteri più o meno ampi nella interpretazione del diritto.

La tesi di Carriò si completò, nella filosofia del diritto di quegli anni, con la teoria del significato nota come teoria della zona di penombra, ed esposta dal giuspositivista Hart ne *Il concetto di diritto*². Hart propone una teoria *moderata* della interpretazione, che accolga insieme le due opposte fondamentali intuizioni per cui il linguaggio di solito si capisce e non sempre si capisce bene. Essa si propone come compatibile sia con una visione aggiornata e realistica del funzionamento del linguaggio (giuridico), sia con i principi fondamentali del positivismo giuridico, per cui i termini e gli enunciati del linguaggio giuridico, in quanto usati nella formulazione di norme generali e astratte di legge o di *common law*, esibiscono un nucleo certo di significato più o meno ampio e una zona di penombra o incertezza intensionale e estensionale in cui la interpretazione è necessariamente una decisione di chi applica il diritto ai casi generali o concreti. Questa teoria è presentata come intermedia rispetto a due concezioni della interpretazione giuridica considerate da Hart come estreme e - per questo - implausibili, quella del *formalismo*, per cui ci sarebbe sempre un significato proprio o esatto delle norme giuridiche e quella dello *scetticismo*, per cui nessuna parola nel diritto avrebbe mai un significato definito o più corretto di qualunque altro. Ed è presentata come in accordo non solo con il buon senso, ma anche con la semiotica dei linguaggi naturali come sviluppata nella linguistica moderna e nella filosofia del linguaggio. In altre parole, l'ipotesi Hart-Carriò è che l'alternativa tra il cosiddetto formalismo e il cosiddetto scetticismo interpretativo non è in realtà un'alternativa tra due teorie semiotiche, ma tra i poli estremi di una gamma di posizioni etico-politiche su come il diritto dovrebbe essere, tra il dare più potere al testo o il dare più potere all'interprete. In genere, il testo di cui si tratta è il testo della legge, ma le stesse considerazioni valgono per qualunque norma giuridica e qualunque testo giuridico.

² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, al cap. VII, significativamente intitolato *Formalism and Rule-Scepticism*. La traduzione spagnola del libro di Hart è citata in nota nella versione del saggio di Carriò ripubblicata nel 1965.



Trascorso mezzo secolo da queste vicende filosofiche, mi vorrei chiedere se lo stato della teoria sia veramente cambiato da allora, se sia emerso un qualche nuovo significativo argomento che induca a riproporci la questione se i giudici creino il diritto.

Invero, il fatto stesso di porre la questione potrebbe sembrare stravagante, se è vero che una parte considerevole della discussione più recente nella filosofia del diritto ha riguardato temi che altro non sono che teoria della interpretazione, sia pure sotto nomi diversi; e per lo più si tratta proprio di discussioni in teoria della interpretazione che privilegiano la prospettiva della applicazione del diritto e del ruolo dei giudici. Tali sono le discussioni raccolte sotto la etichetta di teoria della argomentazione e tali sono per lo più le abbondantissime discussioni delle tesi di R. Dworkin (non è sempre chiarissimo, peraltro, quali problemi siano effettivamente comuni ai diversi autori)³. Tali sono anche le sempre riproposte teorie della ermeneutica giuridica⁴.

Ci si dovrebbe forse a questo punto chiedere se gli sforzi delle teorie della argomentazione e l'amplessissima discussione intorno alle successive versioni delle tesi ronaldworkiniane abbiano fatto avanzare sostanzialmente la discussione analitica rispetto alla tesi Hart-Carriò. La mia risposta, pur con tutte le cautele del caso, è complessivamente negativa, ma non cercherò di argomentarla qui: l'approccio hartiano mi sembra molto più istruttivo delle discussioni successive. Per esempio, è davvero difficile utilizzare in una teoria analitica della interpretazione la tesi centrale dell'ultimo R. Dworkin, secondo cui il diritto e la sua corretta interpretazione si basano sul rispetto di un valore definito come integrità: "*equal respect and concern*"⁵. È inutile che fornisca anche il mio modestissimo contributo alla dimostrazione, già fornita da dozzine di chiosatori in centinaia di pagine, che parole tanto vaghe non possono offrire alcun criterio preciso per scegliere tra teorie (giuridiche) alternative della interpretazione o tra interpretazioni alternative, a meno che questo contenuto non sia surrettiziamente offerto dalle ideologie dell'autore stesso. Altrettanto poco aiuto mi sembra possa

³ Alla "fortuna" quantitativa del tema della interpretazione contribuisce anche la ampiezza della discussione negli USA, anche tra giuristi positivi, dei temi connessi della *statutory interpretation* e della *constitutional interpretation*.

⁴ Sull'argomento non ho sostanzialmente cambiato idea rispetto al mio *Introduzione*, M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli Torino, 1994. La opinione ermeneutica in quel volume era sostenuta da F. VIOLA nel saggio, *La critica dell'ermeneutica nella filosofia italiana del diritto*, *ivi*.

⁵ O si *debbano* basare. Dworkin ritiene inopportuno (o impossibile, non è chiaro) operare questa distinzione che è invece al centro del ragionamento di Carriò, di Hart e in genere del ragionamento analitico.



offrire l'altra tesi ronaldworkiniana secondo cui il senso dei testi giuridici andrebbe interpretato allo stesso modo di una *chain novel*, un romanzo a puntate scritto da diversi autori e che questo approccio può produrre interpretazioni corrette (*right answers*). Poiché nessuno possiede criteri certi per interpretare i testi di simili racconti, e comunque non è chiaro come potremmo adattare l'atteggiamento letterario ai fini molto diversi della interpretazione di un insieme di norme giuridiche, il chiarimento portato da questa similitudine mi sembra men che nullo⁶. A questa idea viene forse ricollegata la tesi che il diritto possa essere affrontato solo con un atteggiamento "interpretativo", intendendosi con ciò l'approccio di chi accetta il diritto, qualunque cosa ciò voglia dire⁷. Tutte queste idee e suggestioni mi sembrano dunque di scarsa utilità: ma verranno utili più avanti per chiarire meglio la posizione dei giudici come utenti del linguaggio giuridico.

Le idee di R. Dworkin e dei suoi sostenitori e critici a mio parere offrono agli approcci di tipo analitico alcune brillanti e talora paradossali provocazioni, ma dubbio contributo costruttivo. Un

⁶La prima tesi ronaldworkiniana, quella dell'integrità, mi appare una istanza di un comunissimo errore filosofico, consistente nella doppia definizione dei termini di valore, usati ora in un senso vuoto e metaforico ora in un senso pieno di scelte molto specifiche non dimostrate. Sul primo senso tutti saranno d'accordo dal momento che nessuno si sognerebbe di andare in giro a dire che il diritto si caratterizza per essere ostile alla integrità. Quando cerchiamo di ricavarne un senso pregnante, si è costretti a notare che l'integrità è un valore predicato di un individuo, e fa riferimento alla coerenza della sua condotta rispetto ai suoi principi morali. Ma quali? La coerenza rispetto a qualunque principio morale va considerata integrità? Alla fin fine capiamo che, per Dworkin l'integrità *non* è la corrispondenza del diritto a un'idea morale determinata (tesi giusnaturalistica) ma qualcosa d'altro che non si comprende bene. Il sospetto è che qui l'autore surrettiziamente inserisca le discutibili premesse di valore da lui predilette, che esse riempiano il concetto permettendo di trarre conclusioni normative. La seconda tesi ronaldworkiniana della *chain novel* è, a mio parere, meno ambigua e quindi più chiaramente *sbagliata* della prima. Dialetticamente utile peraltro, perché per contrasto attira brillantemente l'attenzione sulle secondo me radicali differenze tra tipi pragmatici di linguaggi, sulle differenze tra linguaggio giuridico e letteratura (lo stesso si potrebbe dire per l'originale *prima* tesi ronaldworkiniana sulla importanza dei principi e delle *policies* nel diritto).

⁷ Questa affermazione (*strong internalism?*) si trova in *Law's Empire*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1986 p. 14 ("This book takes up the internal, participants' point of view") è peraltro accompagnata anche nello stesso libro da espressioni in senso opposto che dicono che dopotutto no, non è necessario aver accettato un diritto positivo per capirlo. Peraltro: "no firm line divides jurisprudence from adjudication or any other aspect of legal practice" (ivi, p. 90). La teoria ronaldworkiniana alla fine ci lascia al punto di partenza (è la conclusione, che condivido, di due noti commentatori, Postema e Perry).



giudizio opposto darei della teoria della argomentazione, per esempio, delle idee di Alexy. Qui prevale il buon senso e un certo atteggiamento ecumenico, ma il prezzo pagato è la troppo facile obliterazione di tutti i dilemmi metodologici. Ciò che rende piuttosto infeconda la discussione condotta in questo modo non è la diversità delle idee sui punti specifici (in questo caso la interpretazione), quanto la diversità dei presupposti filosofici; anzi non è neppure la incompatibilità di tali presupposti, quanto la difficoltà puranco di individuare e capire quali possano essere i presupposti degli argomenti di questi teorici del diritto⁸. Per questo ritengo che si sia compiuto un passo indietro rispetto all'ipotesi Hart-Carriò, per quanto esso possa essere criticato.

Ciò che il fallimento delle "teorie della argomentazione" o ronaldworkiniane dimostra ancora una volta è che la teoria della interpretazione giuridica è costantemente influenzata da un bisogno e da una tentazione. Il bisogno è di giungere alla desiderata conclusione per cui la interpretazione giuridica sia insieme iperpotente e oggettiva, sia in grado di risolvere le controversie giuridiche effettive e sia in grado di farlo in base a criteri oggettivi, non creati dal singolo giudice. La tentazione è quella di adottare un metodo che produca, cioè giustifichi, i risultati desiderati; se il metodo analitico e giuspositivistico risulta troppo costrittivo, si è tentati di scegliere per questo solo qualche altro approccio che non soffra delle stesse limitazioni. Ciò può essere fatto seguendo il metodo tradizionale di allargare il concetto di diritto oltre alla legge per cui se la legge non riesce a giustificare le interpretazioni che si fanno nei tribunali, vuol dire che questi si basano su altri materiali o fattori che già fanno parte del diritto inteso in un senso più ampio che non le parole della legge. Un altro modo per ottenere lo stesso risultato consiste nello scoprire nel meccanismo linguistico e nelle procedure interpretative delle possibilità insospettite che permettono di trarre dalle parole delle leggi - sempre in modo oggettivo beninteso - più cose di quanto non si sperasse. All'analitico

⁸ La principale ragione per cui la discussione sotto l'egida della teoria della argomentazione mi sembra di utilità minore dal punto di vista analitico è, naturalmente, che in essa si presta poco o niente attenzione agli abituali strumenti che la filosofia analitica impiega nell'analisi linguistica, accantona le fondamentali distinzioni che l'analisi usa appunto per analizzare il linguaggio, in primo luogo quella tra descrizione e prescrizione che sta alla base della teoria analitica del normativo e dei valori, e quella tra analitico e sintetico che sta alla base della teoria analitica delle definizioni e quindi all'uso dei concetti e dei concetti filosofici. Si tratta di distinzioni che un filosofo analitico non può accantonare senza argomenti, in particolar modo quando si trova di fronte ai rapporti tra i vari tipi di discorso giuridico in bilico appunto tra il descrittivo e il prescrittivo, tra il descrittivo di prescrizioni e la prescrizione delle prescrizioni. Sono problemi ben noti.



come al giuspositivista ciò può ben sembrare poco utile: se quando non si riesce a dimostrare una conclusione, si ricorre a criteri dimostrativi più liberali, non si guadagna nulla. Come accade per i concetti vuoti o vaghissimi, che vengono surrettiziamente riempiti dalle scelte etiche del teorico (la doppia definizione di cui parlavo sopra), così anche questi vaghissimi “metodi” ormai privati di ogni cogenza vengono in realtà integrati dalle preferenze e della personalità di chi li propone. “Metodi” dimostrativi per di più sono particolarmente insoddisfacenti in diritto dove i metodi vaghi e scarsamente cogenti, i concetti aperti a tutte le interpretazioni, rivestono per il giurista un’addizionale inconveniente. È quello di lasciare, di nascosto, libero il campo alle opzioni etiche del teorico stesso. I concetti e i metodi vuoti vengono anche troppo facilmente riempiti con i pregiudizi di chi parla⁹.

Ritengo dunque che sia a tutt’oggi fruttuoso riprendere il discorso a partire dalla tesi Hart-Carriò. Se provo la tentazione di allontanarsi dalla tesi Hart-Carriò non è per sposare qualcuna delle teorie della argomentazione e della giurisprudenza iper-potenti, secondo cui i giudici possono interpretare il diritto giungendo a decisioni insieme corrette e oggettive. Le alternative credibili alla tesi Hart-Carriò per il pensiero analitico vanno semmai nel senso opposto, quello delle posizioni scettiche più radicali, di solito chiamate giusrealiste, quelle che incarnano la prima alternativa del titolo del notissimo saggio di Hart: *The Nightmare and the Noble Dream*¹⁰. Dove l’incubo è quello, particolarmente vivo per i giuristi di *common law*, che i giudici in realtà creino (di nascosto) il diritto senza averne il potere legittimo, questo in una società democratica in cui la creazione della legge da parte del potere legislativo è legittimata dalla elezione popolare e dalla rappresentanza politica; e dove nel caso che l’incubo si realizzi, l’intera impresa giuridica rischia di essere delegittimata dalla scoperta del suo “reale” funzionamento. Il “nobile sogno”, invece, è

⁹ Esempio paradigmatico, la teoria del diritto di R. Dworkin, che, guarda caso, trova modo di dimostrare oggettivamente e conclusivamente proprio tutte le conclusioni etico-politiche care all’autore. È istruttivo notare la evoluzione avvenuta nelle tesi di R. Dworkin specialmente tra la prima versione (*Principles and Rules*) e la seconda (*Integrity*). Nella prima versione gli elementi, diciamo così, di vaghezza nella analisi sono oggetti che vengono trovati nel diritto, i diritti che avrebbero una posizione più rilevante delle regole. Nella seconda versione R. Dworkin sembra torna a dare più importanza alle regole che non ai principi nel diritto, ma li vede alla luce di principi metodologici fumosissimi. La incertezza rimane uguale ma migra dall’oggetto al metodo della giurisprudenza.

¹⁰ Sulle confusioni e incertezze di R. Dworkin segnalo (tra le centinaia di articoli), L. ALEXANDER e K. KRESS, *Against Legal Principles*, in *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, a cura di Andrei Marmor, Clarendon, Oxford, 1995, pp. 278-326.



l'atteggiamento opposto, che Hart indica anche con il nome di formalismo, la speranza che il diritto sia interamente determinato e che la interpretazione sia una operazione dai risultati almeno potenzialmente oggettivi.

In realtà nessun teorico dell'interpretazione giuridica è oggi formalista in questo senso, e pochissimi teorici della interpretazione¹¹, inclusi i classici del realismo giuridico americano, sono veramente desiderosi di seguire fino in fondo il percorso descritto da Hart come "l'incubo" della giurisprudenza americana. La tesi scettica totale incorre infatti nell'ovvio paradosso che è stato messo in luce fin dagli inizi della filosofia. Se le norme e il linguaggio non volessero veramente dire nulla di prestabilito e di indipendente da ciascuna loro singola applicazione, ciò comporterebbe che qualunque cosa detta in generale sarebbe indicibile, incomprensibile e inutile, ivi inclusa anche la stessa tesi scettica, che è certamente una tesi generalissima. In altre parole, sostenere che nel diritto, o in ogni altro caso, non ci possono essere norme o regole linguistiche indipendenti dalla singola istanza di linguaggio significa sostenere che non esiste alcun linguaggio. La tesi scettica totale, anche quando viene enunciata, non è mai veramente accettata come tale, ma va considerata una provocazione utile a mettere in luce i limiti delle capacità del linguaggio. Non è la insipienza di tutte regole generali che alla fin fine lo scettico sostiene, ma la vaghezza di *certe* regole (quelle legislative, o ufficiali o simili) e quindi la loro incapacità di determinare completamente o anche in modo significativo i comportamenti giuridici¹². La presenza anche nel diritto di regole di interpretazione informali e consuetudinarie va naturalmente descritta in una descrizione/comprendimento delle pratiche giuridiche effettive, e andrebbe poi valutata positivamente o negativamente quando ci si ponesse sul piano prescrittivo. Rimane dunque il problema di capire quale meccanismo di regole linguistiche fa funzionare il discorso giuridico e permette ai giuristi (che seguono o meno regole informali) di rendersi conto di quando capiscono e quando non capiscono dei testi giuridici. Va dunque operata la distinzione, estremamente difficile, tra

¹¹ Si usa imputare la posizione formalista ai giuspositivisti. Ci sarebbe da chiarire cosa si intende in questo caso per giuspositivismo, ma l'accusa è comunque curiosa, visto che i tutti i grandi teorici del giuspositivismo da Bentham a Kelsen sono anti-formalisti.

¹² Spesso questa posizione si accompagna con un implicito *attualismo*, la tesi per cui qualcosa è determinato (o reso prevedibile) solo da qualcosa che sia in grado di determinarlo in senso forte, cioè di produrre solo ed esclusivamente quel risultato con tutte le sue determinazioni. Non è solo il diritto inteso come regole generali che non supera la prova dell'attualismo, ma anche le stesse leggi scientifiche.



la *descrizione* delle posizioni teoriche normative accolte dagli utenti del linguaggio (giuridico) e l'uso da parte del teorico degli strumenti analitici derivati dalle assunzioni teoriche del teorico stesso, che sono anch'esse in qualche senso normative, nella misura in cui il modo in cui si ritiene che il linguaggio funzioni non può non essere proiettato sull'oggetto, indipendentemente dalle opinioni degli utenti stessi.

Se la tesi scettica è una tesi impossibile e a mio parere anche mai sostenuta da nessun teorico del linguaggio giuridico, il suo principale effetto teorico risulta in realtà quello di giustificare una certa pigrizia teorica e la rinuncia all'esame di alcuni dei più complicati meccanismi linguistici attraverso cui il giurista fa quello che fa, capisce o non capisce le norme come in effetti capisce o non capisce, a seconda dei casi e dei testi che si trova davanti. Il semplicismo del giusrealismo è comprensibile, se è vero che un'analisi veramente realistica di questi meccanismi, purtroppo, ci costringe ad affrontare un ginepraio di problemi e distinzioni, una complessità sconcertante di discorsi interconnessi in cui le operazioni descrittive si mescolano con quelle prescrittive a vari livelli che interagiscono e retroagiscono tra di loro.

Che la tesi Hart-Carriò sia plausibile, non deve farci dimenticare infatti che essa lascia irrisolto il più grosso problema della teoria della interpretazione. Infatti né la semantica di Hart né le distinzioni di Carriò indicano alcun criterio per individuare l'area di certezza del significato di un termine o di un enunciato. Certamente corrisponde alla nostra intuizione linguistica che in molti casi tale area ci sia, almeno se guardiamo alle parole ordinarie usate dal diritto in situazioni comuni o "normali", ma questa intuizione linguistica deve ancora essere tradotta in un utile criterio di interpretazione (giuridica). Come possiamo dimostrare quale area di certezza di ritrova in uno specifico enunciato giuridico? In altre parole, attraverso quale meccanismo semiotico gli utenti del diritto capiscono o non capiscono i testi giuridici?

Hart non affronta mai questo problema epistemologico in modo esplicito, ma la sua teoria della comprensione del discorso giuridico quasi certamente si affida alle modalità di comprensione nel linguaggio ordinario, dove il *fatto* che il parlante o utente normale o medio capiscano ciò che capiscono è criterio necessario e sufficiente di individuazione del significato¹³. Si tratta evidentemente di un criterio

¹³ Non si dimentichi che, per Hart, le norme giuridiche sono anche norme sociali. Poiché le norme giuridiche sono significati e quindi sono il prodotto di una interpretazione già avvenuta di fatto nella società, se ne può inferire che per Hart il processo di interpretazione giuridica è pure un fatto sociale, basato essenzialmente sul modo in cui di fatto i termini e i testi giuridici vengono intesi nel gruppo sociale di



che funziona benissimo nella vita quotidiana per la lingua naturale, e da questo fatto indiscutibile la posizione hartiana trae la sua plausibilità. Tuttavia, la (probabile) adesione di Hart al modello di comprensione e di significato del linguaggio ordinario per il diritto è implicita¹⁴ e non troviamo in lui nessun esplicito argomento per risolvere il maggior problema nella applicazione di questo modello a discorsi diversi dal discorso ordinario, o nessuna dimostrazione del fatto, non ovvio, che la interpretazione del diritto funzioni in realtà come quella del discorso ordinario.

La via di uscita da questo dilemma tra “scetticismo” e formalismo richiede un passo laterale sul piano del metodo.

Ritengo di trovarmi per questo in una posizione facilitata avendo a disposizione una strada profittevole per integrare l’analisi contenuta nell’ipotesi Hart-Carriò e per sfuggire allo scetticismo. Si tratta dell’analisi del diritto proposta dalla scuola analitica italiana di Bobbio e Scarpelli, virtualmente sconosciuta al di fuori dell’ambiente italiano¹⁵, nativamente preparata a considerare sia la semiotica del linguaggio ordinario sia quella dei linguaggi artificiali.

2 - Utenti

La pragmatica è tradizionalmente definita come il problema semiotico affrontato ponendo l’accento sulla questione del rapporto tra lingue e i loro utenti tipici nelle situazioni discorsive tipiche.

Incappiamo subito in grossi problemi che riguardano la questione dei rapporti tra lingue e utenti, laddove sono problematici anche i termini in cui li enunciamo e il loro stesso significato. Possiamo parlare di lingue, ma non sarebbe meglio dire ‘linguaggio’? E che ne è dell’altro termine che in questi casi fa di solito la sua apparizione,

riferimento. Rimane aperto e non risolto in Hart, il problema della differenza tra la interpretazione da parte di giuristi o giudici e la gente comune, i tecnici del diritto e i suoi destinatari finali.

¹⁴ Sul sottofondo filosofico di Hart e le sue radici nella filosofia oxoniense “del linguaggio ordinario” si vedano le illuminanti informazioni del libro di M. RICCIARDI, *Diritto e natura : H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, ETS, Pisa 2008.

¹⁵ La cosa è così dolorosamente ovvia da non aver bisogno di dimostrazione. Si veda comunque, a titolo di esempio, il libro di Roger SHINER, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford 1992, dove gli autori italiani sono del tutto ignoti. Si può pensare che sia una questione di lingua anche se esistono traduzioni in inglese? Ma sono ignoti o ignorati anche i giusrealisti continentali come Karl Olivecrona e Alf Ross nonché i pionieri della filosofia giuridica analitica Felix Oppenheim e Glanville Williams, che pure scrivono tutti in inglese.



quello di 'discorso'? A ben vedere anche 'utenti' rimane di significato molto più incerto di quello che appaia a prima vista, finché non vengono un po' meglio chiariti gli altri termini e i rapporti tra loro. Per anche solo iniziare questo lavoro di chiarimento e disporre degli adeguati strumenti per affrontare il difficile compito della individuazione di una pratica linguistica "effettivamente" seguita, di un linguaggio effettivamente parlato da certi utenti non c'è necessario operare una adeguata analisi delle strutture linguistiche e semiotiche impiegate e prestare debita attenzione al problema metodologico.

La nozione di 'parlante medio' o "utente medio" dà luogo a ben noti problemi anche nella descrizione degli usi della lingua comune nel linguaggio ordinario, dove si tratta di preferire una versione linguistica all'altra nel calderone della stratificazione degli usi linguistici e delle varianti temporali, geografiche, di gruppo e sociali. Il lessicografo e il linguista moderno hanno acquisito gli strumenti teorici per rendere conto, ragionevolmente, sia delle varianti sia della fondamentale uniformità che rende possibile la intercomprensione, senza bisogno di ricorrere, come nella linguistica pre-moderna, ad un atteggiamento pesantemente normativo verso le deviazioni linguistiche da una "norma" preconstituita. In sostanza, il lessicografo definisce un modello di lingua "colta" o "prevalente" che gode di un certo prestigio nel gruppo sociale e cerca di compensare la necessaria discriminazione sforzandosi di descrivere anche alcuni dei principali usi minoritari (dialettali, locali, gergali, di classe, specialistici, eccetera). La scelta non è comunque arbitraria, perché il modello linguistico del parlante colto e la figura sociale del parlante modello hanno effettiva esistenza nella realtà sociale, psicologica e linguistica, attraverso i fenomeni del prestigio e della imitazione, la generica pressione sociale, il rinforzo delle istituzioni scolastiche e il filtro dei mezzi di comunicazione di massa.

Non è così ovvio sfortunatamente che un simile concetto euristico di 'parlante medio' sia veramente utile in diritto e che una qualunque soluzione del problema interpretativo secondo questa linea teorica sia possibile o soddisfacente nel nostro campo. Il diritto, anche nei suoi aspetti semiotici, ha una natura fortemente normativa e una decisiva componente autoritativa. Il diritto inoltre, a differenza della lingua naturale, funziona in modo fortemente istituzionalizzato. Queste ovvie caratteristiche del diritto non sono casuali; l'impresa giuridica ha senso nella misura in cui le istituzioni giuridiche forniscono soluzioni normative e collettive a conflitti vitali e intricati. Il linguaggio giuridico, e quindi la natura dei tipi di utenti del linguaggio giuridico, non possono prescindere da queste caratteristiche fondamentali della



pratica. Questo intendo quando dico che la semiotica del diritto deve considerare le sue particolarità pragmatiche. Connessa con questo fatto è la conseguenza che il diritto conosce una serie di tipi differenziati di “parlanti”, le cui funzioni sono individuate in gran parte dal diritto stesso e la cui complessa interazione a ruoli differenziati è necessaria nelle operazioni giuridiche anche più elementari e nella comprensione elementare del senso del linguaggio giuridico: giudice, legislatore, giurista (in quanto non appartenente alle prime due categorie) sono le categorie che per prime vengono in mente. Il semiotico che si limiti a dire che il problema del significato giuridico si risolve distinguendo i diversi modi di interpretare i testi giuridici praticati dai diversi tipi di parlanti giuridici, in realtà mostra di disinteressarsi del problema se il diritto e i giuristi siano o non siano in grado di compiere il loro mestiere.

La tesi appena enunciata può essere formulata in termini semiotici, dicendo che le figure (pragmatiche) degli utenti tipici del linguaggio giuridico devono essere individuate alla luce della funzione specifica complessiva del diritto. Con tutta l'approssimazione e le semplificazioni che una simile determinazione comporta. La stessa cosa può essere detta più semplicemente affermando che l'analisi semiotica non può dimenticarsi del buon senso, e che il diritto va inteso per quello che è e per quello che fa. Il diritto non è un esercizio letterario, non è una favola, non è una conversazione e non è una situazione puramente personale.

Affrontando il diritto per quello che è piuttosto che in base a similitudini più o meno strette con altri fenomeni sociali, ci sono almeno tre ordini di ragioni, che rendono la questione della interpretazione giuridica e del rapporto tra linguaggio giuridico e i suoi utenti assai complessa e certamente impossibile da affrontare senza un considerevole dispiegamento di strumenti di analisi semiotica. Questi punti possono essere indicati prendendo le mosse dalla distinzione due tipi diversi di utenti ideali del linguaggio giuridico: l'utente distaccato e l'utente-utente.

La prima ragione di complessità riguarda tutte le descrizioni sociali. Anche per le descrizioni sociali o storiche evidentemente il distacco dello scienziato non esime dalla necessità della comprensione: la descrizione di fenomeni normativi comporta sempre la descrizione sia di ciò che le norme dicono, sia di ciò che alcuni loro utenti ritengono che esse dicano. Infatti, se è vero che le regole semiotiche di un linguaggio sono quelle accettate dai suoi parlanti, non ne consegue che un linguaggio significhi ciò che gli viene fatto dire di volta in volta da ciascun singolo utente. Quando questo avviene si dice che qualcuno sta



parlando a vanvera, un fenomeno linguistico molto particolare. In altre parole, deve essere considerata parte integrante della descrizione sociale ed è un indispensabile strumento esplicativo la analisi di come l'aspetto semiotico degli eventi e dei comportamenti, i testi, siano o siano stati correttamente o erroneamente interpretati, naturalmente in base alle regole linguistiche che vengono (o avrebbero dovuto essere) impiegate dai parlanti¹⁶. Non si descrivono solo le opinioni sulle regole, ma anche le regole, una astrazione che viene ricavata dalle opinioni consolidate della maggioranza degli utenti. La fallacia scettica in realtà produce risultati controintuitivi anche nella descrizione linguistica distaccata, e lo scetticismo viene sempre accantonato nella effettiva descrizione e spiegazione dei fenomeni sociali anche da chi la sposa al livello della teorizzazione generale.

La seconda addizionale ragione che rende la discussione difficile per gli utenti del linguaggio giuridico riguarda la possibilità di considerare la giurisprudenza come una descrizione storico-sociale. Sfortunatamente una simile descrizione è quella che normalmente interessa i non-utenti di un diritto, quando per ragioni geografiche o temporali il diritto considerato non è quello positivo per chi consulta la descrizione. La descrizione che ha come destinatario chi usa il diritto, per intenderci quella fornita in varie modalità dalla giurisprudenza per informare i destinatari delle norme su ciò che devono fare, non è altrettanto distaccata di quella che si fornisce di un diritto passato o lontano, anche quando non venga compiuta con immediate intenzioni operative, cioè in quella fase ricognitiva del diritto esistente che è parte preliminare necessaria di ogni attività giuridica. Questo tipo di descrizione, la descrizione della dottrina giuridica, anche quando non è parte immediata di una operazione giuridica specifica, è finalizzata a fornire gli strumenti concettuali per tali operazioni. Alla fine del percorso descrittivo si intravede sempre un potenziale conflitto e un potenziale tribunale davanti al quale l'utente ipotetico o reale della descrizione potrà trovarsi a comparire. Di qui le difficoltà specifiche della giurisprudenza come descrizione di norme, rispetto a quelle già grandi di ogni scienza sociale: la descrizione deve essere non arbitraria, ma anche operativa. Le richieste della pratica giuridica, specialmente della pratica giudiziaria, spiegano anche la tendenza della giurisprudenza a cercar di trovare soluzioni a tutti i problemi

¹⁶ Con la nota complicazione che la nozione di regola *accettata* o *effettiva* non è semplice e univoca; ci sono per esempio regole accettate ufficialmente, ufficiosamente e di fatto, ci sono regole che sono accettate nelle dichiarazioni ma non in altri comportamenti, ci sono oscillazioni incertezze e stratificazioni nelle regole accettate dai parlanti.



interpretativi, la riluttanza a dare risposte incerte o nessuna risposta, evenienze così frequenti nelle scienze. Ad esempio, da una interpretazione giuridica ci si aspetta che risponda in un senso o nell'altro alla catena questioni poste da ciascun processo in modo da produrre quella risposta unica che è la sentenza. Spingono in altre parole verso il formalismo interpretativo, nonostante quanto oggi è noto dell'effettivo funzionamento del linguaggio e nonostante il secolare sospetto, rafforzato da ogni esperienza forense, che questa posizione sia intenibile, che la soluzione unica o corretta (*right answer*) sia frutto di scelte ulteriori dell'interprete che non possono essere ricavate e tanto meno dedotte dal testo giuridico.

Tornando agli utenti, le descrizioni della scienza giuridica positiva dal punto di vista del linguaggio e della interpretazione non andrebbero insomma assimilate alle attività del redattore di un moderno dizionario descrittivo di una lingua ordinaria, quanto piuttosto a quelle di un maestro di scuola che insegna una lingua a chi deve imparare a servirsene. Sia il maestro di scuola sia i giuristi positivi devono ovviamente conoscere ciò che "insegnano" e non possono inventarselo, devono conoscere la lingua di fatto usata; essi possono anche ammettere la presenza di varianti linguistiche, ma l'esigenza di *usare* il linguaggio è predominante e porta con sé un diverso approccio normativa che non quella che pure è implicita nella stessa descrizione sociologica e storica del diritto. Il sospetto, nel caso dei giuristi, è che il maestro di scuola, quando non sa la risposta, se la inventa, per non far brutta figura di fronte ai suoi allievi. Il distacco dello studioso comunque è precluso sia al maestro sia i giuristi: alla fin fine bisogna insegnare *una* lingua e bisogna applicare *un* diritto e bisogna farlo *bene*. Si dubita quindi che l'utente del diritto possa gestire i propri affari giuridici usando una descrizione distaccata e "scientifica" da non-utente? Potremmo andare in tribunale o compiere una compravendita usando dello stesso tipo di descrizione giuridica che useremmo per esporre il diritto bizantino del dodicesimo secolo?

La terza ragione della estrema complessità del problema dell'interpretazione deriva da una questione sulla natura del linguaggio giuridico che finora è stato lasciato del tutto implicito sullo sfondo o affrontato con qualche frettolosa metafora. Ma si intreccia con quelle che ho appena esposto. Il linguaggio giuridico è linguaggio artificiale o ordinario? O nessuno dei due? Anche questo problema può essere reso in termini di rapporto tra linguaggio e i suoi utenti, perché nei due casi il rapporto cambia profondamente diverso. Con tutte le complicazioni esposte nel primo caso l'assunto è che il linguaggio giuridico sia un fatto sociale da descrivere come tale, da ricavare dalle pratiche



giuridiche dei suoi utenti. Ma se è qualcosa d'altro, un insieme di algoritmi che compongono un linguaggio artificiale o tecnico, dunque se scegliamo l'alternativa del discorso giuridico come linguaggio artificiale piuttosto che come linguaggio-lingua naturale, allora la realtà del linguaggio giuridico e i rapporti con i suoi utenti cambiano e la componente normativa diventa più importante della componente di fatto sociale. Se il diritto è un linguaggio tecnico strumentale allora diventa importante non da chi sia parlato di fatto, ma che sia parlato bene.

La tesi sostenuta qui è che il linguaggio giuridico non è nessuna di queste due cose, linguaggio ordinario o artificiale, ma una terza cosa ancora che chiamerò un linguaggio amministrato, con qualche caratteristica comune agli altri due tipi (ciò spiega gli equivoci) ma con essenziali caratteristiche distintive.

Con una formula un po' ad effetto e che bisognerà spiegare un po' meglio¹⁷ si può dire che nel caso della lingua naturale la lingua è ciò che parlano i suoi utenti; nel caso di un linguaggio artificiale sono utenti coloro che parlano la lingua. In un caso la lingua è l'insieme di regole e discorsi di fatto usati da una comunità di utenti, che definisce la lingua; nell'altro caso abbiamo un insieme di regole e discorsi la cui accettazione definisce l'utente come utente di quel linguaggio. L'esempio paradigmatico del primo caso è il parlante nativo di una lingua naturale; l'esempio del secondo è l'esperto di una scienza lo scienziato che ha appreso ad usare il linguaggio tecnico della sua disciplina insieme alla disciplina stessa.

Giuristi e teorici del diritto hanno trattato tale ultima questione in modo piuttosto insoddisfacente, come dimostra l'esempio illustre di Hart, per il quale sembra scontato, ma non viene mai affermato esplicitamente, che il linguaggio giuridico sia linguaggio ordinario. Così Hart non affronta mai esplicitamente il problema della presenza nel linguaggio giuridico di elementi tipici di un linguaggio artificiale¹⁸. L'omissione è dovuta principalmente al fatto che non si sono elaborati gli strumenti concettuali necessari a questa discussione, e il senso stesso della distinzione ordinario/artificiale è assai incerto; anche la terminologia varia, si parla talora di linguaggio tecnico; mentre per la

¹⁷ Mi sono già occupato di questa distinzione in *Definizioni legislative e pragmatica giuridica*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale* (a cura di Alberto Cadoppi), Cedam, Padova, 1996, e in *Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del diritto*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 447-527.

¹⁸ Benissimo evidenziati nel classico articolo di N. BOBBIO, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, RIFD, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 475-486.



categoria contrapposta si parla di linguaggio comune o di lingua ordinaria; l'incertezza terminologica riflette la incertezza sul senso concettuale della contrapposizione. È necessario fare uno sforzo teorico, distinguendo in primo luogo l'analisi pragmatica del linguaggio, come discorso su regole, dalla sociolinguistica; e in secondo luogo individuando nella pragmatica come studio delle regole sull'uso del linguaggio, una pragmatica "alta"¹⁹ che individua le regole generalissime che determinano la funzione o scopo strutturale del linguaggio stesso. Ed è necessario fare uno sforzo critico al di là delle facili metafore basate su analogie, è necessario resistere alla tentazione di assimilare frettolosamente il discorso giuridico o alle lingue naturali o ai linguaggi artificiali delle scienze.

Molte analisi implicite ed esplicite del linguaggio giuridico presuppongono in modo non argomentato e alla fine ingiustificato che il linguaggio giuridico²⁰ appartenga alla lingua naturale e ai discorsi ordinari, o funzioni in modo simile a questi, soprattutto per quanto riguarda la relazione tra linguaggio e utenti. La posizione opposta è di solito ugualmente parca di argomenti semiotici, sostiene che il linguaggio giuridico ormai pervaso da tecnicismo è una lingua tecnica o artificiale. Queste due posizioni non sempre sono chiaramente distinte da due concezioni etico-politiche contrapposte su quali dovrebbero essere le fonti del diritto: una concezione giurisprudenziale-consuetudinaria e una concezione legislativa-imperativa.

Per la prima strada si giunge a sostenere che i parlanti "normali"²¹ del diritto siano i soli giudici²², senza peraltro che sia

¹⁹ Mentre la pragmatica "bassa" coincide con gli studi di pragmatica più sviluppati sotto questo nome, per esempio lo studio delle presupposizioni e dei contesti, cioè del complesso di elementi non strettamente sintattico-semantici che contribuiscono alla determinazione del significato linguistico completo, come compreso "normalmente" da parte del parlante "normale".

²⁰ La distinzione tra lingua (il sistema di regole) e discorsi (ciò che viene prodotto in base a tali regole) non è scontata, non ha lo stesso significato e la stessa importanza in tipi pragmatici diversi di entità semiotiche, come dirò. Uso quindi linguaggio come termine generico quando non voglio impegnarmi sulla distinzione tra lingua e discorsi.

²¹ Il concetto di normalità è un concetto intrinsecamente vago, che costituisce un punto debole ma indispensabile in ogni considerazione linguistica e particolarmente pragmatica. La userò spesso, ma (spero) con consapevolezza della sua natura problematica. Per esempio quanto dico nel testo mira a evidenziare la natura problematica dell'espressione "utente normale". Va distinto in qualche modo tra le situazioni che non sono solamente frequenti ma le cui esigenze sono strutturalmente incorporate nel linguaggio in questione. La normalità esclude le situazioni "strane" o marginali. L'uso normale del linguaggio quotidiano è nei tipi di situazione normale in cui la sua notevole vaghezza non costituisce problema comunicativo.



chiarito cosa di preciso si intenda in questo caso parlando di giudici: forse più che ai soggetti umani, ai magistrati in carne e ossa, si intende far riferimento alle sentenze; dunque, piuttosto che alle abitudini linguistiche di particolari parlanti, a particolari testi linguistici che soli andrebbero considerati nella determinazione del significato giuridico. I giudici sarebbero dunque l'equivalente giuridico di quelle figure tipiche, i "parlanti colti" cui ancora fanno riferimento i dizionari linguistici, o meglio ancora, come accade anche per le lingue naturali, sarebbero in realtà i testi ufficiali considerati, in questo caso i testi della giurisprudenza giudiziaria ad assumere nella semiotica giuridica lo stesso ruolo dei "classici della letteratura" nella determinazione del lessico delle lingue.

L'idea di considerare i giudici come i soli autentici parlanti di una ipotetica "lingua" giuridica può piacere ai sostenitori delle ragioni politiche e dei vantaggi del diritto giurisprudenziale, ma proprio per questo è facile sospettarvi una componente di politica del diritto, che rende questa scelta molto discutibile come affermazione semiotica e linguistica descrittiva, molto più problematica della più della pur complessa e discutibile nozione di "parlante colto" o di "testo classico" nella lingua naturale. Per quale motivo semiotico dovremmo considerare rilevanti le sole abitudini linguistiche o i soli prodotti testuali di queste autorità giuridiche? Forse che il diritto non è "parlato" anche dai giuristi senza poteri giuridici ma dotati di conoscenza del diritto e quindi ugualmente o maggiormente parlanti colti in materia di lingua giuridica? E non è "parlato" anche dalla gente comune a cui le norme giuridiche alla fine si rivolgono? Non esiste forse anche la soluzione di tipo benthamiano che favorisce un diritto il più possibile vicino al linguaggio ordinario e quindi comprensibile ai suoi destinatari?

Il problema diventa anche maggiore in un ordinamento giuridico basato sulla legislazione. Perché di certo il diritto (moderno) è "parlato" anche dal legislatore, il quale produce dopotutto le formulazioni linguistiche delle più importanti norme generali. Per questo i sostenitori del diritto legislativo inclineranno probabilmente a servirsi di un altro modello linguistico, considerando il diritto un linguaggio *tecnico* prodotto dal legislatore, anche con introduzione di elementi semantici nuovi e artificiali.

²² Hart parla in questo senso di "officials", espressione non facilmente traducibile che si traduce di solito con "funzionari". Presumibilmente intendendo i funzionari che hanno compiti connessi con l'applicazione del diritto nell'amministrazione e non solo nei compiti giurisdizionali.



Sono questioni che vanno tutte preventivamente affrontate e risolte per poter decidere la posizione o funzione semiotica dei giudici come parlanti o utenti della "lingua" giuridica. La presenza di autorità dedicate alla applicazione e interpretazione del diritto costituisce chiaramente un problema aggiuntivo e specifico della teoria della interpretazione giuridica, non una scorciatoia per una sua più facile soluzione. Né può essere ignorata, per trattare il linguaggio giuridico alla stregua di un altro tipo di linguaggio: infatti la presenza di autorità come i giudici non è occasionale e secondaria, come la presenza di eventuali "autorità" linguistiche o educative o la presenza di organi e persone autorevoli nelle accademie incaricate di redigere dizionari ufficiali²³. È centrale e intrinseca alla vita del diritto. Possiamo dunque considerare fondamentale per chiarire gli aspetti peculiari della semiotica del diritto moderno proprio il problema della comunicazione tra questi suoi peculiari utenti tipici: legislatore, applicatori del diritto e utenti finali; si tratta in altre parole dell'aspetto linguistico della gestione dei rapporti tra autorità e utenti che non sono autorità, e delle diverse autorità tra loro, tra giudice e legislatore, tra legislatore e legislatore costituzionale, tra giudice costituzionale e legislatore e giudice ordinario eccetera. Solo tenendo conto di queste peculiarità si può fruttuosamente affrontare il problema della interpretazione giuridica, nel momento in cui chi formula le norme generali e chi le applica sono non persone ma istituzioni diverse e questa differenza, distinzione o distanza è un aspetto fondamentale del diritto moderno caratterizzato dalla separazione o divisione dei poteri e dai rapporti gerarchici e rigidi tra legge e costituzione.

Che il diritto sia un linguaggio artificiale o tecnico viene spesso presentata come cosa ovvia e forse anche come una soluzione a tutti questi problemi. Il diritto è un linguaggio tecnico-giuridico, dicono o implicano talora i giuristi positivi, intendendo che sia tecnico o artificiale, ma di una tecnicità specifica. Che cosa voglia dire 'tecnico' in questo contesto e in generale non è facilmente chiarito, a parte l'incerta contrapposizione con il linguaggio comune e probabilmente viene considerato il fatto che è difficile e va imparato studiandolo, in un apposito corso di studi universitari. Ma il diritto è anche, per la gran parte del suo lessico e per quasi tutta la sua grammatica e sintassi, linguaggio ordinario.

²³ La comparsa dell'aggettivo "ufficiale" segnala l'apparire di elementi di autorità "vera" anche nella gestione delle lingue, con comparsa di aspetti giuridicizzanti. A mio avviso si tratta comunque di elementi secondari e derivati, che non cambiano il fondamentale riferimento delle regole della lingua naturale al fatto dell'uso da parte di una comunità.



La concezione tacitamente più diffusa è probabilmente che il diritto è un misto di linguaggio naturale e tecnico o artificiale. Penso anch'io che la risposta giusta vada in questa direzione ma con qualche precisazione. La prima complicazione è che va chiarito se l'alternativa tra ordinario e tecnico venga vista in senso descrittivo o prescrittivo, se il linguaggio giuridico sia ritenuto essere già in un modo o nell'altro ovvero debba essere opportunamente trasformato. Non tutti i giuristi su questo punto sono altrettanto chiari, quanto Bentham, con le sue invettive sul perverso tecnicismo del linguaggio giuridico e le sue richieste di riforma e codificazione in termini di linguaggio ordinario. Il dubbio sovente rimane perché la questione viene presentata in termini di esigenze: le esigenze della precisione tecnica di contro alle esigenze della comprensibilità da parte dell'utente non-giurista che si presumono soddisfatte dall'uso del lessico della lingua ordinaria anche nel diritto.

Ritengo che per affrontare tali problemi ci voglia moderazione filosofica e la mia tesi è che la semiotica giuridica non può sperare di capire come funziona il diritto obliterando sistematicamente alcune sue caratteristiche fondamentali. Per tenere conto di queste si deve tenere conto in modo sistematico dell'aspetto pragmatico complessivo della semiotica giuridica al di là dei singoli elementi sintattici e semantici cioè delle costruzioni sintattiche e del lessico del diritto.

Ritengo che alcune tesi della linguistica descrittiva cambino completamente di natura se applicate al mondo e al linguaggio giuridico, diventando opzioni di politica del diritto, presupponendo un tipo di diritto piuttosto che un altro; a favore di una distribuzione di potere giuridico piuttosto che un'altra. Per questo sospetto che alcune teorie della interpretazione giuridica, che fanno riferimento a tipologie diverse di linguaggio per spiegare il funzionamento di quello giuridico, rimangano prigionieri di metafore.

Per la semiotica giuridica, la necessità di comprendere come avvenga la comunicazione tra produttori e applicatori delle norme nelle peculiari circostanze dell'ambiente giuridico solleva la questione se ci sia un limite semantico alla libertà linguistico-semiotica creativa del legislatore. In altre parole se il legislatore, violando tale limite, non sarebbe più in grado di farsi capire bene, per cui rischia di essere pesantemente "interpretato". La dottrina dei giuristi positivi esprime su questo punto teorie semiotiche assai rudimentali, quasi sempre non esplicitate, come sono spesso nella cultura giuridica le questioni semiotiche di fondo. È ovvio che si tratta della rivisitazione in termini semiotici di classiche riguardanti la funzione sociale del diritto, questioni storiche, sociologiche e politologiche più ampie e ampiamente



studiate, questioni che riguardano la capacità del diritto di incidere sulle società. Problemi vastissimi che non ho la presunzione di voler affrontare qui. Voglio solo toccare un punto specifico del loro lato semiotico, che riguarda i rapporti tra linguaggio e utenti. È il fatto pragmatico che il discorso giuridico non è fondato né sui punti di forza del linguaggio ordinario, a cui fanno tacitamente riferimento gli ermeneutici e in genere i sostenitori del diritto dal basso, né su quelli di un linguaggio artificiale algoritmico, a cui fanno riferimento i giuspositivisti e la maggior parte dei giuristi dogmatici.

Non si tratta quindi di studiare la maggiore o minore disposizione dei singoli e dei popoli ad obbedire al legislatore; non si tratta neppure di esaminare il problema più circoscritto dei modi o le motivazioni del comportamento del corpo dei giudici e anche dei giuristi e in particolare la loro disposizione a rispettare la volontà del legislatore e il diritto legislativo. È il problema che il linguaggio del diritto non è né linguaggio tecnico-strumentale né linguaggio naturale. Questo significa che nel suo caso non possiamo basarci sui due tipi diversi ma efficaci di "funzionamento spontaneo" che tipicamente fanno funzionare la comunicazione nei linguaggi naturali e in quelli artificiali. Parlare di volontà del legislatore di rispetto di ciò che dice il diritto legislativo non può dunque essere la soluzione del problema, come se bastasse dire che i giudici seguono la volontà del legislatore perché entrambe le entità sono accessibili sono *dopo* che il nostro problema di comunicazione è stato risolto e non possono esser sapute "prima" del processo interpretativo; non possono essere il fine il cui perseguimento risolve i problemi di uso del linguaggio giuridico, ma solo il risultato.

3 - Il potere semiotico

A questo punto mi sembra necessario dire qualcosa del potere semiotico nel diritto. Un potere semiotico è quello che si esercita tramite la manipolazione del linguaggio e i significati. In qualche senso, è evidente, ogni potere è semiotico se ha una componente semiotica o simbolica; però quando parlo di potere semiotico intendo un potere che si esercita direttamente tramite la manipolazione dei significati e del linguaggio, che si esercita *sul* linguaggio. Come si è visto, la tesi che il potere semiotico nel diritto possa essere trascurato perché il giudice deve sempre dare la interpretazione corretta, una tesi nota come formalismo interpretativo può essere considerata frutto di una ideologia dissimulativa e fabulatoria che aiuta alcune componenti della vita giuridica, in primo luogo i giudici, di operare al di fuori di un



effettivo controllo. La tesi che *omnis definitio in jure periculosa* è un altro frammento della stessa ideologia, vorrebbe precludere al legislatore ogni tentativo di controllo dei significati giuridici, che risulterebbero dunque interamente affidati alla giurisprudenza; come tesi teorica forse meno screditata del formalismo, ma nella pratica ugualmente viva²⁴.

Rendersi conto che esiste un potere semiotico nel diritto non comporta che si debba auspicare una determinata regolamentazione di questo potere. È compatibile con qualunque soluzione, con qualunque distribuzione di tale potere, per esempio con la conclusione che il potere semiotico nel diritto non vada regolato, ovvero vada regolato con un sistema di deleghe ad autorità sub-legislative, alla giurisprudenza; ma non è compatibile con teorie confuse che celano le scelte di politica del diritto (o le mancate scelte) dietro formule vuote²⁵ per perseguire la botte piena della *right answer* e la moglie ubriaca della elasticità interpretativa.

Mi paiono in particolare da scartare idee apparentemente brillanti come quella per cui il diritto va interpretato come una narrazione, quasi fosse un romanzo a molti autori, una storia a più mani a cui ogni giudice e legislatore potrebbe semplicemente aggiungere i suoi codicilli o i suoi capitoli. La metafora è accattivante, ma semplicemente trascura il fatto che la legge *non* è un romanzo e nessuno tollererebbe neppure per un istante che venisse trattata come un romanzo. Fallisce proprio del terreno dei rapporti tra linguaggio e suoi utenti. Una delle caratteristiche di un romanzo, una caratteristica pragmatica fondamentale dell'opera letteraria nella nostra cultura, è che

²⁴ Ad esempio quando la Corte costituzionale, nella nota sentenza che dichiarò incostituzionale la norma sul reato di plagio, affermò che il principio di tassatività richiede anche una formulazione sufficientemente determinata della norma, ci fu chi criticò la sentenza sostenendo che la determinatezza del senso delle norme, e quindi il senso delle norme, era una questione tecnica su cui la giurisprudenza non poteva deliberare.

Sentenza della Corte Costituzionale 8 giugno 81 n. 96 in *Riv. It. di diritto e proc pen*, 1981, pp. 1147 ss. e nota critica di Boscarelli.

²⁵ La più discussa ultimamente: "integrità del diritto" di cui ho parlato sopra n. 6, dove rilevavo che la nozione ha un uso normale del tutto diverso, visto che si parla della integrità (morale) di una persona per dire che la persona si attiene coerentemente ai propri principi morali. L'espressione si usa spesso per rilevare proprio il fatto che diverse persone integre possono dissentire onestamente circa i valori di fondo. Non mi è affatto chiaro come dalla descrizione dell'operare di persone diverse ciò si traduca in un ausilio alla interpretazione del diritto, in una società caratterizzata dal dissenso verso molti valori di fondo. A meno che "integrità" non voglia dire semplicemente coerenza nell'applicazione delle fonti del diritto, criterio che ovviamente ci lascia al punto di partenza nella soluzione dei problemi interpretativi.



ciascuno è libero di leggersi la interpretazione che preferisce e una delle caratteristiche del *grande* romanzo è la molteplicità delle reazioni che è in grado di suscitare nei suoi lettori. Per questo, un romanzo è la cosa meno adatta a ricavarne indicazioni su come risolvere vitali controversie giuridiche. Un "romanzo giuridico" dovrebbe essere costruito semioticamente in modo da resistere a queste tensioni, offrire soluzioni tollerabilmente certe onde essere potenzialmente utile a risolvere controversie davanti ai giudici, in altre parole *non* deve essere un romanzo. L'idea del diritto come narrazione si rivela ugualmente ingannevole anche per collocare semioticamente la figura del giudice come utente del linguaggio giuridico. I giudici *non* sono lettori generici del romanzo giuridico, per l'ovvia ragione che la loro "lettura" non ha lo stesso valore di quella di tutti gli altri. A questo punto sono stati fatti paragoni con la figura dei critici letterari, ma in verità arrampicandosi sugli specchi per mantenere a tutti i costi una metafora, perché i critici possono essere informalmente autorevoli ma sono privi di autorità semiotica. Si insiste a lasciar fuori dall'analisi semiotica gli aspetti più importanti della pratica giuridica, in questo caso il processo.

Né i giudici possono essere considerati i soli lettori della narrazione giuridica, perché questo lascia fuori del gioco e considera irrilevanti la gente ordinaria, i destinatari ultimi delle regole giuridiche. È vero che il potere del precedente giudiziario nei confronti del senso dei testi legislativi ha una vaga somiglianza al "potere" della collettività dei lettori nei confronti del senso del testo prodotto dall'autore letterario, visto che i lettori tutti insieme possono dare al testo di un autore letterario il significato che scelgono di dargli. Così pure può il singolo lettore, se è vero che stiamo parlando di fruizione o godimento individuale di un'opera letteraria. Ma la somiglianza si limita a trarre le conseguenze del fatto che tutti i testi sono testi. Tutto il resto, la struttura di autorità e potere della pratica giuridica, è interamente diversa dalla struttura della pratica della fruizione letteraria e se queste differenze non vengono prese in considerazione dalla semiotica giuridica, i suoi risultati saranno sempre paradossali.

Autorità e non consenso mi sembra dunque la chiave delle differenze e similitudini di cui sto parlando. Sia il discorso tecnico o artificiale sia quello ordinario sostanzialmente si autogestiscono, si mantengono per la spontanea confluenza delle pratiche dei loro utenti. In un caso il discorso tecnico è "mantenuto in riga" dalla sua strumentalità, dalla utilità che le sue fattezze hanno per uno scopo che gli utenti condividono (per esempio contare o misurare). Nell'altro caso del linguaggio ordinario esso è "mantenuto in riga" per l'esigenza degli utenti di continuare a capirsi tra loro. Tanto che cambia appena nel



corso dei secoli. Questa spontaneità strutturale non esiste per il linguaggio giuridico, su cui si rovesciano le tensioni delle controversie vitali di una società, in cui ogni utente ha interesse a piegare il linguaggio il più possibile a proprio vantaggio in quasi ogni situazione comunicativa. Eccetto in qualche misura per i giudici terzi e imparziali, i quali pure, tuttavia, hanno ideologie e interessi professionali in campo. Perciò deve essere controllato e mantenuto, in una parola deve essere amministrato con gli strumenti del potere. Uno dei più importanti di tali strumenti è proprio la diarchia giudici-legislatore. Come risultato gli elementi sintattici o lessicali del linguaggio giuridico possono essere ora tecnici (elaborati dai giuristi o dal legislatore), ora presi dal linguaggio ordinario, ma in ogni caso tramite una scelta amministrata da autorità; e la pragmatica dell'impresa semiotica è per questo del tutto diversa da quella di una scienza o della lingua naturale. Per questo le stesse regole semantiche e sintattiche lo stesso identico lessico finiscono con l'operare diversamente nel linguaggio giuridico. Per questo i giudici *non* sono fruitori di romanzi, e i legislatori *non* sono creatori di un migliore linguaggio tecnico o strumentale.

Non ci sono le condizioni né del consenso strumentale né del consenso ordinario, perché il diritto non è né un linguaggio tecnico né linguaggio ordinario; perché ci sia un specifico linguaggio giuridico ci devono essere invece le condizioni di un consenso semiotico amministrato. Per chiarirmi le idee provo a fare un esempio controfattuale. Supponiamo che un diritto consideri come regola interpretativa universale quella dell'*original intent*. Ci sarebbe ovviamente il problema non da poco dei criteri per definire tale intento ordinale, dei parametri attraverso di quali tale *original intent* dovrebbe essere individuato in modo abbastanza determinato: per esempio, è stato proposto, che si operasse attraverso una apposita dettagliata motivazione di ciascuna legge emanata insieme alla legge stessa, dei lavori preparatori potenziati, qualcosa di simile ai *considerando* delle direttive europee. Quello che voglio sottolineare è che ogni precisazione del criterio, ed anche ogni mancata precisazione, sarebbe una scelta generalissima di politica del diritto, una tipica scelta amministrata, tanto quanto la scelta principale di ricorrere in esclusiva all'*original intent* e ciascuna di esse sarebbe da discutere in termini di opportunità o giustizia, da osteggiare o appoggiare in termini di conseguenze giuridiche. Appunto una scelta di politica semiotica come sono tutte le scelte semiotiche in diritto.

Quando dico che il linguaggio giuridico è un linguaggio amministrato, intendo dunque che l'attività interpretativa in diritto è sempre esercizio di potere giuridico, del potere interpretativo, che ho



proposto di chiamare potere semiotico. Che il diritto sia, sul piano pragmatico, un linguaggio amministrato e non una lingua naturale o un linguaggio tecnico-scientifico significa che le modalità della interpretazione, regolate o meno esplicitamente dalla legge, sono comunque una questione di esercizio di potere da parte di qualche autorità giuridica o di bilanciamento di potere tra diverse autorità giuridiche e non una questione tecnico-scientifica o una questione ermeneutica. Le alternative sono dunque quelle consuete per tutte le attività giuridiche, della maggiore o minore regolamentazione esplicita della attività a livello generale, della quantità di potere discrezionale lasciato ad altri organi, tra cui quelli della applicazione.

Di conseguenza i giudici sono utenti *sui generis* di una attività semiotica *sui generis*, e alla domanda se i giudici creano diritto, la risposta non può essere altro che sì inevitabilmente lo creano, più o meno a seconda del diritto positivo in questione, ma lo creano in senso specifico, appunto da giudici e non come creano linguaggio gli autori di romanzi, gli scienziati o le persone ordinarie nella conversazione quotidiana.

Anche un linguaggio amministrato naturalmente può avere le sue patologie, specifiche e parzialmente diverse da quelle tipiche di una scienza o di una lingua ordinaria. Queste patologie si descrivono bene riferendole agli specifici utenti del linguaggio giuridico: il legislatore può essere vago o contraddittorio e la magistratura può essere infedele alla legge o percorsa da divergenze ideologiche e teoriche che portano a divergenze di principio non sempre secondarie, gli utenti finali possono non conoscere o non badare a quanto dicono giudici e legislatori.

Questo non vuole certamente dire aver compiuto un giro tortuoso per giungere allo scetticismo interpretativo. Al contrario non è altro che la tesi di Carriò esposta all'inizio di queste pagine, con qualche considerazione semiotica aggiuntiva che non mi pare interamente inutile. Vuole essere una teoria realistica (quindi non giusrealistica) e vuol essere una tesi banale, perché sostiene molto banalmente che i giudici creano il diritto nella misura in cui lo creano; che la concordia nel linguaggio giuridico è quella che è; essa si mantiene non in un inesistente ambiente scientifico o di discorso ordinario, ma in un ambiente pragmatico diverso, in mezzo ai conflitti più acuti della vita sociale. Essa dipende dalla determinazione che il linguaggio giuridico ha, soprattutto per giuristi e giudici. La presenza di una magistratura imparziale e di un legislatore che non decide direttamente i singoli casi concreti (lo stato di diritto) evidentemente aiutano a mantenere una certa concordia nell'uso del linguaggio giuridico come linguaggio amministrato.