



Gaetano Lo Castro

(ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

L'interpretazione del diritto e il diritto della Chiesa ^{1*}

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La conoscenza del diritto in funzione normativa della prassi - 3. Le tesi che riconducono il diritto alla coscienza dell'uomo ed alla conoscenza che egli ne abbia. Osservazioni critiche - 4. Il problema della salvaguardia dell'oggettività e dell'autonomia del diritto in relazione ai profili creativi dell'interpretazione - 5. Le tesi che cercano di contemperare l'autonomia della dimensione oggettiva della norma con l'innovatività dell'interpretazione. Osservazioni critiche - 6. La tesi della preminenza dell'oggettività della norma e della funzione meramente dichiarativa ed esplicativa dell'interpretazione - 7. L'interpretazione e il diritto nel giusnaturalismo classico. Circolarità ideale tra uomo e norma, tra diritto e sua interpretazione - 8. La codificazione e i suoi riflessi sull'interpretazione nel diritto canonico.

1 - Premessa

Il problema dell'interpretazione del diritto si presenta come uno dei più gravi, se non il più grave e complesso, fra quelli con i quali la scienza giuridica contemporanea e lo stesso uomo, l'uomo concreto non qualificato da un particolare sapere tecnico, devono confrontarsi.

Anche a chi non ha avuto modo di riflettere sul tema, appare subito evidente come una qualche relazione debba esservi fra il problema universale della conoscenza delle realtà del mondo e il problema specifico della conoscenza del diritto, in funzione della quale si dà l'attività di interpretazione dello stesso. Quest'ultima, in particolare, se il diritto è ridotto alle norme, e cioè alle regole imperative di comportamenti ed ai fattori di produzione delle stesse, sembra che si proponga come conoscenza tecnica, oltre che linguistica, di codesti fattori e delle norme prodotte; e la conoscenza sembra come trapassare da conoscenza del giusto, che è appunto o dovrebbe essere una conoscenza universale di tutti gli uomini, a tutti gli uomini essendo il giusto comune e a tutte le intelligenze sembrando proporzionato, a

¹ Lo studio, tratto da un più ampio lavoro dell'A., dal titolo "Conoscenza e interpretazione del diritto" (pubblicato in *Il mistero del diritto. I Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 119-166), è destinato agli *Scritti in onore di R. Navarro Valls*.



conoscenza elitaria, riservata a pochi, di norme positive; tanto che il giurista appare agli occhi comuni della gente quasi come sacerdote del diritto, colui che ne presenta e ne svela i misteri, ne celebra la liturgia in templi a ciò dedicati, e la scienza giuridica finisce talora per assumere il volto di scienza esoterica, che rivela l'arcano solo agli iniziati².

2 - La conoscenza del diritto in funzione normativa della prassi

In una prospettiva funzionale alla formazione dell'esperienza giuridica, i procedimenti logici cognitivi mediante i quali l'interpretazione si esplica non mirano, in realtà, ad una conoscenza fine a sé stessa, ma tendono a scopi eminentemente pratici: la determinazione delle norme che presiedono l'agire umano.

Ora per l'uomo che deve risolversi all'azione non si danno, né potrebbero darsi, più norme riguardanti lo stesso caso, la norma legislativamente posta e quella risultante dalla interpretazione, ma un'unica norma, quella di cui si chiede l'applicazione, quella che determina all'agire, proveniente dall'attività composita di chi detta la norma e di chi la interpreta.

L'attività interpretativa, da chiunque svolta, non si aggiunge pertanto all'attività propositiva di norme, ma si integra con questa a formare il diritto vivente, il solo che per l'uomo ha rilievo. Cosicché, se l'attività legislativa è essenziale perché la norma si abbia, non può esserlo di meno, sia pure non nello stesso modo, l'attività interpretativa.

D'altronde, solo con riferimento alla prescrizione che in ultimo risulta applicata in concreto, ha senso parlare della sua giustizia o ingiustizia, come criterio di valutazione non astratta, ma impegnante la vita morale dell'uomo³.

² Nella scienza giuridica contemporanea, e nel comune modo di dire, il termine "diritto" è di solito utilizzato (e noi qui stesso lo utilizzeremo, salvo più puntuale specificazione: v. *infra*, sub § 7 e 8) come sinonimo di complesso normativo vigente in un ordinamento giuridico (c.d. diritto oggettivo), indipendentemente da ogni valutazione dei suoi contenuti; in tale contesto nozionale dire "interpretazione del diritto" è lo stesso che dire "interpretazione del dato normativo".

³ Poco importa, ad esempio, che la norma contrattuale (anch'essa "norma", sia pure *inter partes*) fra Shylock e Antonio, mercante di Venezia, nella nota tragedia di W. Shakespeare, sia quella, chiaramente urtante contro il comune sentire etico, di pagare come penale, per un debito inevaso di Antonio, una libbra di carne tolta dal suo petto, se poi il concreto adempimento richiesto, vale a dire il significato attribuito alla clausola normativa, è quello dettato dall'interpretazione datane da Porzia, nella veste di un giureconsulto di Padova. Attraverso l'interpretazione che ne fu data, la norma contrattuale attuata o da attuare assume un significato, il solo ad avere rilievo nella



Non può pertanto essere inteso in senso tassativo e radicale il comune modo di sentire l'attività interpretativa come accessoria rispetto all'attività legislativa o propositiva di formule contenenti norme, quasi che questa creasse il diritto, quella si limitasse ad esplicitarlo.

Tanto meno attendibile sarebbe pensare che la norma possa stare, vivere, adempiere la sua funzione senza l'interpretazione o fuori di essa. Nella concretezza della vita giuridica, infatti, diritto non si dà che non sia diritto interpretato, onde l'interpretazione non può essere considerata per sé superflua, giacché il diritto da applicare è anche frutto di essa, la quale, pur essendo legata alla norma, ha in sé, come dirò in seguito, qualcosa di veramente creativo.

Ma se legislatore e interprete cooperano a che il diritto sia per la vita giuridica dell'uomo, viene subito da chiedersi se il diritto, la norma, conservino una loro autonomia essenziale rispetto all'attività interpretativa e attuativa, o se da questa dipendano come dalla loro fonte prossima.

Il vero è che i problemi riguardanti l'interpretazione del diritto non possono prescindere, per un'adeguata risposta, dall'idea del diritto e dal rapporto fra dimensione normativa (oggettivamente esistente per l'uomo) e dimensione soggettiva⁴.

3 - Le tesi che riconducono il diritto alla coscienza dell'uomo ed alla conoscenza che egli ne abbia. Osservazioni critiche

Di fronte alla diffusa concezione del diritto come fatto storico sociale, che si dà per sé, passibile di indagine induttiva nelle sue "forme obiettive assunte nello spazio e nel tempo"⁵, che si pone come oggettivamente dato nei confronti dell'uomo, stanno i molteplici tentativi del pensiero giuridico moderno e contemporaneo di affrancarsi dall'oggettività del diritto per ricondurlo in vario modo alla coscienza o ad altro fattore soggettivo dell'uomo.

Sono precisamente i tentativi che concepiscono il diritto come atto sociale che si costituisce nella coscienza dell'uomo (specificamente caratterizzandosi, rispetto ad ogni altro comune atto sociale, per la sua

vita giuridica, accettabile e conforme a giustizia (T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, t. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 3-15).

⁴ G. LO CASTRO, *Pubblico e privato nel diritto canonico*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, vol. II, Cedam, Padova, 1997, p. 173-195.

⁵ A. GROPPALI, *Sul problema della conoscenza del diritto. Note critiche intorno ad alcune recenti dottrine*, in *Riv. dir. priv.*, 12 (1942), p. 2.



reciprocità); atto sociale conoscibile, secondo alcuni, attraverso l'intuizione eidetica, forma *a priori* della conoscenza, che consente di raggiungere l'essenza di un fenomeno (nel nostro caso, del diritto), e di pervenire all'universale, fuori del normale percorso conoscitivo rappresentato dall'esperienza (fenomenologismo)⁶, o sono i tentativi che, per reagire contro l'abuso del metodo logico formale, elevano "l'intuizione a strumento fondamentale dell'indagine speculativa", facendo della coscienza il luogo ove la realtà si rivela, indipendentemente dall'esperienza⁷, in un procedimento conoscitivo che penetra nella realtà attraverso un moto di simpatia vitale, così cogliendola in quel che è, e nel suo dinamismo interiore⁸; o sono ancora i tentativi che mirano a spiritualizzare l'atto normativo, questo non essendo dato dalla norma cristallizzata nel testo legislativo, ma dall'atto interno spirituale del legislatore, onde l'interpretazione altro non sarebbe che "comprensione o dispiegamento nel nostro spirito dell'atto normativo", e l'interpretazione propria del giurista si dovrebbe "denominare esattamente interpretazione del diritto e non interpretazione della legge". Ed invero, "nel momento del dispiegamento della legge nel nostro spirito, l'interpretazione si presenta come la stessa attività legislativa"⁹.

Queste correnti del pensiero giuridico, nella diversità delle loro

⁶ Cfr. E. HUSSERL, *Formale und transzendente Logik. Versuch einer Kritik der logische Vernunft* (Halle, 1929), trad. it. di G.D. Neri, *Logica formale e logica trascendentale. Saggio di critica della ragione logica*, Laterza, Roma-Bari, 1966, in particolare il cap. VII, p. 328 ss. Sui riflessi del pensiero di Husserl nel campo della scienza giuridica, cfr. A. GROPPALI, *Sul problema della conoscenza del diritto*, cit., p. 5-7; sulle diverse correnti del fenomenologismo e sui suoi riflessi nella scienza giuridica cfr. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Istituto giuridico della regia Università, Torino, 1934, p. 64 ss.; L. PEREGO, *Orientamenti intuizionistici in filosofia del diritto*, in *Archivio giuridico* 125 (1941), p. 3-37.

⁷ A. GROPPALI, *Sul problema della conoscenza del diritto*, cit., p. 25-26.

⁸ H. BERGSON, *L'Évolution créatrice* (1907), trad. it. di P. Serini, Mondadori, Milano, 1935, p. 194; dello stesso A., *Essai sur les données immédiates de la conscience* (1889), trad. it. F. Sossi, Raffaello Cortina, Milano, 1964, cap. 1°.

⁹ G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 33. In questo contesto di pensiero, il richiamo dell'intenzione del legislatore (della *mens legislatoris*), nella quale si forma l'atto spirituale normativo, parrebbe diventare il principio interpretativo per eccellenza, in qualsiasi posto esso sia dal diritto positivo eventualmente considerato (per l'ordinamento canonico, ad esempio, il can. 17 del vigente codice, lo pone come ultimo criterio cui ricorrere nell'interpretazione normativa). Ma in realtà la *mens legislatoris* non è criterio oggettivo di conoscenza, ma è la conoscenza rivissuta dall'interprete; l'atto normativo, come atto spirituale, "non esiste al di fuori dello spirito che lo pensa, in sé lo rivive e dispiega" (G. GORLA, p. 10); essa dunque, in tale orizzonte di pensiero, rischia di diventare una copertura per una funzione sostanzialmente innovativa del diritto da parte dell'interprete.



proposizioni, sono accomunate dal desiderio di affrancare il diritto dall'oggettività del fatto sociale normativo, nel quale sembrava confinato dalla tradizionale maniera d'intenderlo, per ricondurlo, per varie vie, alla dimensione soggettiva dell'uomo.

Non è difficile intendere quale grande influenza tali idee possano esercitare anche sull'interpretazione giuridica, ed ancor più nell'individuazione del posto che questa occupa nella vita dell'uomo. Le forme di conoscenza intuitiva (eidetiche o non) suppongono infatti la risoluzione degli atti giuridici in atti di coscienza, facendo perdere ad essi la loro oggettività, e, alla fine, lasciandoli all'arbitrio della coscienza che, intuendoli, li conosce, e in qualche modo così liberamente li determina o li crea.

Ma vi sono aspetti delle tesi riferite non del tutto persuasivi. Se il diritto non è diritto libero, nel senso specifico ora illustrato, al quale sembrano inclinare talune correnti del pensiero contemporaneo, la partecipazione dell'interpretazione alla attuazione del diritto non può significare formazione creativa della norma, se non in un senso del tutto peculiare; altrimenti si cadrà nel "decisionismo kelseniano", per il quale l'interprete, operata la ricognizione di tutti i possibili significati della norma, considerata nella sua cornice astratta, sceglie alla fine il significato che meglio gli aggrada, con un atto politico emozionale di natura arbitraria¹⁰.

Dire, come è stato detto, che l'atto ermeneutico o interpretativo è atto di natura creativa, nel senso che per mezzo di esso si realizza la sintesi dinamica tra l'astrattezza della legge e la concretezza della situazione storica da qualificare, nonché l'adeguamento della legge, per sé statica, alla storicità e alla mobilità dell'esperienza giuridica, e questo all'interno di una visione dell'esperienza giuridica come totalità *in fieri*, come inesauribile processo di realizzazione spirituale (canone della totalità)¹¹, rischia di rendere impossibile la conciliazione della storicità dei valori con la loro pretesa assolutezza¹², che solo può essere difesa nell'indipendenza dei valori dal soggetto che li afferma.

4 - Il problema della salvaguardia della oggettività e dell'autonomia del diritto in relazione ai profili creativi dell'interpretazione

Il punto più delicato e, sotto un profilo speculativo, più oneroso del

¹⁰ L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova, 1955, p. 160 nota 57.

¹¹ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1955, p. 824-828.

¹² L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., p. 190 ss.



problema dell'interpretazione sta dunque nell'assicurare la "continuità, rispetto al testo normativo interpretato", della funzione creativa del diritto da parte dell'interprete¹³; continuità che, per un verso, rappresenterebbe il limite alla discrezionalità dell'interprete, ma che, per un altro verso, non impedirebbe di pensare tale attività come creativa. Problema che in altro non consiste se non nel rapporto tra l'oggettività del diritto e la soggettività della sua interpretazione e della sua conseguente attuazione; problema che ovviamente non si porrebbe se il diritto dovesse essere solo proclamato, dichiarato, e non interpretato e attuato; nella quale interpretazione e attuazione sta appunto il grosso rischio di ridurre il diritto al volere dell'uomo, e, quindi, di non poterlo intendere come guida oggettiva di tale volere.

Come risolvere il problema senza negare, per un verso, l'oggettività del diritto, che si ritiene la sola idonea a garantire la non arbitrarietà della dimensione giuridica e la stessa vita etica dell'individuo, e, per un altro verso, la funzione non meramente esplicativa dell'opera dell'interprete, quel *quid pluris* che è opera dell'interprete, e che contribuisce in maniera essenziale alla vita dell'esperienza giuridica? Come conciliare la statica del diritto con la sua dinamica? "statica", richiesta dalla sua funzione essenziale, di guida oggettiva dell'operare umano; "dinamica", richiesta parimenti dall'essenziale storicità del diritto e della sua attuazione.

5 - Le tesi che cercano di contemperare l'autonomia della dimensione oggettiva della norma con l'innovatività dell'interpretazione. Osservazioni critiche

Al riguardo vi è chi ha parlato di un «atto inventivo» dell'interprete, sollecitato da una comprensione immediata del concreto e del particolare, che s'inserisce, urge, condiziona e guida l'interpretazione; un atto inventivo che non può sottostare a rigide regole tecniche, e che comunque, quando queste si dessero, in ultimo sempre le trascenderebbe; tale atto inventivo, più che prodotto di scienza, è stato visto come espressione di arte: l'arte del diritto, nella quale si manifesterebbe la creatività dell'interprete nell'attuazione del diritto¹⁴.

E vi è chi, più rispettoso e più guardingo verso l'attività dell'interprete, più propenso a legare la scienza giuridica

¹³ T. ASCARELLI, *Problemi*, cit., p. VI.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Cedam, Padova, 1949, p. 3 ss.; cfr. anche, dello stesso A., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 20, 1943, I, p. 81 ss., in particolare 90-91.



“principalmente, se non esclusivamente, al profilo logico delle proposizioni normative”, e cioè a dire al dato oggettivo, troverebbe tuttavia in esse la ragione dell’opera inventiva dell’interprete; la proposizione normativa, infatti,

“per il suo carattere precettivo, deve poter contare sul potere suggestivo della parola, cioè sul suo contenuto irrazionale, che conserva il riflesso della sua storicità, e nel tempo stesso lascia un alone indefinito, che consente l’esplicarsi della libertà di apprezzamento dell’interprete”¹⁵;

onde l’opera dell’interprete agirebbe nella indeterminatezza espressiva della norma al fine di attribuirle un significato determinato, sicché la sua attività sarebbe pur sempre riconducibile al dato normativo e concepibile come da questo dipendente.

Vi è ancora chi, distinguendo nel diritto il “dato” (vale a dire il complesso di rapporti, fatti materiali, economici, politici, pratici, religiosi, ecc.), da cui sorge il diritto, dal “costruito” (complesso di regole e norme in cui il diritto si manifesta per opera della legge e della consuetudine), l’uno oggetto della scienza, l’altro della tecnica, pensa che il di più dell’interprete rispetto al “costruito” provenga dalla necessità di andare oltre la legge, per guardare alle esigenze obiettive e soggettive da cui questa discende¹⁶; e che questi dati, che stanno fuori della legge, e che tuttavia la cagionano e la giustificano, quando fossero assunti nella interpretazione, dovrebbero permettere di guidarla oltre il testo apparente della legge, restando pur tuttavia legati ai momenti e agli elementi causativi della stessa, in essi trovando il limite alla sua forza sollecitante il testo normativo.

Vi è infine chi, concepita l’interpretazione “come costante momento di mediazione tra il *corpus iuris* dato e una mutevole realtà”¹⁷, spiega la funzione creativa della interpretazione e, al contempo, individua il limite alla sua arbitrarietà, concependo l’ordinamento giuridico come poggiante su una ricostruzione tipologica della realtà, alla quale la norma deve necessariamente far riferimento nel momento della sua applicazione. Tale ricostruzione tipologica della realtà, per sé

¹⁵ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1950, p. 85-86. Cfr. anche S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 5, che parla di valenza “inventiva”, cioè normativa, propositiva di dover-essere, oltre che conoscitiva, dell’interpretazione.

¹⁶ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, I, Sirey, Paris, 1922, p. 96-100; cfr. J. DABIN, *La technique de l’élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Sirey, Paris, 1935, p. 28 ss.

¹⁷ T. ASCARELLI, *Problemi*, cit., p. 71.



mutevole, com'è appunto mutevole la stessa realtà, non è opera della norma (di questa rappresentando soltanto il presupposto di applicazione), ma dell'interprete; il quale, dunque, ricostruendo tipologicamente la realtà per intendere la disciplina per essa dettata, e inquadrando il caso in relazione alla costruzione così realizzata, supera il momento meramente dichiarativo della norma, e fa opera creatrice del diritto¹⁸. In tale ricostruzione della realtà e nell'ordinamento sistematico delle norme, l'interprete fa certo valere le sue convinzioni, le sue tradizioni, le sue speranze¹⁹. Ma l'arbitrarietà della sua opera trova un limite nel criterio di continuità che lega con la norma il risultato dell'interpretazione; sull'osservanza del qual criterio veglia la *communis opinio*²⁰, cui in ultimo è da ricondurre non solo l'identificazione dell'oggetto d'interpretazione, ma anche la portata che la norma assume nell'applicazione²¹.

La *communis opinio*, dunque, come arbitra ultima e suprema della norma. Ma quale sia questa *communis opinio* solo la storia può dirlo. Ecco allora come la norma non solo sia storica, ma sia consegnata alla storia: "Il giurista prenderà così dalla storia il suo punto di partenza e tornerà a guardare alla storia nel suo punto di arrivo"²², benché così si corra il rischio che la storia privi il diritto di ogni valore oggettivo.

In tutti questi orientamenti di pensiero, la preoccupazione di salvaguardare la realtà e l'autonomia della dimensione oggettiva del diritto non si esplica attraverso la negazione dei fattori innovativi dell'interpretazione, ma attraverso una ricostruzione del dato normativo e della realtà sociale, che ad esso soggiace, tale da salvare l'uno e l'altro momento della dimensione umana.

I presupposti filosofici o ideologici soggiacenti le anzidette ricostruzioni sono evidenti, e non è il caso di soffermarsi su di essi.

Ma è altrettanto evidente che altra è la visione complessiva della realtà sociale, allorché si lascia all'interprete il compito di ricreare in sé, e nel suo atto interpretativo, l'atto spirituale, in che consiste la norma, di colui che l'ha posta; altro è ritenere che la ragionevolezza della norma, trovata attraverso l'interpretazione, è data dalla sua capacità di affermarsi, dalla sua accettazione da parte della *communis opinio*, sicché nessuno deve ritenersi depositario della veracità di una determinata norma, come nessuno è depositario del significato esatto o vero del testo.

¹⁸ T. ASCARELLI, *Problemi*, cit., p. 72.

¹⁹ T. ASCARELLI, *Problemi*, cit., p. 12.

²⁰ T. ASCARELLI, *Problemi*, cit., p. 73.

²¹ T. ASCARELLI, *Problemi*, cit., p. 90.

²² T. ASCARELLI, *Problemi*, cit., p. 15.



Nel primo caso, la norma è atto storico dello spirito, per sé giustificata, che l'interprete può e deve solo ricreare in sé; e l'atto interpretativo altro non è che dispiegamento e riproduzione della legge nello spirito dell'interprete, "che la rivive per comprenderla"; di tal che l'interpretazione si presenta "come la stessa attività legislativa", non sopportando e non ammettendo l'esistenza di principi "al di fuori del concreto contenuto dell'atto legislativo"²³, e non dandosi principi sovvertenti il diritto. (Una concezione, questa, sia detto per inciso, che giustificando la legge assolutamente, anzi ponendola fuori della necessità di ogni giustificazione, è idonea a giustificare in modo assoluto parimenti il potere che sta a fondamento della legge).

Nel secondo caso, la norma è propriamente consegnata alla storia; essa non è depositaria di alcuna verità, e la sua verità sta nell'accettazione da parte della *communis opinio*, da parte cioè della stessa società, per come essa l'intende e l'interpreta nel divenire storico.

6 - La tesi della preminenza dell'oggettività della norma e della funzione meramente dichiarativa ed esplicativa dell'interpretazione

Ma se tali concezioni, che pure intendevano conciliare l'oggettività del diritto con la preminenza del soggetto e la creatività dell'interpretazione, apparissero eccessivamente riduttive della trascendenza del diritto rispetto all'uomo, si affermerà allora l'idea del carattere dichiarativo o meramente esplicativo dell'interpretazione; la quale idea ha alle spalle una lunga tradizione di pensiero, sia pure manifestatasi in forme diverse, tutte accomunate però dall'affermazione del carattere trascendente della legge, per sé risolutiva della dimensione giuridica dell'esperienza umana, e dell'interpretazione come conseguente ricerca del significato della legge stessa.

È un'idea, questa del carattere dichiarativo o esplicativo dell'interpretazione, che ha dato vita al positivismo dottrinario, che si è manifestato in vari, anche lontani, tornanti della storia del pensiero giuridico, e che oggi si ritrova in forme del tutto nuove nei molteplici studi di linguistica e di semiotica del diritto²⁴.

Se, nella concezione prima esposta, l'interpretazione è storia, il positivismo dottrinario agisce invece e si muove come per mettere al riparo il diritto dalla storia, che è quanto dire dall'interpretazione,

²³ G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 33 e 45.

²⁴ AA.VV., *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli e P. Di Lucia, con prefazione di M. JORI, LED Ed. Univ., Milano, 1994, *passim*.



chiamandolo fuori dalla contingenza dell'esperienza giuridica, ed esaltandolo su di essa. E così il diritto è stato, ed è, di volta in volta, il diritto romano, che per la sua eccellenza aveva attraversato i secoli dominandoli; era, ed è, il diritto frutto della ragione, ma di una ragione che non conosce superiori; era, ed è, il diritto posto dalla coscienza storica di un popolo o di un gruppo sociale organico ed omogeneo, consapevole della sua unitarietà (la famiglia, la corporazione, la città, l'*Eigenkirche*, ecc.), diritto che "si sviluppa (...) insieme al popolo, si perfeziona con esso e infine si estingue man mano che il popolo perde la sua peculiarità"²⁵; era, ed è, il diritto voluto dalla volontà generale del popolo, che prende in epoca recente il posto della divinità, e che si esprime compiutamente nella codificazione. È insomma un modo di concepire il mondo della giuridicità che non lascia posto alla distinzione fra legge (norma) e diritto; una distinzione per la quale, invece, "diritto" indica la norma, la legge, se ed in quanto queste abbiano rispondenza (che normalmente si darà, ma potrebbe anche non aversi) con il loro fine trascendentale, la giustizia: solo la norma che individua e sancisce il "giusto" fa "diritto", è "diritto"; una distinzione, infine, che pure aveva aperto le porte alla coscienza, come fonte ultima della regola dell'agire umano, e all'interpretazione come strumento di verifica della giustizia della legge e di proposizione evolutiva della norma.

Il positivismo dottrinario, al contrario, è sinonimo di conservazione del dato, è espressione di antistoricismo, non riesce a spiegare e a convogliare nella storia il divenire della società giuridica.

7 - L'interpretazione e il diritto nel giusnaturalismo classico. Circolarità ideale tra uomo e norma, tra diritto e sua interpretazione

Le correnti di pensiero antiassolutiste e antidottrinarie si connotano, al contrario, per l'idea della provvisorietà del diritto vigente, legato che sia ad una ricostruzione tipologica della realtà sempre in evoluzione, o legato che sia, come nel giusnaturalismo classico, alla consapevolezza del mistero insondabile e inesauribile della condizione umana (e, tanto più, del disegno divino).

L'incapacità di concepire la norma, il diritto cosiddetto vigente, come un assoluto, giustifica, garantisce, e, in un certo senso, esige il

²⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, trad. it. di G. Marini, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A.F.J. THIBAUT, F.C. VON SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, E.S.I., Napoli, 1982, p. 99.



divenire del diritto, che mira all'assoluto, al giusto, senza però che possa mai pretendere di averlo raggiunto.

Il diritto allora va visto nella complessità dei suoi motivi vitali. Il diritto non è solo la norma, ma la vita giuridica; e la vita giuridica è fatta dalla norma, ma è fatta anche, come abbiamo detto, dall'attuazione della norma, dall'accettazione della norma, dall'interpretazione della norma, dalla sua conoscenza. Legislatori, ma anche giudici, ma anche giureconsulti, ma anche esecutori di ordini giuridici, ma anche cittadini che interpretano il diritto per le loro quotidiane esigenze di comportamento e di azione, fanno il diritto. Tutto questo è diritto.

Onde l'interpretazione, in siffatta concezione, non può essere pensata come guardante la norma da un punto di osservazione posto fuori dell'ordinamento, o a questo semmai riconducibile per una sua positiva disposizione (cosiddette norme sull'interpretazione).

L'interpretazione della norma, sempre nella stessa concezione (che esprime ottimamente i postulati del giusnaturalismo classico), è lo stesso diritto che si fa vita degli uomini attraverso l'attività dell'interprete; è il diritto che esce dalla fissità della norma, se norma si dia, per vivere negli uomini.

Ecco in che senso l'interpretazione è, o, per meglio dire, può essere creativa; perché l'interprete guarda certo la norma posta dal legislatore, ma illumina il fatto e individua la regola del caso concreto alla luce della complessiva condizione umana e delle connesse esigenze di giustizia, secondo l'idea che egli se ne è formato. E quanto più profonda e vera è la cognizione che l'interprete ha di tale condizione, quanto più gode egli della sapienza del giusto, tanto più corretta, utile, fruibile per l'esperienza giuridica sarà la sua opera.

Non tutte le interpretazioni certo si equivalgono; ma il loro differente valore non è tanto dovuto alla molteplicità degli strumenti logici, semantici e filologici utilizzati per identificare la norma legislativa ed identificarsi con essa, ma dalla capacità di individuare con la norma, fuori della norma, e, se necessario, contro la norma, il bene della giustizia, per il quale alla fine la norma è stata posta.

Così è da intendere l'attività creativa dell'interprete. La quale, dunque, è attività piena di rischi; poiché nessuno e nulla può garantire colui che interpreta la norma della riuscita della sua opera, cioè della correttezza e della veracità di questa; e sarebbe ingenuo pensare che possa farlo la legge, che, quand'anche dettasse i criteri d'interpretazione, alla fine dovrebbe pure essa essere interpretata; parimenti non convince il ricorso ad un criterio esterno (la *communis opinio*, ad esempio), atto a confortare il risultato dell'interpretazione ed a renderne agevole l'accettazione.



L'ansia per la certezza del diritto, che traspare dalla preoccupazione di legare l'interpretazione alla norma, e di farla dipendere da questa, è il prodotto di un equivoco sul modo d'intendere il diritto. La certezza è infatti un attributo non del diritto positivo, ma della giustizia, e cioè del fondamento dell'intera esperienza giuridica; e peraltro essa non è il presupposto del discorso, la base di partenza, ma la meta da raggiungere faticosamente. E niente di più incerto, in verità, della norma ingiusta: certa, se certa è sotto il profilo logico semantico, essa rende assolutamente incerta la vita degli uomini²⁶.

L'interpretazione porta con sé connotato il rischio di errare, come il diritto, come la vita umana. Ma rifuggire da un'interpretazione che guardi nel profondo della condizione umana, ove vive l'istanza della giustizia, guardare alla norma come se questa fosse slegata da tale condizione, rinunciare alla creatività, nel senso sopra spiegato, per il timore di errare, significa avere l'angoscia di vivere, e preferire la semplicità della morte alla complessità e alla ricchezza della vita.

Va da sé che, nella concezione ora esposta, l'interpretazione, come atto di vita, e proprio perché atto di vita, è di tutti coloro che vivono, e non di pochi addetti ai lavori.

La parvente debolezza del diritto, compreso il diritto divino, questo suo dipendere dall'uomo che l'interpreta, se, per un verso, enuncia e descrive la grandezza dell'uomo, la forza della sua autonomia etica e della sua libertà, per un altro verso individua il limite della condizione umana.

Il diritto infatti dipende dall'uomo quanto alla sua vita empirica, ma non quanto alla sua natura ed alle sue trascendentali esigenze. Se la legge è diritto e fa diritto soltanto quando individua la regola giusta dell'esperienza giuridica; a maggior ragione l'interpretazione: la quale sarà accettabile soltanto quando evidenzierà, restituirà, conferirà alla legge il significato congruo a tali trascendentali esigenze.

Sotto il profilo teorico, il diritto, così esistenzialmente, vitalmente dipendente dall'uomo, in realtà lo trascende, lo sovrasta; del resto l'interpretazione non può mai aspirare a risultati assoluti e definitivi, poiché essa è intrinsecamente provvisoria, legata com'è, per un verso, alla limitata capacità, che è quanto dire: alla finitezza della natura umana; e, per l'altro, alla contingenza dei fatti che connotano l'esperienza giuridica. E pertanto, nel momento in cui l'uomo pone, interpreta ed attua la norma, egli è giudicato in relazione al Diritto (i.e. alla Giustizia), racchiuso nella norma o trascendente la norma.

Vi è dunque un'essenziale circolarità fra l'uomo e la norma, fra

²⁶ G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma*, in *Ius Ecclesiae*, 5, 1993, p. 190-191.



questa e la sua interpretazione. La rottura di tale circolarità, con l'assolutizzazione o dell'interpretazione o della legge, porterebbe a risultati non desiderabili, come quello conseguente alla teorica negazione di una delle due dimensioni necessarie alla condizione umana: la dimensione oggettiva e la dimensione soggettiva; e il diritto trapasserebbe di continuo dalla sua assolutizzazione, nella quale l'uomo resta negato come valore autonomo, alla sua relativizzazione, nella quale il diritto perde ogni riferimento fontale con il mondo dei valori, siano questi riposti in un principio assoluto, che altro non può essere che Dio, o in un principio immanente al mondo, la società, il popolo, assurti fittiziamente a posizione divina.

L'incertezza sul rapporto fra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva della condizione umana sta al fondo della crisi dell'esperienza giuridica moderna, e, al tempo stesso, ne è la più chiara denuncia. Quando non si cada nell'anarchismo, il rischio sta in una mutazione della stessa idea di diritto, poiché, come è stato detto in senso critico da un attento pensatore,

“qualunque scopo che un gruppo dominante impone alla vita diventa diritto. Il diritto è proprio la politica della forza (...); il diritto non è più nulla per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto, nessuna verità. Il diritto è la forza”²⁷,

è mero strumento per raggiungere le più diverse mete, e lo Stato e il potere che adoperano il diritto si presentano come puro apparato coattivo. E si potrà alla fine parlare di “positivismo del potere”, cioè di quella posizione etico politica per la quale “ciò che esiste, per il semplice fatto che esiste, vale”²⁸.

Una non corretta visione del diritto e dell'interpretazione conduce così a concepire i rapporti degli uomini come ormai non più governati dalla ragione.

8 - La codificazione e i suoi riflessi sull'interpretazione nel diritto canonico

Il processo di codificazione del diritto canonico, che si è avuto nel corso del XX secolo (sfociato nella promulgazione del codice del 1917 e in

²⁷ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, ora in *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 171-172.

²⁸ G. STELLI, *La ricerca del fondamento. Il programma filosofico dell'idealismo tedesco nello scritto di Fichte «Sul concetto della dottrina della scienza»*, Guerini, Milano, 1995, p. 73.



quella successiva del 1983), ha indotto di fatto, oltre ad una visione centralizzata e tendenzialmente statica dell'ordinamento giuridico della Chiesa, un ridimensionamento della funzione creativa della interpretazione e, con esso, una complessiva mortificazione dell'opera della scienza giuridica (ridotta ad una prevalente attività esegetica del testo normativo)²⁹.

Nel porre l'atto legislativo al centro della vita giuridica della Chiesa non vi è certo stata alcuna prevaricazione di un potere rispetto a un altro, essendo nella Chiesa attività legislativa, attività giurisprudenziale e attività di governo manifestazioni di funzioni appartenenti, in radice, allo stesso organo (e grazie a ciò essa è sfuggita ai problemi in cui sono rimasti involti molti degli Stati contemporanei); ma si è determinata una risposta diversamente modulata, sotto il profilo del metodo, alle esigenze giuridiche che si manifestano all'interno della società ecclesiale: non più per la via della ricerca e dell'individuazione del giusto nel caso concreto, dei cui risultati ci si può o ci si deve poi avvalere nelle fattispecie simili o analoghe, ricerca nella quale resta massimamente esaltata l'opera dell'interprete e della giurisprudenza; ma per determinazione autoritativa e con provvedimento astratto di ciò che è giusto.

Il diritto, chiuso nei suoi atti normativi, mira però inevitabilmente all'autoconservazione, con la conseguenza che non solo le strutture giuridiche esistenti sono irrigidite, ma la stessa vita della società rimane sclerotizzata. I fenomeni evolutivi che possono manifestarsi all'interno della stessa troveranno in realtà ostacoli

²⁹ L'inclinazione verso una concezione statica dell'ordinamento giuridico si è delineata decisamente in epoca moderna, ed ha raggiunto il suo apice con le anzidette codificazioni del XX secolo, allorché il diritto canonico ha acquisito, più che nel passato, un prevalente aspetto pubblicistico, presentandosi in prevalenza come il diritto delle strutture della Chiesa, a supporto e a rincalzo normativo di visioni ecclesiologiche.

Non mancava, beninteso, nel diritto delle decretali una dovuta larga attenzione per le strutture della Chiesa e per la disciplina ecclesiastica ad essa afferente, ma esso mostrava una non minore attenzione per problemi giuridici attinenti l'uomo e il fedele nei loro rapporti intersoggettivi, nel loro operare umano, nella tutela giuridica di fatto apprestata dalla Chiesa. Il diritto aveva il suo punto di riferimento principale nell'etica e nella morale; dalla scienza morale proveniva nella Chiesa la stessa scienza giuridica; ed alla giustizia sostanziale l'interprete guardava nel proporre le proprie soluzioni con una libertà di spirito che noi oggi non arriviamo a concepire. E proprio per tale ragione, in quanto riuscì ad immettere, nella soluzione di concreti problemi giuridici riguardanti la prassi, la visione antropologica della dottrina cristiana, così attenta agli stati giuridici soggettivi, alle disposizioni interiori, alla responsabilità che va oltre ogni formalismo, il diritto canonico rappresentò un potente fattore propulsivo per lo sviluppo del diritto *tout court*.



notevoli per affermarsi e per trovare spazi di legittimità fuori dalle categorie giuridiche codificate, quando pure essi possedessero una loro intrinseca connotazione giuridica. L'opera dell'interprete non può che avere un rilievo del tutto marginale per riconoscere e legittimare giuridicamente quanto pulsa nella vita della Chiesa, mentre nei suoi confronti il legislatore non ha mancato di manifestare, se non un senso di insofferenza, quanto meno di sfiducia e la volontà di ridimensionarne la funzione³⁰.

Ma pure in questi orizzonti non propriamente favorevoli all'interpretazione per la formazione dell'esperienza giuridica canonica, essa ha conservato e continua a svolgere nell'ordinamento canonico un'alta e non surrogabile funzione.

La stessa autorità ecclesiastica, nel legiferare, ha sempre tenuto a mostrare che la sua non è pura e arbitraria proposizione volitiva di norme, costituzione innovativa di patrimoni giuridici, ma, in primo luogo, opera di riconoscimento di una più elevata ed oggettiva dimensione giuridica operante nella storia.

Certamente così è nella Chiesa per il diritto divino, e potrebbe esserlo in ogni orizzonte giuridico che ammetta l'esistenza di valori giuridici scaturenti dalla natura dell'uomo. In tali orizzonti, il legislatore si presenta infatti come il primo interprete del diritto, in quanto l'attività conoscitiva del diritto (divino o naturale) precede la sua proposizione normativa umana. Ed invero, il diritto divino, i valori naturali, esistono in senso trascendentale e metafisico; la dimensione metastorica li caratterizza; ma per l'esperienza giuridica propria dell'uomo, quel diritto, quei valori, si danno in quanto conosciuti e storicamente recepiti³¹; recezione che, alla fine, altro non è se non il frutto di un lungo processo d'interpretazione, nel quale il legislatore umano assume e svolge una parte preminente e conclusiva, benché non

³⁰ L'anzidetto ridimensionamento dell'attività di interpretazione raggiunse nella Chiesa il culmine con l'istituzione di una commissione per l'interpretazione autentica dei canoni del codice, col divieto alle Congregazioni romane di emanare nuovi decreti generali, e con l'indicazione, quando proprio questi si fossero resi necessari, di ricondurli alla normativa del codice (**BENEDETTO XV**, m.p. *Cum iuris canonici*, in A.A.S., IX (1917), p. 483 s.). Ma anche nel diritto vigente la funzione di interpretare le norme emanate dal romano pontefice è affidata ad un organo della curia romana, il Pontificio Consiglio della interpretazione dei testi legislativi (cfr. la cost. ap. *Pastor bonus* di **GIOVANNI PAOLO II**, in A.A.S., LXXX (1978), art. 154).

³¹ **J. HERVADA**, in **J. HERVADA, P. LOMBARDÍA**, *El derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho canónico*. I, Euns, Pamplona, 1970, p. 45 ss.; **S. BERLINGÒ**, *Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 53 ss.; **R. BERTOLINO**, 'Sensus fidei', *carismi e diritto nel popolo di Dio*, in *Ius Ecclesiae*, 7 (1995), p. 192 ss.



esclusiva³². La norma così individuata e formalmente proposta ed attuata dal legislatore, sarà, a sua volta, interpretata dal giudice, dal giurista, dall'uomo comune per applicarla alla quotidianità della sua vita, divenendo alla fine non un'altra norma rispetto a quella del legislatore umano, o, risalendo all'indietro, del legislatore divino, ma proponendosi essa stessa come l'unica norma divina (in quanto ha le sue radici in Dio) – umana (in quanto proposta dall'uomo per l'uomo, nel solo linguaggio da questo comprensibile), che governa l'esperienza giuridica concreta.

Si può quindi dire che nella Chiesa tutto il diritto vive nell'interpretazione; anzi, che il diritto, sia quello di formazione legislativa, sia quello di formazione giurisprudenziale, sia quello individuato dalla scienza giuridica, è frutto della interpretazione.

Proprio tale carattere ha contribuito a conferire all'ordinamento della Chiesa quel suo specifico duplice connotato (che, a prima vista potrebbe sembrare contraddittorio, ma non è): di stabilità, dovuto alla fermezza ed alla preminenza del principio su cui si fonda, e a cui di continuo si richiama; ed al contempo, senza contraddizione, di elasticità nell'applicazione del diritto costituito, ispirata dalla *caritas*, dalla *benignitas*; le quali non sono categorie concettuali speculative, ma principi operativi pratici, specialmente apprezzabili nell'esercizio della funzione giudiziaria e nell'attività interpretativa in genere, per loro natura destinate a dare concreta risposta alla domanda di giustizia proveniente dall'uomo. La norma, l'ordinamento, perdono in tal modo ogni carattere ideologico, per apparire come strumenti di una duplice "adequazione": dell'uomo, bisognoso di giustizia, a Dio (che della giustizia è fondamento); ma anche di Dio, benigno e misericordioso, all'uomo (termine della carità divina).

Non sarà pertanto il rispetto formale della norma a garantire, in quanto tale, nell'ordinamento della Chiesa la correttezza della vita giuridica, ma il suo adeguamento al disegno di Dio, con il quale si identifica nella Chiesa l'idea stessa di giustizia: e questo è compito precipuo dell'attività di interpretazione. E dunque, anche nell'epoca del diritto codificato l'interpretazione potrà e dovrà continuare a svolgere la funzione essenziale di riportare il mondo della giuridicità a Dio, che di quel mondo rappresenta l'indefettibile trascendente finalità. Attraverso l'interpretazione si può e si deve attuare la norma, qualunque norma, in modo tale che in essa traluca e con essa si affermi il Diritto e la Giustizia (che per la Chiesa altro non sono se non lo stesso

³² Cfr. V. DEL GIUDICE, *Canonizatio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Cedam, Padova, 1940, p. 226.



misterioso disegno di Dio, cui la norma è indissolubilmente legata, ma la cui conoscenza, per le limitate capacità della natura umana, non può che essere problematica, soggetta all'errore, aperta al divenire della storia).

Concludendo: l'interpretazione giuridica svolge una funzione essenziale per la vita spirituale ed etica della Chiesa e della stessa umanità. Essa, alla fin fine, è opera sapienziale (cui nessuno, secondo la diversa responsabilità che gli compete, può sottrarsi), perché solo la sapienza sa cogliere i motivi profondi che ispirano la vita dell'uomo e la rendono pienamente umana, idonea a recepire la vita soprannaturale, alla quale i cristiani sono chiamati per la fede in Cristo.