

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2022

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2022

IUS - Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-119-6

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

La *koïnè* ermeneutico-giuridica

Presentazione

Gaetano Carlizzi9

Per una storia dell'ermeneutica giuridica

Gaetano Carlizzi15

La filosofia ermeneutica del diritto in Italia

Baldassare Pastore83

Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi

Tommaso Gazzolo129

Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'Illuminismo all'ermeneutica giuridica

Gianluca Gentile179

Note

Fare i conti con Radbruch. Sulla recente traduzione della Filosofia del diritto

Giovanni Blando225

Archivio

Ermeneutica giuridica

Winfried Hassemer241

**LA *KOINÈ* ERMENEUTICO-
GIURIDICA**

PRESENTAZIONE

Gaetano Carlizzi

Il seguente *Forum* intende offrire un affresco delle *posizioni dichiaratamente ermeneutiche* emerse nella cultura giuridica italiana degli *ultimi decenni*, le quali rivelano un'eterogeneità spiccata e ambivalente. Da un lato, grazie alla varietà dei modi di considerare il tema della comprensione nel diritto, offrono un'immagine di grande *vivacità* spirituale; dall'altro lato, a causa della mancanza di una loro sintesi finale, suscitano l'impressione di una certa *inconcludenza* complessiva.

Probabilmente la verità, analogamente alla virtù, si trova *nel medio*. Come vi sono prese di posizione compiute nel nome dell'ermeneutica che non hanno contribuito granché all'approfondimento della comprensione giuridica, così le grandi concezioni di quest'ultima, in quanto prospettive, anziché panoramiche, non possono far altro che lumeggiarne uno specchio più o meno ampio. Se si è alla ricerca di un comune denominatore delle suddette posizioni, non è tanto nella dimensione *teorica* che bisogna cercarlo, quanto in quella *storica*.

È appunto questa l'ispirazione del *Forum*, non a caso promosso da una benemerita rivista di storia del pensiero giuridico. Esso intende enucleare le matrici e le dinamiche genealogiche di quella che propongo di chiamare “koinè ermeneutica italiana”, al fine di mostrare fin dove i cultori dei suoi dialetti si incontrano tra loro, e da dove procedono per conto proprio. In effetti, per quanto rassicurante, l'idea di un *irenismo ermeneutico* in Italia, sempre che sia stata davvero condivisa, merita di essere *abbandonata* per la sua carica di equivocità, che rischia di penalizzare tutti gli approcci in esame. Ognuno di questi, infatti, valorizza motivi che sono, sì, conciliabili in linea di principio con quelli degli altri, ma poi finiscono per svilupparsi in maniera largamente originale. Così,

tra chi *accentua* l'attenzione verace del pensiero giuridico tedesco per le questioni e le risposte della prassi giudiziaria, chi *enfatica* il legame della filosofia gadameriana con la totalità dell'esistenza umana, chi *insiste* sul ruolo della pratica sociale nella costituzione del diritto, chi *esalta* la potenza creatrice dell'interpretazione giuridica, chi, all'opposto, *mira soltanto* a imbrigliarla, chi compie il *tentativo*, idoneo fino a un certo punto, di combinare sincretisticamente questi e altri motivi – tra questi pensatori vi è un'affinità che poggia soprattutto sulla convinzione della centralità della comprensione nella sfera giuridica, ossia su qualcosa di significativo, ma non sufficientemente specifico per costituire un vero e proprio movimento. Prova ne è che nessun testo di storia della filosofia del diritto in Italia ne parla in questi termini.

Per orientarsi nel descritto *mare magnum*, bisogna dunque ripercorrere la storia, in particolare seguire gli itinerari principali che hanno condotto alla nostra *koinè* ermeneutica, nonché i profili salienti sotto i quali essa si distingue da altre specie di riflessione sulla comprensione giuridica. Nel prosiegua cercherò di ricapitolare i risultati più importanti del *Forum*, ma senza alcuna pretesa di esaustività, data l'ampiezza dei relativi contributi, che meritano di parlare da soli.

Il *contributo di apertura*, fornito dal sottoscritto, ha questa collocazione soltanto perché radicalizza l'illustrata istanza genealogica. Nella consapevolezza della profonda ambiguità del termine "ermeneutica", esso vorrebbe individuare le sue principali accezioni, ricostruendo i modi in cui gli esseri umani hanno affrontato il problema dell'incomprensione dei testi scritti. La ricostruzione è limitata alla sfera del diritto per ragioni ben precise, che sconsigliano di tracciare, come invece è avvenuto spesso, la storia dell'ermeneutica giuridica nell'ambito più comprensivo della storia dell'ermeneutica generale. Il risultato è la messa a fuoco di *quattro forme fondamentali*, nelle quali l'ermeneutica si presenta quale mera pratica, disciplina tecnica o teoria dell'interpretazione giuridica oppure quale filosofia del diritto. A tal fine sono passate in rassegna tre età. Innanzitutto, quella dell'*invenzione* del diritto, l'antichità romana, caratterizzata da una mera pratica e nella quale l'*interpretatio*, almeno fino a un certo punto, fu concepita sia come attività cre-

ativa e normativa, sia come attività ricognitiva. In secondo luogo, l'età della *recezione* del diritto romano in Europa, nella quale l'*interpretatio* conservò a lungo, sia pure in forma attenuata, il suddetto carattere creativo e normativo, ma stimolò anche sforzi sempre più raffinati di tipo *metodologico* e, da ultimo, *teorico*. Infine, l'età della *codificazione*, nella quale l'*interpretazione*, oltre a conservare una certa impronta creativa e a perdere di per sé valore normativo, diede luogo alla fondamentale contrapposizione *teorica* tra concezioni soggettive e concezioni oggettive, nonché a una vera e propria *filosofia del diritto*, qui per la prima volta denominata «ermeneutica giuridica nomofattuale» e identificata sulla base di *undici tesi originali*.

Il secondo saggio, di Baldo Pastore, si concentra, invece, sulla «filosofia ermeneutica del diritto in Italia». Secondo quanto precisato all'inizio di questa *Presentazione*, si tratta prevalentemente di quel patrimonio di idee che deriva dal connubio tra l'opera di Giuseppe Zaccharia (influenzata dall'ermeneutica esseriana di impronta gadameriana) e Francesco Viola (legata all'idea di origine angloamericana del diritto come «pratica sociale»), e al quale lo stesso Pastore ha contribuito da protagonista. Ciò trova conferma sin dall'inizio, dove si incontra la seguente *tesi fondamentale* (che, in quanto tale, può valere solo per una parte della suddetta ermeneutica giuridica nomofattuale): una filosofia ermeneutica del diritto non può che essere una *filosofia pratica*. Più precisamente, tale connotazione si manifesta in due modi: come *critica* della *concezione oggettivistica del diritto* tipica del *giuspositivismo* tradizionale e come superamento dell'antitesi tra *giusnaturalismo* e *giuspositivismo*. Così, sotto il primo profilo, il riconoscimento del carattere intrinsecamente valutativo di ogni interpretazione giuridica comporta l'attribuzione al testo legislativo di un valore semplicemente euristico per la ricerca della regola di decisione. Sotto il secondo profilo, se è solo attraverso l'interpretazione che la regola di decisione viene a esistenza, ne deriva che questa *non* può ritenersi *compiutamente* contenuta nella *legge posta*, né tanto meno in *fonti sovrappositive*. D'altro canto, è proprio la centralità del momento interpretativo nella realizzazione del diritto che ha guidato la concezione in esame nella fissazione dei propri «*temi*

ermeneutici» (tradizione, comunità interpretativa, senso intersoggettivo e contestuale in funzione di vincolo dell'interprete ecc.), che Pastore dispone in un campo delimitato dalle due grandi polarità della *libertà* e della *razionalità* decisoria.

Il terzo intervento, di Tommaso Gazzolo, mette a confronto l'*ermeneutica giuridica italiana* con l'altra protagonista del dibattito sull'interpretazione corrente nel nostro Paese, la *filosofia analitica del diritto*. Dopo aver svolto alcuni opportuni chiarimenti sulla diversità tra i due indirizzi e sull'esistenza di approcci ermeneutico-giuridici trascendenti quello di prevalente impronta gadameriana, il saggio organizza il confronto attorno a tre *questioni cruciali*. La prima, fondamentale in quanto condizionante le altre due, è la questione *ontologica*, relativa a che cos'è il diritto. Secondo Gazzolo, la risposta *analitica* ha poggiato sull'applicazione del principio di conversione di questioni siffatte in problemi concettuali, ed è quindi consistita nell'identificare il diritto in ciò che noi intendiamo per "diritto", ossia in un discorso normativo; la risposta *ermeneutica*, invece, è passata per una «ri-ontologizzazione della domanda», ossia per il riconoscimento che il diritto è linguaggio e che il linguaggio segna il confine dell'essere (come lo stesso Gazzolo suppone in chiusura, questa stimolante riflessione, di ascendenza gadameriana, potrebbe non essere considerata prioritaria da ogni approccio ermeneutico-giuridico). La differenza illustrata si è ripercossa, come detto, sulle altre due questioni. Da un lato, sulla questione *epistemologica*, perché, mentre l'*analitica* si è impigliata nella difficoltà di trattare qualcosa di linguistico in modo oggettivo con l'uso dello stesso linguaggio, l'*ermeneutica* l'ha evitata, in quanto sin dall'inizio convinta che il proprio discorso appartiene alla stessa sfera di quello normativo che è chiamata a comprendere. Dall'altro lato, sulla questione *teorico-interpretativa*, perché, mentre l'*analitica*, valorizzando l'esistenza di una pluralità di livelli di discorso, ha distinto la disposizione dalla norma e l'individuazione di questa dalla sua applicazione al caso concreto, l'*ermeneutica*, ribadendo l'impossibilità di uscire dalla sfera dell'essere-linguaggio, ha ricondotto tutte queste figure a un'unica attività di interpretazione-applicazione.

Il contributo di Gianluca Gentile, infine, ricostruisce in dettaglio l'*impatto* delle tesi dell'ermeneutica giuridica tedesca sulla nostra *scienza penale*. Il fenomeno merita un'attenzione autonoma perché tali tesi non solo furono elaborate in larga parte da penalisti (Radbruch, Engisch, Kaufmann, Hassemer, Hruschka), ma soprattutto, nella dogmatica italiana, hanno ricevuto la maggiore attenzione, le più convinte lodi e le più aspre critiche di nuovo dai penalisti. In verità, il saggio di Gentile muove da più lontano, nello spirito di quella storicizzazione radicale del pensiero ermeneutico-giuridico che, come detto in apertura, costituisce la via regia di accesso alla sua penetrazione. Esso copre il lasso di tempo che va *dalla fondazione illuministica* del diritto penale liberale *ai giorni nostri*, e lo suddivide – in sostanza – in *tre fasi*, accomunate dal preminente interesse per i classici e correlati problemi del *rapporto tra lettera e spirito* della legge e del *confine* tra *interpretazione e analogia* penale. Più precisamente, tali problemi: nella *prima* fase, che giunse più o meno fino alla metà del secolo scorso, furono risolti in *molteplici* modi, riflettenti le diverse ideologie dei rispettivi autori (liberali, autoritarie, tecniciste ecc.); nella *seconda*, avviata dall'entrata in vigore della Costituzione, ebbero di fatto un'*unica* soluzione, imposta dall'ispirazione garantista di quest'ultima e dal suo rango supremo; nella *terza* fase, inaugurata, appunto, dalle sollecitazioni di fine secolo dell'ermeneutica giuridica tedesca, sono stati affrontati in maniera *originale*, tenendo conto non solo dei loro aspetti giuridici, ma anche di quelli filosofici, e dando luogo a un dibattito tuttora perdurante, a ennesima conferma dell'attualità del tema di questo *Forum*.