

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

ERMENEUTICI E ANALITICI NELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO ITALIANA DI OGGI

Tommaso Gazzolo

Abstract

The essay analyses the current debate, in Italian philosophy of law, between legal hermeneutics and analytic legal philosophy. In particular, it compares their different positions in relation to the concept of law, the theory of interpretation, the role of legal science.

Keywords

Hermeneutics; Analytical Philosophy; Philosophy of Law; Italian Legal Philosophy.

1. Introduzione

Quella tra “analitici” ed “ermeneutici” costituisce ancora oggi una delle contrapposizioni più frequentemente impiegate per definire la “geografia” delle diverse posizioni, dottrine, “scuole” presenti nella filosofia del diritto italiana. Si tratta di una contrapposizione che certo pone di per sé tutta una serie di questioni, che non possiamo qui affrontare, relative a ciò che ha reso possibile ad essa di costituirsi e definirsi, alle operazioni che ha consentito di realizzare, al problema della sua effettiva capacità “descrittiva”.

Più volte, negli ultimi anni, è stato peraltro ricordato come di una vera e propria opposizione non si dovrebbe, ormai, più parlare, vista la sem-

pre più costante “convergenza” tra le due correnti¹. Va però evidenziato come il “dialogo” tra esse implichi, in ultima istanza, la loro distinzione. Ogni dialogo è, infatti, sempre anche una strategia per ricostituire, assicurare, garantire il suo *presupposto* – la pre-esistenza, cioè, di quella separazione che pur dovrebbe poi contribuire a far venir meno. Ciò spiega il motivo per cui, nella letteratura degli ultimi anni, i momenti di “dialogo” e di complicità, di riavvicinamento tra le due “impostazioni”, siano sempre stati al contempo anche tentativi di ri-fissare, ogni volta, l'*identità* di ciascuna di esse.

Intendiamoci: non diciamo ciò per negare l'esistenza di una filosofia analitica e di una filosofia ermeneutica, o della loro “reale” separazione. Lo diciamo, diversamente, per tener sempre presente come una *tradizione* (gius)filosofica – quale quella “analitica” o quella “ermeneutica” – non sia mai qualcosa di già *dato*, da cui semplicemente muovere. Tradizione c'è soltanto nel suo continuo costituirsi. Essa non è, cioè, qualcosa di passato, ma di futuro. O, per dirla nel modo più semplice: è oggi che creiamo la tradizione da cui proveniamo². Il che, se per un verso giustifica e contribuisce a spiegare *iuxta propria principia* i “manifesti” di Guastini e Zaccaria, pubblicati una decina di anni fa³, per l'altro aiuta

¹ Si rinvia, per una prima introduzione, ai contributi raccolti in *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di M. Jori, Giappichelli, Torino 1994. Da ultimo, cfr. A. Schiavello, *Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto*, in «Ars Interpretandi», 2020, 2, pp. 45-66.

² Da qui l'importanza delle *storie* della filosofia analitica del diritto e dell'ermeneutica giuridica. Sarebbe di sicuro interesse analizzare e confrontare le operazioni che sono sottese ai più recenti tentativi di *storicizzare* la propria disciplina da parte delle due tradizioni, per capire le funzioni (non certo puramente storiografiche), che essi intendono assolvere.

³ R. Guastini, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto* e G. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2012, 1, rispettivamente alle pp. 51-66 e 135-151.

a capire la posta in gioco del confronto in cui si sono impegnati e si impegnano ancora oggi analitici ed ermeneutici.

Come ha notato, del tutto correttamente, Barberis, i momenti nei quali una tradizione di ricerca «sente il bisogno di auto-definirsi» sono, spesso, momenti di *transizione*, «nei quali importanti mutamenti impongono di ripensare l'identità della disciplina»⁴. Esistono diversi indizi, del resto, che suggeriscono come, nella cultura giusfilosofica italiana, profondi cambiamenti si stiano verificando tanto nella filosofia analitica (alla quale da più parti è richiesto di rinnovare il suo impegno teorico)⁵ che nell'ermeneutica (si pensi allo “spostamento” rispetto alla tradizione gadameriana che Omaggio e Carlizzi stanno portando avanti con la loro “ermeneutica giuridica contemporanea”). Possiamo però procedere oltre il problema che le due correnti hanno o avranno di auto-definirsi. Non appartenendo ad esse, lavoriamo, qui, sui risultati di tali momenti di dibattito, per come allo stato possono essere ricostruiti a partire dalle posizioni dei principali esponenti dei due “indirizzi” in Italia.

Ciò premesso, quel che dovrebbe risultare chiaro è che chiedersi se *esista* una filosofia analitica del diritto o una filosofia ermeneutica, se siano vive o morte, sia una domanda che rischia di avere poco senso. Ha invece, crediamo, molta importanza, riflettere su *come* questa contrapposizione – una volta assunta – funzioni concretamente, oggi, per una serie di operazioni pratiche, ossia di politica accademica, e teoriche⁶. È

⁴ M. Barberis, *Vincoli e strumenti. Sulla filosofia analitica del diritto*, in «Analisi e diritto», 1995, p. 7.

⁵ Cfr. M. Barberis, *Tradizioni, teorie, valori. Sulla storia della filosofia analitica del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», IV (2004), 2, p. 305.

⁶ Per questo – e cioè: tenuto presente tanto delle filiazioni accademiche e delle “scuole” presenti in Italia che del modo in cui tali scuole si sono nel tempo auto-definite – all'interno della tradizione analitica, nella presente trattazione, non comprenderemo né la filosofia *deontica* di Amedeo Conte e di quanti ne hanno proseguito e innovato il lavoro, né gli autori che si riconoscono nel *neocostituzionalismo*. All'interno dell'ermeneutica, analogamente, non comprenderemo la «prospettiva processuale del diritto» (Capograssi, Opocher, Cavalla), né l'«ontofenomenologia» (per semplificare:

su queste ultime che, qui, intendiamo soffermarci, pur nella consapevolezza che parlare di una filosofia analitica e di una ermeneutica implica, ovviamente, procedere a delle inevitabili generalizzazioni, ed impone di tentare una “sintesi” rispetto alle discussioni che al loro interno continuano a essere presenti sui tratti identificativi delle rispettive discipline⁷.

2. Il problema dell’ontologia

La domanda “che cos’è il diritto?” segna irriducibilmente ogni discorso giusfilosofico: impossibile parlare del diritto, del resto, senza muovere dalla risposta – esplicita o meno – su *che cosa* il diritto sia. Che si tratti di una domanda *ontologica*, ciò dovrebbe essere riconosciuto indipendentemente dalla risposta che ad essa possa essere data. Nel chiederci che

la linea inaugurata da Cotta nei suoi diversi sviluppi e direzioni, inclusa quella di Bruno Romano e della scuola dell’Istituto di filosofia del diritto della “Sapienza”), né, infine, le prospettive più vicine a Ricoeur nonché quelle che hanno declinato temi ermeneutici all’interno di una “estetica giuridica” (ad esempio: Cananzi, Heritier). Ciò non significa, ovviamente, negare che queste siano prospettive analitiche o ermeneutiche. È un punto importante: con “filosofia analitica” ed “ermeneutica giuridica” ci stiamo qui riferendo non a ciò che definirebbe una filosofia del diritto come analitica o come ermeneutica, ma a quelle filosofie del diritto che, oggi, nel dibattito italiano, vengono comunemente identificate come tali o, comunque, come le principali esponenti di tali indirizzi.

⁷ Cfr., sul punto, per la filosofia analitica: R. Guastini, *Sulla filosofia giuridica di indirizzo analitico in Italia*, in «Politica del diritto», VII (1977), pp. 719-726; V. Villa, *Sulla nozione di “filosofia analitica”*, e A. Pintore, *Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico*, entrambi in *Ermeneutica e filosofia analitica*, a cura di M. Jori, cit., rispettivamente alle pp. 163-181 e 243-264; M. Barberis, *Di cosa parliamo, quando parliamo di filosofia analitica?*, in *Scritti per Uberto ScarPELLI*, a cura di L. Gianformaggio, M. Jori, Giuffrè, Milano 1997, pp. 51-83. Per l’ermeneutica: G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell’ermeneutica giuridica contemporanea*, La Scuola di Pitagora, Napoli 2012; G. Zaccaria, B. Pastore, *L’ermeneutica giuridica in Italia*, in *La filosofia del diritto dei giuristi*, a cura di B. Pieri, A. Rotolo, vol. II, Gedit Edizioni, Firenze 2003, pp. 83-91.

cos'è il diritto, noi ci chiediamo che cosa sia il diritto *in quanto tale*, che cosa rende il diritto ciò che esso è.

È significativo, tuttavia, che la filosofia analitica italiana abbia spesso opposto una certa *resistenza* a riconoscere questo aspetto – a riconoscere, diremmo, come la domanda sulla *definizione* del diritto sia necessariamente una domanda sulla “natura” o sull’“essenza” del diritto stesso. Quella di interrogarsi sulla «natura» del diritto sarebbe, infatti, niente più che una «fastidiosa abitudine»⁸. Dobbiamo però distinguere. Certamente è legittimo *disinteressarsi* rispetto all’«annosa questione di che cosa il diritto sia», preferendo invece interrogare «la questione (alquanto più stimolante) di come il diritto sia»⁹. Altro, però, è il tentativo – che di solito è implicito nella scelta di parlare, anziché della *natura* del diritto, del *concetto* di diritto – di sostenere l’irrelevanza della domanda stessa o, meglio, di escluderne il carattere *ontologico*. In realtà, va detto che, in ultima istanza, tale tentativo non viene portato fino in fondo. Diversi autori di indirizzo analitico ammettono, infatti, che la loro posizione poggia su un presupposto «ontologico-giuridico» – che il diritto è nulla più che un linguaggio o «un discorso»: in particolare, l’insieme di enunciati formulati dalle autorità normative¹⁰. Ammettono, cioè, che affermare che il diritto è qualcosa, è già rispondere ad una domanda sull’essere del diritto, su ciò fa del diritto ciò che esso è.

Resta però la riluttanza – evidente – a porre esplicitamente la questione, e perciò, con essa, a svilupparne le implicazioni (cosa fa sì che il diritto sia ciò che esso è?, dove risiede il fondamento di tale possibilità?, ecc.). Riluttanza che non deriva dal fatto che alla base della filosofia analitica non vi sia una *tesi ontologica fondamentale* sul diritto – come

⁸ R. Guastini, *Diritto*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Savelli, Roma 1980 pp. 86-89.

⁹ R. Guastini, *Normativismo magico*, in «Analisi e diritto», 2008, p. 252.

¹⁰ R. Guastini, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, cit., p. 52; Id., *La sintassi del diritto. Seconda edizione*, Giappichelli, Torino 2014, p. 25.

si è accennato –, ma, crediamo, da una serie di fattori, alcuni di natura storica, altri di natura teorica, su cui occorre brevemente soffermarsi.

La diffidenza rispetto all'idea che la filosofia del diritto assolverebbe necessariamente ad un compito *ontologico*, in quanto «dottrina di ciò che il diritto è»¹¹, è giustificata, anzitutto, da ragioni storiche – interne al costituirsi della filosofia analitica in Italia, nel suo affermarsi *contro* l'esperienza e la tradizione idealistica precedente. “Ontologico”, in tale contesto, ha finito infatti spesso per assumere il significato di “metafisico”, di pretesa assolutizzante, di qualcosa che rimanderebbe a posizioni “essenzialiste” – ed è contro questo «ontologismo», come scriveva Scarpelli, che la filosofia analitica opponeva il proprio rigore metodologico e la propria «terapia linguistica»¹².

Ciò ci consente di individuare il secondo fattore alla base della riluttanza che abbiamo ricordato, e che è costituito dalla ricezione, in Italia, del modo in cui la *analytical jurisprudence* ha ridefinito e discusso il problema, identificandolo con la *Identity Question*. Secondo essa, interrogarsi sull'“essere” di X, su ciò che fa sì che X sia X e non altro, significherebbe individuare quali proprietà, quali caratteristiche rendano X ciò che è, e non Y o Z¹³. La domanda “che cos'è il diritto?” sarebbe, pertanto, una domanda che chiede di individuare quelle proprietà “essenziali” che rendono il diritto tale. Come ha osservato Raz, la domanda si riferirebbe al problema di determinare la “natura del diritto” (*nature of law*), con la conseguente necessità di individuare quelle «caratteristiche del diritto che ne rappresentano l'essenza, le quali fanno del diritto ciò che esso è. Si tratta, cioè, di quelle proprietà senza le quali il diritto non sarebbe il diritto»¹⁴. Altra questione sarebbe invece quella relati-

¹¹ N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia*, in «Jus», 1957, p. 183.

¹² U. Scarpelli, *Introduzione a Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano 1976, p. 29.

¹³ Cfr. S.J. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge 2011, p. 8.

¹⁴ J. Raz, *Can There be a Theory of Law?*, ora in Id., *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press,

va al “concetto del diritto” (*concept of law*), il quale sarebbe sempre il “nostro” concetto di diritto, e dunque locale, sempre convenzionale e relativo, coincidente con il modo – particolare – di intendere il diritto da parte di una determinata società. Si può certo, e con ottime ragioni, rispondere negativamente alla domanda se sia possibile rinvenire una o più proprietà che definiscono il diritto¹⁵. Ma, per poterlo fare, si assume – apoditticamente – che la “natura” o l’essenza di qualcosa consisterebbe nelle “proprietà” che la rendono quella cosa, e non altra. Ora, anche nella tradizione analitica italiana, la domanda ontologica viene spesso intesa come domanda sulle “proprietà essenziali” del diritto, sulla *natura* del diritto¹⁶. E per questo, diremo, diviene facile rifiutarla, eluderla, ritenerla poco importante se non priva di senso.

Torneremo su questo punto, tra non molto. Non prima, però, di aver accennato al terzo elemento che occorre tenere in considerazione. Esso riguarda la risalente fortuna – specie in Italia – della tesi secondo la quale la domanda su che cosa sia il diritto coinciderebbe, in ultima istanza, nient’altro che con la domanda sul significato del termine “diritto”¹⁷: «un esame della ‘natura’ di un concetto come ‘diritto’ – scriveva già Williams – è semplicemente la ricerca della definizione di una parola». Tutte le discussioni che conosciamo e abbiamo conosciuto intorno all’“essenza” del diritto sarebbero allora – da questo punto di vista – semplici dispute *verbali*, impropriamente scambiate per controversie scientifiche

Oxford 2009, p. 24.

¹⁵ Cfr. ad esempio F. Schauer, *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, pp. 4, 38 e ss.

¹⁶ Su tale linea, Dolcetti e Ratti scrivono che «l’uso dell’espressione ‘natura del diritto’ andrebbe vietato», se con essa si intende la «pretesa ontologica che il diritto possieda un’essenza», intesa come una (o un insieme) di proprietà necessariamente comuni ad ogni ordinamento giuridico (cfr. A. Dolcetti, G.B. Ratti, *Legal Disagreements and the Dual Nature of Law*, in *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, a cura di W. Waluchow, S. Sciaraffa, Oxford University Press, Oxford 2013, p. 301).

¹⁷ G. Williams, *La controversia sulla parola «diritto»*, tr. it. in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano 1976, pp. 43-72.

che, *fattuali*. Enunciati del tipo «il diritto è...» non affermerebbero mai dei “fatti”, ma potrebbero sempre essere tradotti come enunciati che non si propongono altro che definire una parola (del tipo: «la parola ‘diritto’ significa...»).

La controversia intorno all’“essenza” o alla “natura” del diritto, dunque, sarebbe «originata da un equivoco verbale», ed in particolare dalla credenza – fallace – che le parole possiedano un significato proprio, intrinseco¹⁸. Per questo occorrerebbe rifiutare ogni «definizione reale»¹⁹ del diritto, laddove l’unica definizione possibile non consisterebbe in altro che nella formulazione delle *condizioni di applicazione* del *termine*, a mezzo di altri termini. Da qui la tesi: non c’è definizione del diritto se non come individuazione delle condizioni alle quali riteniamo di dover o poter impiegare il termine “diritto”²⁰.

Dobbiamo però chiederci, a questo punto, che cosa in questa tesi realmente si affermi. Essa potrebbe voler sostenere, almeno ad una prima lettura, che le dispute che di solito avvengono intorno al diritto siano meramente *verbali*, in quanto esse riguarderebbero sempre *problemi* relativi al significato del termine “diritto”, e mai invece i problemi relativi a ciò cui il termine si riferisce, ossia al diritto come ciò che è denotato dalla parola “diritto”. Si tratterebbe, allora, di una tesi che verte su ciò che *di fatto* i giuristi intendono e su ciò che fanno quando discutono sulla domanda “che cos’è il diritto?”. Che ciò sia vero o meno, non è cosa che ci interessa, qui – del resto, per sapere se tutte le dispute intorno all’essenza del diritto siano state o siano dispute sulla parola diritto,

¹⁸ Così anche R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino 1982, p. 7 e p. 9: «enunciati del tipo ‘il diritto è...’, ‘l’essenza del diritto è...’, non affermano fatti, ma definiscono parole. Tali enunciati esprimono, cioè, proposizioni analitiche, non proposizioni empiriche».

¹⁹ U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Torino 1959, pp. 36-41.

²⁰ Cfr. la critica di M. Barberis, *La cosa-diritto. Tarello e la definizione di “diritto”*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1997, 2, p. 272.

e non su ciò cui essa si riferisce, occorre una verifica empirica, che non siamo in grado qui di svolgere.

Va però osservato come questa tesi si presti anche ad un'altra interpretazione – che è quella, a nostro avviso, implicitamente veicolata da essa. La tesi sembrerebbe affermare: dal momento, che il diritto non è altro che il modo in cui usiamo il termine “diritto”, esso non è allora nient'altro che ciò che significa (o che dovrebbe significare, secondo una qualche istanza prescrittiva) la parola “diritto”. Non è difficile vedere in tale posizione esattamente una tesi *ontologica*. L'idea, infatti, che chiedersi che cosa sia il diritto voglia dire, in realtà, interrogarsi sul modo in cui è utilizzato o deve essere utilizzato il vocabolo “diritto”, implica l'assunto secondo cui il diritto non è che il suo *uso* linguistico. Implica, cioè, rispondere alla domanda *su che cosa il diritto sia*, e non alla diversa domanda su che cosa *il termine “diritto” significhi*.

Non è vero allora che l'affermazione «il diritto è il modo in cui usiamo il termine ‘diritto’» potrebbe essere tradotta in una equivalente del tipo «il termine ‘diritto’ significa...». Si tratta, infatti, di due enunciati eterogenei, che rispondono a questioni eterogenee: la prima afferma qualcosa su *ciò che il diritto è*, la seconda su ciò che la parola “diritto” *significa*. Il fatto di affermare che l'“essere” del diritto è ciò che “diritto” significa, è dunque una risposta ad una domanda *ontologica*, non ad una questione semantica²¹.

È difficile negare, pertanto, che il problema ontologico non sia presente all'interno della tradizione giusfilosofica analitica. Eppure lo stesso *spostamento* dalla domanda sul significato di “diritto” alla domanda ontologica, può benissimo funzionare – in ultima istanza – per *ri-convertire* il problema ontologico in problema linguistico. Cerchiamo di spiegare il punto, e di individuare così il *dispositivo* che è alla base della

²¹ La differenza tra i due modi di leggere la tesi sembra essere ben chiara, d'altra parte, anche agli analitici italiani. Cfr. P. Comanducci, *Conoscere il diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, 2, p. 423.

riluttanza, da parte della filosofia analitica italiana, di parlare apertamente delle proprie tesi su che cosa sia il diritto come di tesi *ontologiche*.

Dal momento che il diritto è il suo significato – e lo è proprio in quanto qui diritto viene inteso come l’oggetto dell’interrogazione, come ciò rispetto a cui ci si chiede che cosa esso sia²² –, la questione di che cosa sia il diritto non potrebbe che essere discussa e risolta come un problema concettuale, relativo cioè al significato del termine “diritto”. Da qui il *principio di conversione* che, secondo Chiassoni, «rappresenta uno dei principali strumenti dell’analisi filosofica (del “metodo analitico” in filosofia, e in filosofia del diritto)» e che funziona *prescrivendo* «di convertire i problemi ontologici (Cos’è diritto?) in problemi concettuali (Cos’è ‘diritto?’)»²³.

²² Su questo punto, in realtà, occorre introdurre una distinzione. È possibile che sia compatibile con l’indirizzo analitico una concezione *oggettualistica*, ossia tale per cui il diritto sarebbe anzitutto un «insieme di oggetti». Altra questione, invece, è quella che si delinea a seconda delle risposte che vengono date rispetto alla domanda su che tipo di “oggetti”, di entità, si tratti. Cfr. però M. Barberis, *Regole e linguaggio: primi elementi per una critica del prescrittivismismo*, in «Analisi e diritto», 1990, pp. 9-28, il quale argomenta come dal punto di vista analitico *non ci sia affatto bisogno della qualificazione ontologica* del diritto *come* linguaggio per poter applicare al diritto le tecniche della *philosophical analysis* – e ciò al fine di non incorrere in una «fallacia di oggettualismo, o entificazione». Come avevamo avvertito, non esiste, all’interno della tradizione analitica, una uniformità di posizioni in relazione all’identificazione tra diritto e linguaggio – con la conseguenza che si danno certamente differenze rilevanti tra chi identifica il diritto come insieme di *proposizioni* prescrittive e chi, invece, come insieme di *enunciati*. Va però detto che anche identificare il significato con l’uso non vale comunque a evitare di dover passare comunque per una tesi *ontologica* sul diritto, dal momento che si risponde comunque alla domanda “che cos’è il diritto” intesa come domanda che interroga non il significato della parola “diritto”, ma ciò che il diritto è.

²³ P. Chiassoni, *Diritto, argomentazione, decisione giusta: in margine alla civiltà analitica di Aurelio Gentili*, in «Diritto & Questioni pubbliche», XIV (2014), 1, p. 212; Id., *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Springer, Dordrecht 2019, p. 9.

Questo è, a mio avviso, il dispositivo essenziale dell'ontologia del diritto analitica, in cui la tesi ontologica ("il diritto è un discorso") funziona come fattore di *conversione* dello stesso problema ontologico in problema concettuale. In altri termini:

- si parte dalla domanda, ontologica, che chiede "che cos'è il diritto";
- si risponde che, dal momento che non c'è alcuna *essenza* del diritto (intesa come proprietà – o insieme di proprietà – *reali* ed essenziali, che siano cioè condizioni necessarie e sufficienti) né "natura" del diritto, il diritto non è altro che il *concetto* di diritto²⁴;
- tale risposta *converte* la domanda stessa (retroagendo su di essa), la quale viene intesa come domanda già da sempre di natura non ontologica, ma concettuale.

È per questo che, nell'analitica del diritto italiana, possono funzionare insieme tanto la riluttanza a identificare la propria posizione con una "concezione ontologica" del diritto quanto l'ammissione – che abbiamo ricordato – di muovere da un presupposto ontologico.

Questo dispositivo ha consentito e consente alla posizione analitica, pertanto, di sostenere e difendere tesi di tipo ontologico come tesi *concettuali*, ossia relative al concetto di "diritto", e non al diritto stesso (e di farlo presentandole *direttamente* come tesi concettuali).

Ma ha anche permesso ad essa di contrapporsi alla versione ermeneutica della tesi "il diritto è linguaggio" – versione che, per l'analitica, non potrà che apparire, in ultima istanza, "essenzialista", dal momento che nel linguaggio individuerrebbe non ciò per cui è possibile pensare il

²⁴ Qui, ovviamente, il dibattito interno alla filosofia analitica del diritto verte sul concetto di "concetto", ossia di cosa per concetto si intenda. Cfr. V. Villa, *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni teoriche del giuspositivismo*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino 1991, pp. 155-189.

diritto come un concetto (il diritto come il “diritto”), bensì ciò rispetto cui giungere alla “sostanza” del diritto, alla “cosa stessa” che esso è.

La tradizione ermeneutica non ha, del resto, dimostrato la stessa iniziale riluttanza ad affrontare e riconoscere il carattere *ontologico* della domanda su che cosa sia il diritto. Affermare, da questo punto di vista, che il diritto è linguaggio, significa affermare che l'*essere del diritto* consiste nel linguaggio. Ossia: che il diritto è ciò che è in quanto il suo è un essere linguistico, in quanto cioè è *discorso*.

Dire che il diritto è linguaggio significa «identificarlo con una prassi sociale e con una forma di vita legata a contesti storici di esercizio ed a comunità interpretanti»²⁵. Per questo quella analitica non può non apparire, all'ermeneutica, che una concezione puramente *strumentale* del linguaggio, come se esso non fosse che il *medium*, che il mezzo di cui ci serviamo, di volta in volta, per dare informazioni, ordinare qualcosa, imporre divieti, e così via. Qualsiasi posizione ermeneutica, per contro, non può che muovere dalla considerazione che il linguaggio non è uno strumento, non è qualcosa di cui potremmo disporre liberamente: il linguaggio – per dirla nei termini più semplici – è ciò *in cui* già da sempre viviamo, ciò di cui è costituito già da sempre il mondo in cui siamo.

Mi limito però a ciò che questa critica della concezione “strumentale” del linguaggio implica per la definizione del diritto, e soprattutto a come essa viene in gioco nel confronto con l'analitica. Direi, essenzialmente, che una prospettiva ermeneutica, in diritto, si definisce anzitutto per l'impossibilità di *trascendere* il linguaggio. Il che vuol dire, nel nostro caso: impossibilità di compiere quell'operazione meta-linguistica che, vedremo, è alla base della filosofia del diritto analitica (e della sua legittimazione). Questo è il punto: è impossibile, infatti, parlare *del* diritto, “su” di esso, come se fosse un linguaggio-oggetto in quanto tale separato, *de jure*, dal linguaggio della scienza giuridica, dell'interprete.

²⁵ F. Viola, *Diritto ed ermeneutica: itinerari recenti*, in «Hermeneutica», 2004, p. 188.

In fondo, per la semplice ragione che, proprio perché il diritto è linguaggio, esso non esiste “in sé”, prima di essere *detto*, prima del discorso che lo dice e attraverso cui esso si dice. Il che vuol dire: il diritto non può essere l’“oggetto” di un enunciato linguistico che pretenda di *descriverlo* – come se esso esistesse *prima e indipendentemente* da tale enunciato, dal linguaggio che lo esprime.

Ogni descrizione, poiché avviene *entro* lo stesso linguaggio che ha ad oggetto, implica l’impossibilità di “trascendere”, di porsi *al di fuori* di ciò su cui verte: è, certamente, un discorso *su* un altro discorso, ma questo “su” non è meta-linguistico, ma intra-linguistico: è traduzione, è “dialogo”, diremmo. Il che implica che il problema – per l’ermeneutica – non sia quello di assicurare la costruzione di una *gerarchia* dei linguaggi, quanto di definire e muoversi all’interno di un *orizzonte comune* tra testo e interpretazione, l’“oggetto” e la sua descrizione.

Con una precisazione, però, fondamentale. Perché ad essere, qui, in questione, è la stessa natura dell’“oggetto”. Se il diritto è la sua interpretazione, ciò non significa affatto perdere la sua oggettività, e la possibilità di una conoscenza *oggettiva* di esso (ciò tradisce, ha ben detto Viola, una «visione ‘oggettuale’ dell’oggettività», la quale assume che l’interprete abbia «di fronte a sé la cosa da interpretare», e per la quale «il mondo dell’interprete e il mondo della cosa da interpretare sono mondi estranei»²⁶).

Il punto è un altro: è che il diritto *consiste* nella sua interpretazione, nel senso che è solo attraverso la sua interpretazione (e, aggiungiamo, la sua applicazione) che esso *si dice*, si dà come diritto. Esso non è, cioè, un oggetto già dato. Si tratta di un presupposto comune sia a quanti insistono maggiormente sui problemi di teoria dell’interpretazione sia a coloro che hanno invece sviluppato una linea di ricerca più attenta ai

²⁶ F. Viola, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in *La controversia ermeneutica*, a cura di G. Nicolaci, Jaca Book, Milano 1989, p. 80.

«procedimenti necessari a completare e perfezionare il diritto» (*Fortbildung*)²⁷.

Si può allora anche ammettere – come fa l’analitica – che il diritto non sia altro che il proprio *concetto* (il “diritto”), ma ciò non per convertire l’indagine ontologica in analisi linguistica; al contrario, proprio per mostrare come l’indagine sul linguaggio, sul modo in cui il diritto è detto, sia sempre un’indagine sull’essere del diritto.

Per “ontologica” – occorre sottolinearlo – non si intende affatto “metafisica”, ricerca di una qualche “proprietà” essenziale che sarebbe propria del diritto. Si intende, diversamente, quel movimento attraverso cui il diritto giunge a *realizzare* se stesso, ad essere ciò che esso è, ossia – per l’ermeneutica – non astratta prescrizione, ma norma che si *concretizza* nella realtà, che diviene cioè regola dei rapporti sociali. E che per questo è movimento onto-logico: nel movimento *logico*, cioè, che permette di passare dalla regola al caso, dal testo al significato, il diritto giunge ad essere ciò che è. Il diritto, da questo punto di vista, non è qualcosa di dato: è, al contrario, il risultato di un processo, di una pratica, attraverso cui esso si realizza, e dunque giunge a se stesso.

Questa tesi – che in Kaufmann è, ad esempio, chiaramente formulata²⁸ – è ciò che, direi con una generalizzazione, il “metodo” ermeneutico comunque presuppone. La centralità riconosciuta al momento applicativo delle norme al caso concreto, alla codeterminazione di fatto e norma, alla rivalutazione dell’agire pratico, infatti, non dipende da semplici opzioni “metodologiche” – né costituisce una scelta utile a render conto, ad esempio, di come *di fatto* i giuristi interpretano e applicano il diritto. Essa, diversamente, dipende essenzialmente dall’idea che il diritto sia, in quanto tale, il processo del suo stesso realizzarsi. Lo stesso

²⁷ V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, in «Ars Interpretandi», 2020, 2, p. 30.

²⁸ Cfr., sul punto, A. Punzi, *Ipsa res iusta. Al di là del diritto naturale e del diritto positivo*, in Id., *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 117-129.

processo di positivizzazione del diritto (*Positivierungsvorgang*) – tale per cui il diritto *diviene* norma, diviene ciò che è solo nel suo regolare situazioni concrete – rinvia a tale problematica.

Ovviamente, lo ripetiamo, ciò non significa trascurare le differenze presenti nel dibattito attuale italiano. La tesi per cui *comprendere significa applicare*, per cui la conoscenza del diritto è inseparabile dallo studio su come esso trova applicazione, è stata spesso ed è tuttora declinata attraverso la linea “gadameriana” – che è quella, per intenderci, che Zaccaria ha recuperato per primo, ed attraverso la quale egli ha avuto il merito indiscutibile di sdoganare «l’ermeneutica che in Italia era conosciuta solo attraverso la versione fornita da Emilio Betti»²⁹, ma anche di legarla a posizioni come quella di Ronald Dworkin³⁰. Ma questa linea è presente anche in un autore come Francesco Viola – che, peraltro, è colui che ha più riflettuto sul confronto tra “analitici” ed “ermeneutici” in Italia³¹ –, il quale ha rimesso al centro, nel movimento di riabilitazione della ragion pratica proprio dell’indirizzo ermeneutico, il problema del-

²⁹ F. Viola, *L’ermeneutica giuridica in cammino. Sulle orme di Giuseppe Zaccaria*, in *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, a cura di D. Canale, E. Pariotti, B. Pastore, Carocci, Roma 2019, p. 107. Sul punto, cfr. i due lavori di G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano 1984; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984. Dalla collaborazione di Zaccaria e Viola sono nati i lavori fondamentale per l’ermeneutica giuridica italiana di oggi, come *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 1999 e – anche con Pastore – *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna 2003.

³⁰ Cfr. G. Zaccaria, *Rileggendo la giurisprudenza normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2014, 1, pp. 41-60; Id., *Ronald Dworkin e l’ermeneutica*, in Id., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996, pp. 197-246.

³¹ Particolarmente istruttivo è, per la sua costruzione interna, il divertito e divertente omaggio di Viola a Guastini, *L’interpretazione dell’interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini*, in *L’arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, a cura di P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, I. Marcial Pons, Madrid 2018, pp. 35-43.

la relazione tra fatto e valore e della possibilità di un “diritto naturale” come ricerca di un diritto giusto, strettamente legato alle trasformazioni che il diritto positivo stesso ha subito negli ultimi decenni e al problema dei diritti umani³².

Dall'altra parte, si è affermata anche una posizione diversa, quale quella sostenuta da Omaggio e Carlizzi, che ha tentato di tracciare una storia, e dunque di ricostituire una tradizione dell'ermeneutica contemporanea, in discontinuità con Gadamer (ed in continuità, piuttosto, con Radbruch)³³. Non si tratta – va da sé – di una questione puramente storiografica, dal momento che in gioco c'è, secondo questi autori, il modo stesso di intendere quale sia il problema fondamentale che definisce l'ermeneutica giuridica³⁴. Possiamo allora riscontrare, nel dibattito attuale, una linea più attenta ai problemi dell'interpretazione³⁵ ed una, per contro, maggiormente concentrata sullo studio della prassi giudiziale. O, se si vuole: una linea – rivendicata da Zaccaria ancora di recente – che insiste per un «ritorno della filosofia del diritto alla filosofia»³⁶ ed una che, sostenendo che l'ermeneutica giuridica non possa essere definita come una sorta di «adattamento dell'ermeneutica filosofica alla

³² Cfr., esemplarmente, F. Viola, *Le tre rinascite del diritto naturale nel Novecento*, in *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana*, a cura di M. Krienke, Giappichelli, Torino 2020, pp. 17-45.

³³ Cfr. G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, 2, pp. 389-418.

³⁴ G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, cit., p. 17.

³⁵ Cfr. F. Viola, *Ermeneutica e diritto*, in «Ars Interpretandi», 1996, I, pp. 181-189.

³⁶ G. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., p. 136. Va tuttavia notato che resta, anche per Zaccaria, il fatto che l'ermeneutica prenda comunque le mosse «non dall'alto di una concezione filosofica generale, ma dal basso di una pratica interpretativa legata ad un certo ambito di esperienza» (G. Zaccaria, *Comprendere il diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2013, 2, p. 519).

sfera del diritto»³⁷, propone invece una rivalutazione delle specifiche tecniche e degli specifici problemi elaborati all'interno della tradizione giuridica, in particolare tedesca, di stampo ermeneutico.

Entrambe, tuttavia, condividono la tesi secondo cui «atti normativi e atti interpretativi vivono in un rapporto *in progress* e si pongono entro il processo di positivizzazione del diritto, che non sussiste come entità data, ma 'avviene', si *fa*»³⁸ – la quale, riterrei segna davvero ciò che il filigrana attraversa le diverse posizioni dell'ermeneutica giuridica anche italiana. Ed essa è una tesi ontologica, è una tesi, cioè, su ciò che il diritto è, e solo per questo è anche una tesi epistemologica, relativa a come sia possibile la conoscenza del diritto. Se conoscere il diritto – o, nei termini più propri, *comprenderlo* – implica non soltanto l'interpretazione delle disposizioni normative, ma anche e soprattutto della prassi giuridica e di quella giudiziale, ossia del modo in cui le disposizioni trovano applicazione ai casi concreti, tale necessità è giustificata dal fatto che il diritto non è altro che il suo realizzarsi, il suo concretizzarsi nell'effettivo modo in cui regola i rapporti concreti tra gli individui.

Il diritto è il suo farsi (necessariamente discorsivo). Massimo Vogliotti lo ha detto, di recente, benissimo: la prospettiva ontologica dell'ermeneutica giuridica si basa sul fatto che «il diritto non è concepito come una 'cosa', una sostanza (normativa o empirica, a seconda delle declinazioni normativiste o realiste della modernità giuridica, che, rompendo con la tradizione aristotelica della filosofia pratica, adotta il metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze teoretiche), ma 'azione', relazione tra fatto e diritto, testo e contesto»³⁹. O, in altri termini: il diritto consiste «in una pratica incessante di equiparazione tra fatti e norme,

³⁷ G. Carlizzi, *Categorie del multiculturalismo ed ermeneutica giuridica*, in «Ars interpretandi», 2012, 1, p. 71.

³⁸ B. Pastore, *Storicità del diritto e interpretazione*, in *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, a cura di A. Ballarini, Giappichelli, Torino 2018, p. 193.

³⁹ M. Vogliotti, *Introduzione*, in «Ars Interpretandi», 2016, 2, p. 9.

a conferma della sua natura ibrida in continua, insopprimibile tensione tra essere e dover essere»⁴⁰.

Il diritto non è *sostanza*, ma *relazione*. Si badi: è la relazione, e non i relati: il diritto, cioè, non è il dover-essere, ma è la relazione tra essere e dover-essere, fatto e norma, è il loro entrare in corrispondenza. La tesi ontologica propria dell'ermeneutica, pertanto, va letta in chiave anti-sostanzialistica: il diritto non è *qualcosa*, non è un "oggetto", ma è una relazione. Per questo il diritto non può essere identificato con la legge, o con le norme giuridiche, in sé considerate. Perché esso è la relazione tra l'aspetto normativo e l'aspetto fattuale.

Alcune delle singole tesi di carattere epistemologico o in senso stretto interpretativo, non credo possano capirsi senza passare da qui. Se, come vedremo, l'applicazione *non* segue la comprensione, ma la costituisce sin dall'inizio; se la norma non precede il fatto, ma si determina con esso, è perché è così che il diritto *fa* se stesso, è così che il diritto giunge ad essere ciò che è, appunto diritto, relazione che tiene insieme, lascia entrare in corrispondenza dover-essere ed essere, norma che è dover-essere senza essere (e come tale resta "astratta"), e fatto che è essere senza dover-essere (e come tale non è ancora fatto *giuridico*).

Da questo punto di vista, la separazione rispetto ad ogni concezione del diritto come norma, o come insieme di testi normativi, è netta: il diritto non è norma, ma è il *condurre* e il lasciar venire in corrispondenza norma e fatto, il loro eguagliarsi progressivo che si realizza, di volta in volta, nella giurisprudenza, nella pratica della decisione dei casi.

Il che spiega anche la ragione del fatto che, almeno per alcune "correnti", i problemi "metodologici" e lo studio concreto del ragionamento giudiziario siano divenuti, nel tempo, più urgenti e centrali nella riflessione degli autori, rispetto a quello ontologico.

⁴⁰ G. Zaccaria, *Comprendere il diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2013, 2, p. 522.

Il carattere relazionale del diritto, il suo essere un “evento” (discorsivo) e non un “oggetto”, implica infatti che il diritto si realizzi, divenga, diremmo, ciò che è, solo nel suo essere attuato. Per questo, quando Zaccaria sottolinea che «il momento decisivo non è quello in cui la regola viene emanata, ma quello in cui essa è praticata ed applicata»⁴¹, in gioco non c’è semplicemente la preferenza per il momento “concreto” dell’interpretazione, ma ciò che necessariamente consegue alla concezione ontologica del diritto propria dell’ermeneutica.

La tesi per cui il diritto è la sua interpretazione deve essere letta – almeno per l’ermeneutica italiana di oggi – non come una tesi che afferma che ci sono *solo* interpretazioni, come se si trattasse di affermare l’impossibilità di una conoscenza “obiettiva” del diritto. L’ermeneutica resta una «teoria del diritto che muove dalla centralità del momento interpretativo per la *definizione del diritto stesso*»⁴². Se il diritto non è un oggetto (da intendersi: non è qualcosa di dato, non è qualcosa che sarebbe già lì, prima e indipendentemente dalla conoscenza che ne abbiamo), ciò non significa che di esso non ne sia, a rigore, nulla, che ad esso *sostituiamo* il gioco delle interpretazioni. Significa, diversamente, che esso *si dà* nella sua interpretazione ed applicazione. Non si tratta, allora, di rinunciare all’oggettività. Al contrario: si tratta di mostrare come proprio quella conoscenza oggettiva richieda ed implichi la necessità di muoversi all’interno delle pratiche interpretative, dei modi in cui concretamente si decidono le controversie, delle valutazioni che vi ineriscono.

⁴¹ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 707.

⁴² G. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., p. 139.

3. Filosofia del diritto e conoscenza del diritto

Si è visto che, per l'analitica, la tesi (ontologica) "il diritto è linguaggio" sarebbe già da sempre convertibile e convertita – proprio in base al suo carattere *ontologico* – nella tesi (metodologica) per la quale la filosofia del diritto è *analisi* del linguaggio⁴³, in quanto il diritto non sarebbe altro che il *concetto* di diritto. L'idea per la quale la filosofia è essenzialmente attività, ed attività di *analisi logica*, è alla base di alcune delle tesi che si sono maggiormente radicate all'interno della tradizione analitica: (i) la tesi per cui compito principale della filosofia del diritto – o della scienza giuridica – sarebbe la «purificazione del linguaggio»⁴⁴ o, più propriamente, la «critica del linguaggio giuridico»⁴⁵; (ii) la tesi per cui il discorso filosofico andrebbe inteso, pertanto, come un discorso di secondo grado⁴⁶, o *meta-discorso*, il cui *oggetto* sarebbe costituito dal «linguaggio della giurisprudenza»⁴⁷; (iii) la tesi secondo la quale la distinzione tra linguaggio e meta-linguaggio assicurerebbe la separazione

⁴³ R. Guastini, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, cit., p. 52.

⁴⁴ N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, ora in U. Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 307.

⁴⁵ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 2.

⁴⁶ Cfr., sul punto, L. Gianformaggio, *Scienza giuridica e metalinguaggio*, in *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di M. Jori, cit., pp. 183-218.

⁴⁷ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 8. Dobbiamo dar conto, però, del fatto che, all'interno dell'indirizzo analitico, si è anche affermata una ri-definizione e ripresa del "realismo giuridico" il quale ha spinto diversi autori ad adottare una *epistemologia realistica* in forza della quale l'analisi del diritto implicherebbe anche il dar conto – tenuto fermo il postulato di avalutatività – di come le norme di fatto funzionano e di «ciò che i funzionari di fatto fanno» («normativismo realistico», così P. Chiassoni, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2012, 1, p. 241 e 261). Cfr. R. Guastini, *Il realismo giuridico ridefinito*, in «Revus», XIX (2013), pp. 97-111, su cui rimando alle osservazioni di G. Itzcovich, *Il realismo giuridico ridefinito da Guastini*, in *L'arte della distinzione*, cit., pp. 163-177.

tra livello *descrittivo* e livello *prescrittivo*, di modo da rendere possibile ogni volta individuare e tener distinte le diverse operazioni che svolgono i giuristi in relazione all’“oggetto” del loro discorso.

Quest’ultima – va notato – risponde ad un problema che, progressivamente, si è inevitabilmente posto alla scienza giuridica, che è quello costituito dalle implicazioni prescrittive presenti in ogni descrizione⁴⁸. Ma distinguiamo. Il punto non è riconoscere che i giuristi non si limitano ad analizzare il diritto ma, al contrario, nelle loro “descrizioni” siano impliciti giudizi di valore, prese di posizione, ideologie, intenti prescrittivi – il che è ovvio e, per citare Guastini, «francamente scontato»⁴⁹. E non è neppure quello, in fondo, di chiedersi se la teoria del diritto debba o non debba essere *normativa*, smettere di rivendicare la propria “avalutatività” per essere, almeno in alcune circostanze, attività che indirizza, prescrive il corretto uso dei concetti e delle sue ricostruzioni concettuali. Direi che le questioni realmente importanti sono due – e la seconda lo è più della prima. Bisogna però, anzitutto, evitare di confonderle:

- La prima riguarda la possibilità di una conoscenza del diritto limitata alla sua *descrizione*. Qui la domanda è: davvero è possibile, per i giuristi, *descrivere* il diritto, giungere ad una conoscenza avalutativa e neutrale? O l’atto stesso di descrivere come il diritto è non è forse, inevitabilmente, anche un atto che prescrive come il diritto dev’essere?⁵⁰. Se si ammette, infatti, che il diritto non è

⁴⁸ Nella giusanalitica italiana, è stato Villa a insistere maggiormente sull’impossibilità della tenuta della separazione descrittivo/prescrittivo. Cfr., tra i suoi lavori, *La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Giuffrè, Milano 1990, pp. 617-665

⁴⁹ Definitivo, sotto tale profilo, era già il saggio di G. Tarello, *Linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo nei discorsi dei giuristi*, in Id., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bologna 1974, pp. 367-386.

⁵⁰ Il problema è presente – in filigrana – in tutto il testo di M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa 2010. E viene poi esplicitamente posto e discusso in modo senza dubbio convincente da T. Greco, *Può*

qualcosa di già *dato* al giurista, che preceda come tale la conoscenza che il giurista ha di esso, allora ogni descrizione del diritto sarà, di per se stessa, almeno parzialmente *costruttiva* di ciò che conosce⁵¹. Rispetto a questa domanda, un punto di vista analitico, almeno in linea di principio, potrebbe non avere difficoltà a riconoscere come il diritto positivo non sia un oggetto *pre-costituito* rispetto alla stessa attività *conoscitiva* da parte della dogmatica giuridica, intesa come la «cultura giuridica interna (ossia l'insieme degli operatori giuridici), che svolge fundamentalmente il ruolo sociale di conoscere e far conoscere un diritto)»⁵².

- Tale questione va allora distinta dall'altra – che è quella che, in ultima istanza, definisce la posizione analitica. Questione che non verte su ciò che i giuristi fanno, ma sulla filosofia del diritto e il suo compito. La domanda diventa, ora: può essere la filosofia del diritto un'attività *descrittiva*, può essa esercitare quelle operazioni di analisi del linguaggio dei giuristi senza svolgere funzioni di tipo prescrittivo, senza implicare giudizi di valore? Se sì, vorrà dire che la filosofia del diritto sarà in grado di *distinguere* tra le *proprie* affermazioni descrittive e quelle che, invece, sono prescrittive; di *dire di se stessa* quando essa si limita a descrivere e ricostruire le operazioni compiute dai giuristi (*metagiurisprudenza descrittiva*) e quando invece fa opera di prescrizione – opera che sarebbe comunque attività “doverosa”, mediante la quale il filo-

esistere una metagiurisprudenza descrittiva? Ancora su Il diritto inesistente di Mario Jori, in «Diritto & Questioni pubbliche», XIII (2013), pp. 791-804.

⁵¹ Non possiamo qui dar conto nel dettaglio – come più volte precisato – delle discussioni interne all'indirizzo italiano analitico sul tema. Come già ricordato, Vittorio Villa è colui che ha maggiormente insistito sulla critica del *descrittivismo*, proponendo il concetto di *metagiurisprudenza ricostruttiva* (cfr. V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi*, Mucchi, Modena 2016).

⁵² P. Comanducci, *Conoscere il diritto*, cit., pp. 426-427. Cfr. anche A. Schiavello, *Il diritto e il suo doppio. In cerca della frontiera tra la conoscenza giuridica e il suo oggetto*, in «Rivista di filosofia del diritto», Speciale/2017, pp. 65-86.

sofo del diritto «assolve a una delicata, importantissima, funzione istituzionale»⁵³.

Questa è la autentica posta in gioco – spesso implicita – nella tesi analitica: quella di dislocare la distinzione descrittivo/prescrittivo non tanto in riferimento alla distinzione tra la conoscenza del diritto ed il suo oggetto, quanto a quella tra la filosofia del diritto e ciò su cui essa verte (i discorsi dei giuristi). In gioco, cioè, non c'è il problema epistemologico (“è possibile conoscere il diritto limitandosi a descriverlo?”), ma la *legittimazione* del ruolo della filosofia analitica del diritto. Se non si tiene conto di ciò, rischia di non capirsi l'operazione di Guastini, la quale consiste: (i) nell'introdurre un livello metalinguistico intermedio – che è il vero livello in cui il rapporto metalinguistico si fonda⁵⁴ – tra diritto e filosofia del diritto: quest'ultima, infatti, non verte sul diritto, ma sulla giurisprudenza, ossia sull'analisi e le operazioni che i giuristi compiono sul linguaggio rappresentato dai testi o documenti normativi (essa è un *meta-metalinguaggio*); (ii) nel distinguere tra i *concetti che descrivono* il diritto ed il *contenuto* del diritto.

Si tratta di due strategie che tentano di *assicurare* la separazione tra la filosofia del diritto ed il discorso dei giuristi. La filosofia del diritto, in quanto tale, non verte *sul* diritto. Non quando fa analisi del linguaggio in senso stretto, poiché il suo oggetto è la giurisprudenza. E neppure quando affronta problemi concettuali, in quanto essi non hanno ad og-

⁵³ P. Chiassoni, *La filosofia del diritto di Guido Alpa*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2018, 1, p. 296. Si veda, ovviamente, anche l'osservazione di N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, ora in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino 2012, p. 147.

⁵⁴ Dal momento che tra il linguaggio del diritto ed il linguaggio della giurisprudenza non c'è, propriamente, una relazione metalinguistica, come già ammette R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in «Informatica e diritto», 1985, 1, pp. 7-31, parlando di un «modo di pensare sbagliato», dal momento che «non tutto il discorso dei giuristi è meta-linguistico rispetto al diritto», per il semplice fatto che spesso i giuristi parlano non *del* diritto, ma *nel* diritto.

getto il diritto, ma i concetti che lo descrivono (il concetto di “diritto”)⁵⁵. Certo, a volte anche la filosofia del diritto si serve di discorsi *prescrittivi* – lo abbiamo ricordato. Ma ciò che conta è altro. Ciò che conta, cioè, è assicurare, attraverso una nuova *dislocazione* della separazione tra linguaggio-oggetto e meta-linguaggio, la “scientificità” della filosofia (analitica) del diritto, la quale sarebbe sempre in grado, ogni volta, di *dire* la differenza, di distinguere tra attività descrittive e operazioni prescrittive, anche quando è *essa stessa*, eventualmente, a praticarle entrambe.

È a questo livello che andrebbe verificata la “tenuta” del discorso analitico. Il quale ha bisogno, necessariamente, della *duplicazione* del linguaggio in linguaggio-oggetto e meta-linguaggio (e dell’introduzione – come si è visto – di un ulteriore livello di meta meta-linguaggio). Fissiamo per il momento il punto: per la giusanalitica, la funzione del meta-linguaggio è quella non tanto di fondare la possibilità di una conoscenza del diritto⁵⁶, quanto di garantire la stessa “scientificità” delle operazioni che essa pone in essere⁵⁷. La legittimità dell’approccio analitico dipende, infatti, dalla fondatezza della sua pretesa di costituirsi come discorso chiaro e trasparente, riflessione avalutativa sui concetti giuridici fondamentali, analisi obiettiva delle ideologie e dei metodi interpretativi impiegati dai giuristi e dai giudici, determinazione dei confini che separano la conoscenza del diritto dalla politica del diritto, affermazioni che descrivono come il diritto è e prescrizioni che affermano come il diritto

⁵⁵ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 10.

⁵⁶ Come osserva R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, cit., p. 6, «scopo della teoria del diritto non è direttamente quello di pervenire ad una più precisa conoscenza del diritto vigente, ma quello di chiarire il senso del discorso dogmatico».

⁵⁷ Cfr. M. Jori, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in «Analisi e diritto», 2004, pp. 376-378, il quale, affermando come la descrizione di norme implichi sempre l’assunzione di valori (come scelte sia epistemologiche e metodologiche, sia etico-politiche), individua l’obiettività del discorso scientifico «nella misura in cui questi valori siano *esplicitati* tra gli assunti del discorso e siano poi *correttamente applicati* nelle sue istanze».

deve essere⁵⁸. Ed è questa pretesa che la «gerarchia di linguaggi», per dirla con Russell, è chiamata a legittimare, *separando* il linguaggio proprio della filosofia analitica dal linguaggio-oggetto dei giuristi.

Abbiamo accennato a come tutto ciò, da una prospettiva ermeneutica, sia in fondo impossibile da accettare. Il pensiero ermeneutico si definisce proprio a partire dall'impossibilità di trascendere il linguaggio, di garantire la verità del suo discorso attraverso la tenuta di una *gerarchia* dei linguaggi. Il problema del metodo, e di ciò che assicura la conoscenza *del* diritto, diviene allora tanto più urgente quanto più ci si muova all'interno di un indirizzo giusfilosofico che non può più considerare il diritto come un oggetto già dato, che non può, pertanto, riproporre un concetto di conoscenza come *adeguazione* del discorso, della proposizione, a ciò su cui essa verte.

Lo abbiamo detto: neppure per l'analitica il diritto è un "oggetto" – il diritto non è altro che il "diritto", inteso come il modo in cui è impiegato, nel linguaggio dei giuristi, il termine diritto. Ma, si potrebbe replicare, l'analitica ricostituisce immediatamente la separazione soggetto-oggetto, nel momento in cui fa funzionare il meta-linguaggio: esso, infatti, consente alla filosofia del diritto, costituitasi come *meta meta-discorso*, di parlare *del* "diritto" (del suo concetto), come se esso le fosse *dato*, come se si trattasse, cioè, di un uso linguistico che, standole per così dire "di fronte", essa potrebbe limitarsi a descrivere. E descrivere attraverso proposizioni che sarebbero sempre verificabili proprio in termini di adeguazione (vere, cioè, se corrispondono a come il termine è effettivamente usato, false in caso contrario).

Tutto ciò, si è detto, non vale più, però, per l'ermeneutica, la cui critica ad una teoria del diritto che concepisca quest'ultimo come un «oggetto d'esperienza isolabile e descrivibile»⁵⁹, si rivolge certamente

⁵⁸ P. Chiassoni, *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 411-414.

⁵⁹ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 32.

anche all'approccio analitico, per le ragioni appena viste. Ma questo fa sì che divenga tanto più essenziale il problema del "metodo". Per questo, aggiungiamo si assiste anche all'interno dell'ermeneutica – specie che, dopo Kaufmann, in diversi autori ontologia e metodologia del diritto non sono più esplicitamente legate – «ad un largo convertirsi della filosofia giuridica in teoria e metodologia del diritto»⁶⁰.

Ora, se l'ermeneutica preferisce parlare di *comprensione* – la quale sarà il risultato dell'interpretazione – è, in fondo, per la ragione che si è detta, ossia perché *conoscenza* rinvia, in ultima istanza, alla conoscenza di qualcosa che, come tale, ricadrebbe *all'esterno* di essa. Ma il diritto non è, per l'ermeneutica, un dato. Il che vuol dire che la conoscenza del diritto si definisce insieme al farsi stesso del diritto, procede con esso. In concreto: conoscere una norma e interpretarla ed applicarla, non sono due momenti che possano essere distinti. Da questo punto di vista, il recupero delle questioni aperte dalla cosiddetta *Rehabilitierung der praktischen Philosophie* sviluppatasi in Germania a partire dagli anni Sessanta si spiega proprio con il fatto che «il sapere pratico non è [...] un sapere oggettivo, che si possiede già in sé e che si debba solo applicare alle situazioni concrete. Colui che sa, in termini aristotelici, non sta di fronte a un oggetto da descrivere obiettivamente, ma è sempre coinvolto e partecipa in ciò che ha da conoscere. Si tratta di qualcosa che egli ha da fare»⁶¹. La conoscenza *del* diritto non può essere allora pensata come semplice conoscenza "sul" diritto, in quanto essa partecipa al costituirsi stesso dell'oggetto conosciuto. Partecipa, e non: prescrive, dall'esterno, come il diritto deve essere. Bene fa Zaccaria a sottolineare questo punto: «comprensione *del* diritto (non della legge), dunque, e non *sul* diritto»

⁶⁰ G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., p. 24.

⁶¹ V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, in «Ars Interpretandi», 2020, 2, p. 30.

to: diversamente, cadremmo nell'astrattismo di chi applica dall'esterno concezioni generali ad un campo specifico dell'esperienza umana»⁶².

Se il diritto è linguaggio, se ha carattere *discorsivo*, ciò non ha il significato che ha per l'analitica, ma indica come il diritto sia il suo farsi discorsivo, il suo realizzarsi *nel* discorso che lo comprende, che lo conosce. Ha dunque ragione Schiavello a ricordare come per l'ermeneutica giuridica «l'aspetto cruciale» sia «rappresentato dalla presa di coscienza che tra l'attività del descrivere e l'oggetto da descrivere – cioè il diritto – non vi è soluzione di continuità»⁶³.

Qui si spiega, credo, il ruolo che gioca il concetto di “precomprensione”, in quanto il «comprendere, a differenza del conoscere puro e semplice, ha un carattere pratico, cosicché esso porta in sé le ragioni per cui si vuole comprendere. Anzi queste ragioni precedono il comprendere e contribuiscono a determinare e ad orientare la precomprensione»⁶⁴. Se comprendere il diritto significa interpretare, ciò implica un certo *saper fare*, un sapere, cioè, che sia in grado, proprio per conoscere il diritto, di *realizzarlo*.

Ma implica anche che, proprio perché il diritto non è già dato, l'interprete debba necessariamente *anticipare*, diremmo, ciò che esso sarà, anticipare il modo della sua realizzazione, del suo concretizzarsi. Ad un livello meno astratto: dal momento in cui il compito dell'interprete è quello di realizzare, di concretizzare la norma applicandola ai casi concreti, tale compito non potrebbe essere assolto se l'interprete stesso non ne anticipasse il *risultato*. L'ermeneutica, pertanto, è parte della realizzazione del diritto stesso⁶⁵.

⁶² G. Zaccaria, *Comprensione del diritto, e non sul diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2015, 1, pp. 125-126.

⁶³ A. Schiavello, *Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto*, cit., p. 522.

⁶⁴ F. Viola, *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*, in «Etica & Politica», 2006, 1, p. 2.

⁶⁵ G. Zaccaria, *Comprensione del diritto, e non sul diritto*, cit., p. 121.

La pre-comprensione non indica soltanto il *fatto* che qualsiasi interpretazione sia sempre, diremmo, influenzata dai pregiudizi, dalle valutazioni preliminari e dagli obiettivi pratici che sono propri dell'interprete. Questo è certo vero – ed è un tema su cui l'ermeneutica riflette. Ma è, diremo, unicamente un aspetto, e forse non il più interessante, di ciò che pre-comprensione indica. Inutile dire che, tuttavia, è rispetto a questa lettura “psicologista” della pre-comprensione che le obiezioni degli analitici si sono solitamente rivolte⁶⁶. Ma, come dovrebbe essere chiaro, il «carattere di anticipazione che è intrinseco in ogni comprensione»⁶⁷, è strettamente legato e dipendente dal concetto di diritto che è proprio dell'ermeneutica.

Credo che occorra distinguere, pertanto, tre aspetti – o accezioni – propri della pre-comprensione⁶⁸. Anzitutto, quello che la lega al problema epistemologico in senso stretto, alla conoscenza del diritto. *Ogni comprendere è un pre-comprendere* perché l'interpretazione non è mai conoscenza di qualcosa di *dato*: il “dato”, in realtà, è alla fine, è il risultato dell'interpretazione, e per questo è anticipato, necessariamente, in essa, proprio per poter essere infine trovato. In termini concreti: se la norma non esiste, *in quanto* norma, *prima* della *sua* interpretazione ed applicazione al caso, allora per poterla applicare io non posso che “anticiparla”, che pre-comprenderla. Questo è il punto per noi essenziale: in una prospettiva ermeneutica, la pre-comprensione, cioè, non è soltanto ciò che contribuisce a chiarire come *di fatto* l'interpretazione e l'applicazione del diritto siano operazioni più complesse rispetto a

⁶⁶ Cfr. ad esempio R. Guastini, *Ermeneutici e analitici*, cit., p. 292.

⁶⁷ G. Zaccaria, *Comprendere il diritto*, cit., pp. 519-520.

⁶⁸ Per questo, si veda G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., pp. 156-169. I tre “aspetti” della pre-comprensione secondo Esser sono ripresi anche da G. Giorgio, *La via del comprendere. Epistemologia del processo di diritto*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 91 e ss.

come l'analitica tende a presentarle⁶⁹; essa è, soprattutto, un elemento che *costituisce* il processo di comprensione del diritto, e lo costituisce, diremmo, *de jure*, in quanto ne è una delle sue condizioni di possibilità.

Il secondo aspetto è quello cui si è accennato, relativo alla rilevanza dei pre-giudizi che guidano l'attività interpretativa – anche se, va notato, in tale accezione non è comunque mai il singolo interprete a venire in gioco, ma la comunità degli interpreti⁷⁰. E tuttavia si potrebbe, e con ragione, dubitare del fatto che la filosofia giuridica ermeneutica italiana si sia mai realmente interessata ad esso. Il terzo aspetto, invece, ha ricevuto particolare attenzione da parte, soprattutto, di Canale e Tuzet, ed è legata alla precomprensione intesa come ciò che definisce – nell'interpretazione giudiziale – il tipo di ragionamento proprio del giudice, costituito di supposizioni ipotetico-provvisorie che egli deve elaborare per poter decidere il caso. Come precisa Canale, la precomprensione qui è definita «come un'ipotesi relativa alla soluzione della controversia. Precomprendere in senso stretto un enunciato normativo significa formulare un progetto di soluzione del caso, in virtù del quale viene ipotizzato sia quanto l'enunciato da interpretare prescrive, sia la situazione di fatto che esso regola»⁷¹. La pre-comprensione, da questo punto di vista, rinvierebbe a quel processo di “prova ed errore” attraverso il quale l'interpretazione si costituisce gradualmente, mediante la continua formulazione e verifica di ipotesi. Canale, in realtà, ha – in maniera convincente – mostrato come questa concezione resti insoddisfacente. E il recupero, da parte sua, di una prospettiva inferenzialista, con

⁶⁹ Cfr. B. Pastore, *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in «Ars Interpretandi», 2016, 2, p. 67.

⁷⁰ Per tale concetto, cfr. E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000.

⁷¹ D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in «Etica & Politica», 2006, 1, p. 5. Cfr. anche G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino 2016², p. 14 e B. Pastore, *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, Giappichelli, Torino 2013, p. 58.

la rivendicazione della necessità di riformulare le condizioni implicite dell'interpretazione (la precomprensione) come proposizioni esplicite, ossia di fare in modo che le inferenze che guidano la precomprensione siano esplicitate ed oggettivate, è funzionale proprio per evitare ogni possibile ricaduta in una forma di "psicologismo".

Ciò detto, occorre non confondere i differenti livelli, e le differenti funzioni che il concetto di pre-comprensione svolge nelle teorie ermeneutiche italiane del diritto. Certamente, come si è detto, esso ha una pretesa *descrittiva*: pretesa, cioè, di chiarire come il ragionamento giuridico si svolga (e non, si noti, come il giudice, soggettivamente, "ragioni"). Ma rimanda anche ad un problema che non è empirico, che non attiene cioè alla descrizione di come si interpreta, quanto alla stessa condizione di possibilità dell'interpretazione. Questo è il livello cui va letta una posizione come quella di Zaccaria, quando scrive: «come la norma, che non è affatto *pre-data* al soggetto che applica il diritto, così anche il fatto giuridico non è *pre-dato* al giudice, che con una sorta di pre-decisione deve appunto decidere se questo o quel fatto sia degno di considerazione e rilevante per il diritto»⁷². Pre-decisione, pre-comprensione, indicano ciò che è condizione della possibilità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto e quindi – per ciò che si è visto – del diritto stesso. Ed è su questo sfondo che anche l'idea di "circolo ermeneutico" – come quella della codeterminazione di norma e fatto – si chiarisce.

Resta l'ulteriore punto di confronto, rispetto all'analitica. Perché, come essa, anche l'ermeneutica non può non avere il problema della propria legittimazione. Anche qui, le differenze sono, credo, essenziali. Perché per l'analitica, in fondo, il problema della scientificità è il problema dell'assicurare la verità delle proprie proposizioni intesa come *corrispondenza* tra l'enunciato descrittivo e ciò che esso descrive.

Lo si è detto: per l'analitica, le sue proposizioni sono vere *in quanto* descrivono come di fatto, come effettivamente è la giurisprudenza,

⁷² G. Zaccaria, *Comprendere il diritto*, cit., p. 522.

come essa opera. Da qui il problema: secondo quale criterio è però possibile verificare se esse sono descrittive o prescrittive? È l'obiezione, in fondo, già di Dummett. Se la verità di un enunciato (V) consiste nella sua corrispondenza con qualcosa (O), allora, per determinare tale corrispondenza, occorrerà un enunciato V' del tipo "L'enunciato V corrisponde a O". Ma come determiniamo la verità dell'enunciato V' – se esso, per essere vero, deve corrispondere al suo oggetto? Occorrerà un ulteriore enunciato, secondo un movimento di regresso all'infinito⁷³. Nei nostri termini: dato l'enunciato E "i giudici fanno x", esso è vero se corrisponde a ciò che i giudici fanno. Ma per verificare se è vero, occorrerà un enunciato E' del tipo "E corrisponde a x". Questo enunciato E', però, che tipo di enunciato è? Se *descrittivo* di E, allora occorrerà, per verificarlo, un enunciato E", che dica "E' corrisponde a E" – e così via, all'infinito. Tutto questo non è detto – si noti – per affermare che l'analitica rimarrebbe intrappolata o sarebbe confutata da questa obiezione. Per quanto ne sappiamo, possono certamente esistere contro-argomenti efficaci. Ma per dire che questo è l'ambito problematico entro cui si muove.

Diverso il caso per l'ermeneutica. Qui il problema della verità è, infatti, ridefinito dall'abbandono della concezione "corrispondentista". Vera non è la conoscenza che *corrisponde* all'oggetto, in quanto esso non è, come si è visto, già dato. Lo diciamo, qui, al livello più astratto possibile, perché è soltanto in esso che il problema può essere compreso in ciò che richiede. Se il diritto è la sua realizzazione, la conoscenza (o comprensione) del diritto non può consistere nella "descrizione" di un oggetto.

Se la norma è la sua interpretazione ed applicazione, allora *comprenderla* significa interpretarla ed applicarla. Ciò non significa che l'ermeneutica non si proponga o non svolga anche compiti *descrittivi* (come

⁷³ M. Dummett, *Filosofia del linguaggio. Saggio su Frege*, Marietti, Casale Monferrato 1983, p. 310.

interpretano i giudici? Come decidono?)⁷⁴. E tuttavia, essa ha sempre anche un altro compito, più essenziale, che dipende dal fatto che il diritto non è già “dato”, e che pertanto esso è la sua prassi, la pratica che lo porta a realizzazione – e pratica in cui la filosofia del diritto gioca un ruolo che non può essere, per definizione, quello dell’osservatore esterno. Il meta-linguaggio è impossibile: la scienza giuridica, infatti, non si *riferisce* al diritto, come se fosse un oggetto ad essa esterno – mentre si riferisce al diritto, è essa stessa diritto e appartiene alla sua pratica⁷⁵.

L’ermeneutica deve, pertanto, muoversi attraverso una serie di passaggi ad essa interni: (i) il diritto non è qualcosa di dato prima della sua realizzazione, e che possa pertanto essere “conosciuto” come un oggetto; (ii) l’interpretazione del diritto – sia quella giudiziale che quella propria della dottrina – fa parte del processo di realizzazione del diritto, di modo che la “conoscenza” del diritto non è altro, non è separabile dalla sua concretizzazione; (iii) il diritto non si realizza che nel *corrispondersi* di dover-essere (norma) ed essere (fatto); (iv) il giurista, di conseguenza, conosce/comprende il diritto *nel* caso concreto (e non: lo conosce e poi

⁷⁴ Il che, peraltro, fa comunque problema. Se, infatti, si abbandona una concezione “corrispondentista” della verità, la stessa possibilità di esercitare una funzione descrittiva rischia di venir meno. Il problema dovrebbe, ancora, essere spinto fino alle sue conseguenze decisive: cosa garantisce – dobbiamo chiederci – che la teoria dell’interpretazione e più in generale del diritto proposta dall’ermeneutica sia vera, nel senso che “corrisponde” alla realtà di ciò che fanno i giuristi, di ciò che l’interpretazione è? È il problema che, in filosofia, riscontrava già Vattimo: fondare una teoria ermeneutica su «una descrizione oggettiva, (metafisicamente) vera e adeguata, di ciò che l’esperienza ermeneutica è realmente», sarebbe «un’ovvia contraddizione», posta la polemica, da cui l’ermeneutica muove, «contro ogni pretesa della scienza e della filosofia di dare una descrizione ‘oggettiva’ della realtà». In altri termini, «la critica dell’oggettivismo e dello scientismo positivistic non sarebbe radicale e coerente se l’ermeneutica pretendesse di valere come una descrizione più adeguata di ciò che l’esperienza» davvero è» (G. Vattimo, *Ricostruzione della razionalità*, in *Filosofia* 91, Laterza, Roma-Bari 1992, pp. 95-97).

⁷⁵ F. Viola, *Ermeneutica e diritto*, cit., p. 185.

lo applica ai casi concreti che incontra – in quanto, ad esempio, giudice – o che può ipotizzare – in quanto giurista teorico).

Il che, per ciò che qui ci riguarda, significa: conoscere il diritto non può consistere nella formulazione di giudizi che “corrispondano” a come esso è. Perché questi giudizi sono un momento interno al realizzarsi del diritto, al suo giungere ad *essere* ciò che è. Viola lo aveva, del resto, ben sottolineato: il «primato dato all’epistemologia sull’ontologia»⁷⁶ è ingiustificato e insostenibile, in quanto esso presuppone che il diritto sia già individuato e dato. Per questo non c’è meta-linguaggio: perché il linguaggio della scienza giuridica non si può riferire a qualcosa di *esterno* ad esso.

Resta però un fatto: che questa realizzazione, e il contributo che vi dà il giurista, non può certamente essere “arbitraria”⁷⁷. Da qui la serie di questioni che attraversano l’ermeneutica giuridica, e che è a questo livello che vanno pensate. Perché quando l’ermeneutica si chiede che cosa garantisca che la decisione di un caso, da parte del giudice, sia *corretta*, sia decisione “giusta”, non si sta facendo che questa domanda. Il rimprovero degli analitici, da questo punto di vista, è improprio: non ha senso, cioè, accusare l’ermeneutica, qui, di *prescrivere* al giudice come egli debba decidere. Il problema è un altro. Se è solo *nella* decisione che il diritto si realizza, se è solo nella decisione che esso viene ad *essere*, allora la possibilità di “descrivere” il diritto stesso *dipende* dal modo in cui, attraverso la decisione, si definirà (in concreto: se la norma esiste solo nella sua applicazione, allora è da essa che dipende la possibilità di *conoscere* che cosa essa prescrive, che cosa dice).

Per questo la questione della “soluzione giusta”, dell’interpretazione “corretta”, resta centrale nell’ermeneutica giuridica – *indipendentemente*, direi, dall’adozione o meno, da parte di alcuni suoi autori, di forme

⁷⁶ F. Viola, *Ermeneutica e diritto*, cit., p. 185.

⁷⁷ Cfr. G. Zaccaria, *La ragione dialogica dell’ermeneutica*, in «Ars interpretandi», 2020, 2, p. 140.

di cognitivismo. Non è solo un'esigenza di "razionalità", né il bisogno di assicurare – dall'esterno, diremmo – il *controllo* delle decisioni giudiziali (che sarebbe certamente un'esigenza di politica del diritto). È, lo ripetiamo, qualcosa che dipende dal modo in cui l'ermeneutica ripensa la relazione tra la conoscenza ed il suo "oggetto"⁷⁸.

Diventa chiaro perché, qui, analitica ed ermeneutica non possano capirsi. Mentre l'analitica risponde, come ricordato, ad una concezione "corrispondentista" della verità, fondata sul metalinguaggio (per essa, cioè, ha senso parlare della correttezza di un enunciato se e solo se è possibile verificare la sua corrispondenza con una situazione di fatto ad esso esterna), l'ermeneutica, diversamente, rifiuta la possibilità del meta-linguaggio. Il che significa: l'interpretazione *fa* il diritto mentre lo *comprende*, e lo comprende facendolo.

4. La teoria dell'interpretazione

I problemi e le questioni proprie dell'interpretazione giuridica sono, certamente, quelli sui quali la filosofia del diritto analitica italiana ha più a lungo e con più frequenza lavorato, anche negli ultimi anni (nonché quelli su cui la discussione interna all'indirizzo giusfilosofico analitico si è sviluppata maggiormente).

Non è possibile, in tale sede, ricostruire – neppure per sommi capi – il dibattito che attraversa la giusanalitica italiana sul tema, le discussioni

⁷⁸ Cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit., pp. 215-220. Le risposte sono state e sono, tutt'ora, diverse – e vanno, per citarne alcune, dall'idea che occorra insistere sulla capacità della soluzione di ricevere "consenso" a quella che, invece, mira al recupero della rilevanza dei «criteri di giustizia materiale diffusi entro la comunità di riferimento del giudice». Cfr., sul punto, G. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., p. 140; F. Viola, *Oggettività e verità dei valori morali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», I (2001), pp. 1-13; Id., *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 179 e ss.

intorno allo “scetticismo” interpretativo – radicale o moderato –⁷⁹, nonché i tentativi di andare verso una teoria “pragmaticamente orientata”, come quello suggerita da Villa, o di ridefinire, come tenta Barberis, una posizione “realmente giusrealista” che sia in grado di non cadere nella trappola di ridurre il diritto a legislazione e l’interpretazione a esegesi della legge, evitando il formalismo di «una filosofia analitica murata in se stessa, convinta che per fare teoria basti tracciare distinzioni e ignorare tutta la letteratura che non si autoproclama “analitica»⁸⁰.

Del resto, ciò che qui ci interessa è il confronto con l’ermeneutica – o, meglio: è ciò che rende possibile, per ciascuna delle due correnti, di costituirsi in opposizione all’altra. La questione che dobbiamo, cioè, affrontare, è la seguente: che tipo di assunzioni – in materia di interpretazione – funzionano, nella teoria analitica, in modo tale da definire la sua possibilità di contrapporsi alle posizioni proprie dell’ermeneutica?

L’analitica ha rimproverato a lungo, e rimprovera ancora, all’ermeneutica, la sua «ossessione del caso concreto»⁸¹. E lo ha potuto fare in quanto, nella misura in cui ha tenuto distinte l’interpretazione del diritto dalla sua *applicazione*. La tesi ermeneutica “non c’è interpretazione senza applicazione” – oltre a mostrare una serie di debolezze nelle sue implicazioni pratiche (svalutare il ruolo dell’interpretazione dottrinale, proporre una tesi prescrittiva secondo cui il giudice dovrebbe decidere sempre secondo equità, introdurre, di fatto, un principio di defetibilità di tutte le norme giuridiche) – sarebbe viziata anzitutto da un errore concettuale: quello di non sapere distinguere tra ciò che è interpretazione in astratto (l’attribuzione di un significato ad un testo normativo: “T ha

⁷⁹ Cfr., sul punto, V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 41-64.

⁸⁰ M. Barberis, *Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2015, 1, p. 116.

⁸¹ R. Guastini, *Ermeneutici e analitici*, ora in Id., *Filosofia del diritto positivo*, cit., p. 289.

il significato S”, “D significa o implica N”) e ciò che, invece, riguarda la qualificazione giuridica di un caso (“il tale atto costituisce omicidio”)⁸².

L’interpretazione propriamente detta consiste, infatti, nell’«identificazione della norma o delle norme espresse o implicate da una disposizione», e costituisce – secondo l’analitica – ciò che *logicamente* precede sempre la «decisione intorno alla sussunzione di una fattispecie concreta sotto una fattispecie astratta». L’ermeneutica replicherebbe che il *significato* di una disposizione *dipende*, in realtà, dal caso in relazione al quale essa viene in considerazione per la sua eventuale applicazione – e dipende nel senso della *reciproca determinazione* di norma e caso, secondo una logica che non è quella “sussunzione”, ma dell’equiparazione o dell’assimilazione, per dirla con Kaufmann.

Il punto essenziale è quest’ultimo: solo, infatti, se la relazione tra norma e caso non è una relazione di *sussunzione*, la replica ermeneutica può funzionare. O, in altri termini: la differenza tra le due posizioni è data dalla differenza tra la logica della sussunzione, propria della posizione analitica, e quella “analogica”, possiamo così chiamarla, dell’ermeneutica.

Proviamo a spiegare il punto. La critica analitica alla tesi ermeneutica si basa, essenzialmente, sulla distinzione tra enunciati interpretativi ed enunciati sussuntivi. Se qualsiasi enunciato giuridico che faccia uso di *predicati* designa e denota *classi*, da ciò segue necessariamente: (i) che decidere se una norma si applichi o no ad un certo caso significa decidere se quel caso sia o meno *incluso* all’interno della classe di soggetti e/o azioni astrattamente previsti dalla norma. Sussumere significa, pertanto, «includere una entità individuale in una classe» (sussunzione in concreto) o «includere una classe in una classe più ampia»⁸³; (ii) che

⁸² Seguo, qui, R. Guastini, *Interpretare, costruire, argomentare*, in Id., *Filosofia del diritto positivo*, cit., pp. 308-309.

⁸³ R. Guastini, *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., p. 311, Id., *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2006,1, pp. 227-236.

il fatto che il caso venga o meno incluso dipenderà dall'interpretazione dei *predicati* dell'enunciato, e non da quella dell'enunciato stesso.

Credo che questo sia il vero “nodo” concettuale che fa funzionare la critica analitica. Data la norma – derivante da una disposizione – per la quale “è vietato l'ingresso dei veicoli”, per sapere se essa si applichi o meno al monopattino, ciò che devo sapere è se è possibile affermare che “questo monopattino è un veicolo” (per questo l'analitica mantiene il “sillogismo” come modello teorico)⁸⁴. Non c'è bisogno, cioè, di interpretare la disposizione (cosa che è già stata fatta): ciò che conta è l'enunciato sussuntivo (del tipo “questa x è un veicolo”)⁸⁵.

Ciò significa presupporre, però, non solo una determinata concezione dei “predicati” (o termini) giuridici⁸⁶, ma anche l'idea che l'applicazione delle norme si basi su una logica del predicato o dei concetti – di

⁸⁴ Ciò vale anche laddove si introduca – come fa Guastini – la distinzione tra sussunzione in astratto e sussunzione in concreto – la quale, di per sé non modifica la forma logica dell’“applicazione” della norma, che continua ad avere «la struttura classica del sillogismo giudiziale». Rimando, sul punto, alle pagine di C. Nitsch, «*Astratto v. concreto*». Note sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2014, 1, pp. 127-149.

⁸⁵ Così R. Guastini, *Lo scetticismo giuridico rivisitato*, cit., p. 227: «La sussunzione consiste nell'interpretazione (non di enunciati completi, ma) di predicati, quali ‘assassinio’, ‘contratto’, ‘maggioranne’, ecc. Essa si esprime mediante enunciati del tipo. ‘x (non) costituisce assassinio’, ‘y (non) è un contratto’, ‘z (non) è maggioranne’, ecc. Enunciati siffatti, ad evitare confusioni, è bene chiamarli (non interpretativi, ma) ‘sussuntivi’».

⁸⁶ Dove per “predicati” gli analitici intendono «termini che denotano classi. In particolare: predicati impiegati nella formulazione dell'antecedente (fattispecie astratta) delle norme» (R. Guastini, *Lo scetticismo giuridico rivisitato*, cit., p. 229). L'analitica assume, cioè, che i concetti giuridici siano concetti *classificatori*, ossia come termini che denotano classi. L'ermeneutica, per contro, sembra invece propendere per una concezione dei concetti giuridici come *funzioni*, per una concezione *ordinatoria*, diremmo, di essi – su cui rimando a G. Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico*, tr. it. in *L'ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, ETS, Pisa 2016, pp. 159-168.

matrice aristotelica –, ossia sull'idea dell'*invarianza del significato di un termine rispetto agli enunciati in cui entra a fare parte*. In altri termini: l'applicazione sarebbe un'operazione distinta dall'interpretazione, in quanto si limiterebbe al momento della “sussunzione”. Ma ciò richiede che il termine *medio* conservi, *de jure*, lo stesso significato in entrambe le premesse (incorrendo, altrimenti, nella fallacia della *quaternio terminorum*). La tesi analitica può certamente, allora, sostenere che l'interpretazione *preceda* l'applicazione, ma per farlo deve assumere – spesso implicitamente – la tesi per cui il significato dei termini (o dei predicati) è *indipendente* dagli enunciati in cui essi entrano a far parte. È il requisito dell'*univocità*: “veicolo” non può significare una cosa nell'enunciato interpretativo e un'altra cosa nell'enunciato sussuntivo – altrimenti non sarebbe possibile la sussunzione.

La necessità di questo requisito non è una necessità strettamente logica: dipende, ed è indispensabile, solo, appunto, in una “logica dei predicati” come quella della sillogistica di derivazione aristotelica. Le cose già cambiano in una logica della proposizione, in cui il significato di un termine dipende dalla proposizione di cui esso fa parte⁸⁷. L'ermeneutica si basa sull'idea che il *significato* dei termini (predicati) vari con il variare della proposizione (nei nostri termini: a seconda che il termine compaia come predicato della premessa maggiore o della premessa minore). Non esiste, cioè, un termine “medio” che sia già identico e che resti tale, che conservi quel valore identico in grado di assicurare il passaggio dalle premesse alla conclusione.

Quando, allora, pur muovendo dalla norma “vietato il furto”, si formula l'enunciato “sottrarre elettricità è un furto”, quest'ultimo *modifica*

⁸⁷ Su tutto ciò, rimando a E. Melandri, *La linea e il circolo*, Quodlibet, Macerata 2004, pp. 95 e ss. Ciò non significa, ovviamente, che la giusanalitica italiana non applichi la logica enunciativa (o proposizionale). Significa, diversamente, che diversi autori articolano la cosiddetta interpretazione “in concreto” – in quanto decisione sull'estensione di un *concetto* o *predicato* – attraverso la logica dei predicati (da qui la possibilità, del resto, di intendere la giustificazione interna come ragionamento *deduttivo*).

il significato che “furto” aveva nella norma – ossia: nella disposizione per come interpretata *in abstracto* – costringendo l’interprete a tornare su di essa. Questo “andirivieni” dello sguardo, come di solito è chiamato, risponde pertanto ad una necessità logica: quella di giungere, attraverso il reciproco determinarsi di enunciato normativo ed enunciato fattuale, se così possiamo chiamarli, alla loro *corrispondenza*, alla loro “equiparazione” (*Gleichsetzung*), al loro farsi-identici.

Con ciò, non intendo sostenere che le teorie del diritto di stampo ermeneutico, e quelle italiane in particolare, difendano esplicitamente questa concezione. Intendo, diversamente, osservare come la distinzione difesa dagli analitici tra enunciati interpretativi ed enunciati sussuntivi, e con essa tra interpretazione e applicazione, *presuppone* la tesi dell’invarianza del significato dei termini (o predicati) rispetto agli enunciati in cui essi si trovano. E, viceversa, come sia esattamente questa tesi che, di fatto, diverse teorie ermeneutiche – che sviluppano il problema della “circolarità” o del movimento “a spirale” – implicitamente rifiutano.

Posizioni, poi, come quelle di Villa circa la «visione dinamica del significato», la quale implica «l’idea che il significato sia una nozione a formazione progressiva»⁸⁸ che tende a precisarsi e a compiersi man mano che entra in contatto con situazioni applicative concrete o “tipo” (interpretazione dottrinale), possono allora anche essere lette, forse, come tentativi – all’interno della tradizione post-analitica – non soltanto di proporre versioni “contestualiste” del significato, ma di rivedere l’idea che esso, dato una volta per tutte, si manterrebbe identico nel passaggio dall’interpretazione in senso astratto a quella in concreto⁸⁹.

⁸⁸ V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, in «Ragion pratica», 2010, 1, p. 43.

⁸⁹ La tesi “contestualista” di Villa ha ricevuto apprezzamenti da parte di diversi esponenti dell’ermeneutica – che hanno visto in essa una “convergenza” rispetto ad alcune loro tesi. Cfr., sul punto, B. Pastore, *Interpretazione giuridica e dipendenza contestuale del significato*, in «Diritto & Questioni pubbliche», XVII (2017), 2, pp. 345-362.

Il secondo aspetto su cui credo occorra brevemente soffermarsi, è quello relativo alla relazione tra teoria dell'interpretazioni e teoria del significato – relazione che costituisce un tema di riflessione sia per l'analitica che per l'ermeneutica. Di quest'ultima si dirà a breve, ma ne abbiamo già chiarito la posizione fondamentale: l'interpretazione è sempre «un momento rivelativo del farsi del diritto»⁹⁰, è cioè un'attività che non è limitata al problema dell'attribuzione o accertamento del significato delle disposizioni, ma che è intrinsecamente legata al problema di che cosa il diritto sia e di come esso si realizzi, divenga reale.

Per l'analitica, le cose vanno diversamente, se non altro perché – in forza del principio di conversione e dei presupposti metodologici già visti – la teoria dell'interpretazione si presenta come attività *descrittiva* di ciò che i giuristi fanno, dei discorsi interpretativi della giurisprudenza. Il che comporta che, quando ad esempio viene difesa – da parte di alcuni – una teoria “scettica” dell'interpretazione, essa rimane intesa come una teoria che afferma che i discorsi interpretativi *sono* – di fatto – discorsi in funzione prescrittiva, e non conoscitiva.

Così Guastini, a proposito della propria teoria: «la teoria realistica dell'interpretazione costituisce una *descrizione vera* delle pratiche interpretative. Uno sguardo anche superficiale alla dottrina e alla giurisprudenza la conferma, e nessuno – dico: nessuno – mai l'ha contestata in punto di fatto»⁹¹. Ancora una volta, ciò che la teoria dell'interpretazione fa è di «accertare ciò che gli operatori giuridici realmente fanno», e non «stabilire se ciò che fanno – in particolare ciò che i giudici decidono – sia corretto o scorretto». Ora, indipendentemente dalle diverse posizioni (dallo “scetticismo” interpretativo alle difese della “teoria mista” o eclettica alla Hart, al già ricordato tentativo di superamento del “formalismo” proposto da Villa), le tesi implicite in questa posizione

⁹⁰ V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, cit., p. 32.

⁹¹ R. Guastini, *Ermeneutici e analitici*, cit., p. 303. Cfr. anche R. Guastini, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, 2, pp. 463-469.

si riescono a scorgere partendo dal dibattito interno all'orientamento analitico circa il problema del rapporto tra teoria dell'interpretazione e teoria del significato.

Guastini, in particolare, ha difeso più volte l'idea per cui la teoria dell'interpretazione non avrebbe bisogno, per definirsi, di *alcuna* teoria del significato. Proprio perché – egli scrive – essa è essenzialmente teoria che pretende di descrivere come il significato *di fatto* è attribuito dagli interpreti (la giurisprudenza), essa non può presupporre alcuna teoria del significato in quanto è essa stessa null'altro che una teoria del significato, dal momento che quest'ultima non è «altra cosa che la ricostruzione della pratica di attribuzione del significato propria degli operatori giuridici (entro coordinate spaziotemporali date)»⁹². A ciò, Villa ha replicato come sia impossibile, in realtà, comprendere l'interpretazione giuridica senza capire cosa si debba intendere con “attribuire significato” – il che, come egli nota, non vuol dire proporre una teoria *essenzialistica* del significato, pretendere cioè di identificare una “essenza” del termine “significato”⁹³.

Occorrerebbe, da questo punto di vista, chiedersi che tipo di affermazione sia quella per cui “il significato dipende dall'interpretazione”, dal momento che essa sembra dover essere letta, anzitutto, come un enunciato *constativo*, ossia come una *descrizione* di ciò che i giuristi fanno nelle loro attività pratiche («in che altro può mai consistere una teoria puramente descrittiva del significato se non nella ricostruzione della pratica interpretativa di una qualche comunità di interpreti?»)⁹⁴. Resta

⁹² R. Guastini, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 469. Cfr. anche – a difesa delle obiezioni mosse da Barberis, P. Chiassoni, *Archimede o Eraclito? Sul primato retorico dello scetticismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2001, 2, pp. 543-556.

⁹³ V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, cit., p. 18. Cfr., ancor più esplicitamente, V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2012, p. 196.

⁹⁴ R. Guastini, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 469.

da chiedersi, come fa anche Canale, come sia possibile constatare come il significato venga attribuito, di fatto, dai giuristi, senza aver prima risposto – anche implicitamente – alla domanda: «in che cosa consiste per una espressione linguistica l’aver un significato?»⁹⁵, e dunque senza aver assunto una teoria del significato. Non possiamo, qui, tentare di rispondere alla questione, né a favore né contro⁹⁶, anche perché ciò implicherebbe dover affrontare il problema del significato del “significato”, attraverso le diverse posizioni e tesi che sono sostenute tanto all’interno dell’analitica che dell’ermeneutica giuridica.

Ciò che importa, per i nostri scopi, sottolineare, è come la discussione in corso sia attraversata, in ultima istanza, dal problema di evitare che, attraverso il problema del significato, la *descrizione* delle effettive prassi interpretative dei giuristi/giudici venga intesa come la risposta ad una domanda che autori come Guastini hanno sempre rifiutato (“che cos’è l’interpretazione giuridica?”, “Qual è la sua natura?”)⁹⁷. Questo è, credo, ciò che conta: dal punto di vista analitico, la descrizione di ciò che fanno i giuristi non risponde al problema di definire la *natura*

⁹⁵ D. Canale, *Teorie dell’interpretazione giuridica e teorie del significato*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2012, 1, p. 160.

⁹⁶ Possiamo, però, osservare – come anche Canale nota – come sia possibile leggere, ad esempio in Guastini, una *teoria interpretativa del significato*, la quale permette di non ricorrere alla nozione di “significato”. È ciò, in fondo, che Guastini sostiene quando pensa l’interpretazione come *traduzione*, ossia come pratica di “riformulazione”, e dunque non più operazione che mira alla restituzione o attribuzione di un significato, bensì alla *trasformazione* di un enunciato in un altro enunciato, di un testo in un altro testo. “T significa S” è equivalente a “l’enunciato T è equivalente all’enunciato S”. La tesi “il significato dipende dall’interpretazione” implicherebbe, cioè, la tesi: “l’interpretazione è traduzione”. Questa operazione consentirebbe di non fare della distinzione tra disposizione e norma una separazione tra «due entità diverse ed eterogenee». Il significato, come Guastini nota, non è altro dall’enunciato interpretativo: “significato” è il nome di un enunciato, dice chiaramente, è il nome, cioè, dell’enunciato interpretante. La questione, allora, “in che cosa consiste il significato?”, diviene, in tale contesto, irrilevante.

⁹⁷ R. Guastini, *Enunciati interpretativi*, in «Ars Interpretandi», 1997, p. 41.

dell'interpretazione giuridica, ciò in cui essa consiste. Ed è per questo che la descrizione di come i giuristi attribuiscono significato *non* è una risposta alla domanda che chiede in che cosa consista attribuire significato.

È questo, credo, il punto in cui la divisione tra analitica ed ermeneutica si produce e si definisce. Non sono le singole "tesi" a separarle, in fondo. Ma ciò che è possibile domandare. Se restiamo al problema delle teorie del significato, per l'analitica saranno ammissibili diverse risposte, *eccetto* quelle che implicino la domanda su quale sia la *natura* dell'interpretazione giuridica (la domanda su *che cosa* essa sia). Diversamente, per l'ermeneutica non si può che muovere dalla domanda su che cosa, nell'interpretazione, ne vada per il diritto, per ciò che esso è, per la sua comprensione.

Del resto, le ragioni per cui l'ermeneutica è passata necessariamente per la critica al sillogismo giudiziale, non sono certo soltanto date dal fatto che esso non descriverebbe con sufficiente precisione come di fatto la decisione del caso si determina e si giustifica. Allo stesso modo, quando l'ermeneutica sottolinea come l'interpretazione non preceda l'applicazione della norma, ma avvenga insieme ad essa, questa tesi è strettamente connessa con le premesse ontologiche che abbiamo visto. Gadamer aveva già insistito sul fatto che la giurisprudenza non si limiterebbe mai alla semplice «applicazione» delle norme giuridiche. In quell'applicazione, essa sviluppa il diritto stesso, a causa della «produttività del caso particolare».

Per l'ermeneutica giuridica, ciò dipende direttamente dalla considerazione per la quale il diritto non è dato come un oggetto, ma avviene, si fa, come un processo. È evidente, allora, come l'"applicazione" non abbia il significato della sussunzione di un caso nella classe di casi previsti dalla norma, come l'*applicatio* non sia semplicemente il «mettere in relazione qualcosa di universale, dato precedentemente, con la situazione particolare». "Applicazione" dice, per l'ermeneutica, il *realizzarsi* del diritto, il suo divenire ciò che è. E dal momento che – come si è visto – il diritto si realizza nel venirsi a corrispondere di dover-essere ed essere, di norma e fatto, allora l'"applicazione" non consisterà che in quell'as-

similazione, equiparazione, co-determinazione di regola e caso. Manteniamo qui queste diverse espressioni, proprio per sottolineare come le diverse posizioni ermeneutiche si distinguano spesso per il modo in cui definiscono i modi e le tecniche attraverso qui quella corrispondenza si realizza. In generale, però, resta l'idea che «norma e caso vengono a trovarsi tra loro in un rapporto di progressiva determinazione reciproca. L'applicazione della norma al fatto consiste nella scoperta della loro coincidenza attraverso un movimento circolare del comprendere che procede in una pluralità di livelli successivi»⁹⁸.

Soltanto, però, se si ha chiara la concezione ontologica sottostante – il diritto come corrispondenza tra dover-essere ed essere – si possono, credo, evitare letture improprie delle singole tesi relative all'interpretazione ed al ragionamento giuridico tipiche dell'ermeneutica. Lo ha di recente sottolineato, correttamente, Omaggio: «la teoria ermeneutica [...] è qualcosa di più di una teoria dell'interpretazione giuridica, è una teoria del diritto, che si concentra sul carattere fondamentale del diritto, cioè la sua positività. Precisamente essa è còlta come un processo, il processo della positivizzazione»⁹⁹. Processo, diremmo, del farsi del diritto *attraverso* la decisione dei casi. Su questo sfondo, si potranno valutare anche le diverse tesi che definiscono i differenti indirizzi di stampo ermeneutico presenti nel dibattito italiano, le singole tesi sull'interpretazione sostenute – nonché la questione, anch'essa discussa, relativa al rapporto tra interpretazione e traduzione.

L'idea del “circolo” (o “spirale”) ermeneutico¹⁰⁰ funziona, qui, non per spiegare come l'interprete di fatto decida, ma come il diritto si realizza: «il rimando dialettico e l'interazione che si vengono a creare tra il testo normativo e l'ipotesi interpretativa, tra l'interrogazione delle norme e quella dei fatti», è ciò attraverso cui «sulla base di progressive

⁹⁸ B. Pastore, *Interpretare, giudicare, controllare*, cit., p. 66.

⁹⁹ V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, cit., p. 31.

¹⁰⁰ Cfr. P. Nehrot, *Alle radici del concetto di diritto. Su alcuni presupposti epistemologici dell'ermeneutica*, in «Ars Interpretandi», 1996, pp. 169-172.

determinazioni e integrazioni» si ridefinisce continuamente la relazione tra norma e fatto «per realizzare in forma sempre più soddisfacente e convincente la soluzione ragionevole e accettabile del caso»¹⁰¹. La “circularità” dell’interpretazione è ciò che definisce il movimento attraverso il quale il diritto si può concretizzare nella sua oggettività, nel suo accadere come *giusta* soluzione.

Dove “giusta” è quella soluzione attraverso cui il diritto si realizza come l’essere che doveva essere. Il che non è nulla di “oscuro”, ma di perfettamente logico, se si tiene conto di quanto visto in premessa, ossia che il diritto è, per l’ermeneutica, il *corrispondersi* del suo dover-essere (la regola che deve decidere il caso) e del *suo* essere (il caso deciso secondo la regola). Giusto è il diritto quando esso si realizza, si concretizza esattamente come avrebbe dovuto. Questo dal punto di vista formale. Punto di vista che, a nostro avviso, è la base comune delle diverse concezioni odierne dell’ermeneutica giuridica – anche di quelle che, nel recupero di alcuni temi propri del neo-costituzionalismo o di un rinnovato “giusnaturalismo”, hanno più insistito, invece, sul momento *contenutistico* di questo realizzarsi. In tal senso, la “soluzione giusta” non credo implichi necessariamente – per un punto di vista ermeneutico – né una forma di cognitivismo etico né la rivalutazione del ruolo dell’equità quale fonte del diritto. Può implicarle, certamente, a seconda delle posizioni degli autori. Di per se stesso, tuttavia, il problema della soluzione “corretta” o “giusta”, della giustizia del caso concreto, dipende e deriva dal movimento che definisce il concetto stesso di diritto, inteso come corrispondenza tra dover-essere ed essere.

Ciò però non può non riportarci al problema dell’interpretazione “corretta”, di *come* sarebbe possibile assicurare una oggettività delle singole interpretazioni. È chiaro che questa correttezza, questa oggettività, non può dipendere dall’*adeguatezza* dell’interpretazione rispetto al suo “oggetto”, considerato come ad essa esterno. Questo fa allora

¹⁰¹ G. Zaccaria, *Comprendere il diritto*, cit. p. 520.

problema. Ma, ripetiamo, non sono le risposte che, qui, possono interessarci, bensì i problemi. Ne abbiamo viste alcune. Basti ricordare che è esattamente a questa questione che tenta di rispondere Canale quando afferma che «un'interpretazione può dirsi corretta, infatti, non alla luce dei suoi risultati, ma in virtù dei suoi presupposti»¹⁰² – e crediamo lo faccia in maniera coerente, in quanto riconosce esplicitamente come nessun controllo “esterno” sulla correttezza dell'interpretazione possa essere ammesso in un contesto ermeneutico. Per i nostri scopi, è sufficiente, però, aver individuato la questione.

5. Conclusioni

Non è affatto scontato che analitici ed ermeneutici si “ritrovino” nel modo con cui, in queste pagine, abbiamo delineato i termini del loro confronto. Il nostro intento non era, del resto, “ricostruttivo”, se con ciò si intende il semplice riportare le posizioni esplicitamente sostenute dai diversi autori. Ciò che ci ha, qui, interessato, è stato il problema di individuare i nodi problematici a partire da cui si è costituita la *divisione* tra queste due posizioni – le quali *storicamente* hanno determinato più di altre, sarebbe difficile contestarlo, il dibattito interno alla filosofia del diritto italiana per più di un trentennio.

Non abbiamo tentato pertanto di “conciliare” o di favorire un “confronto” più aperto tra esse. Non sappiamo – né ci interessa saperlo – “ciò che è vivo è ciò che è morto”, oggi, nella giusfilosofia analitica e nell'ermeneutica giuridica italiane, e quale sia il loro destino, quali i nuovi problemi che si troveranno a dover affrontare e risolvere. Le ragioni che decidono della continuazione di una “scuola” o di una “tradizione”, della sua crisi o del suo affermarsi, non sono, del resto, sempre e solo ragioni teoriche.

Per ciò che ci riguarda, abbiamo tentato di assolvere ad un compito più limitato: quello di individuare quali fossero i due dispositivi alla

¹⁰² D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, cit., p. 3.

base, più che delle singole tesi, dell'*ordine del discorso* analitico e di quello ermeneutico – ossia: delle regole, implicite, che rendono possibile il loro regime di discorso (quali enunciati possano essere ammessi, quali no, quali siano i criteri della loro verifica, e così via).

Si tratta, a nostro avviso, di due dispositivi che possono essere individuati soltanto se ci si porta al livello della problematica ontologica – ossia della domanda: che cos'è il diritto? – e si prova a chiarire come ad essa rispondano le due correnti.

Quello analitico, funziona attraverso un principio di *conversione*: esso, cioè, funziona in quanto la risposta alla domanda su che cosa sia il diritto converte quella stessa domanda in domanda sul concetto di diritto. Ed è questa conversione che rende possibile la discorsività analitica.

Quello ermeneutico, invece, si basa, all'inverso, sulla *ri-ontologizzazione* della domanda, direi ora in conclusione di quanto visto. Ossia: rispondendo – come l'analitica – che il diritto è linguaggio, l'ermeneutica afferma che nel linguaggio si dà l'essere del diritto, *nel* linguaggio (nel discorso, nel suo farsi discorsivo) il diritto viene ad essere ciò che è. Il linguaggio – e in particolare l'interpretazione – viene cioè ad essere il luogo in cui il diritto accade, viene al proprio essere. Il che spiega, credo, come si riescano, in essa, a tenere insieme, dopotutto, i due modi principali di articolare il suo funzionamento: quello gadameriano – da taluni accusato di giungere ad una forma di “idealismo linguistico” – e l'altro, quello più strettamente giuridico, che riprende invece «un'ontologia relazionale» *à la* Kaufmann.

Ciò non ha ovviamente impedito – ne abbiamo cercato di dar conto – che trasformazioni interne e tentativi di ripensamento abbiano attraversato e attraversino ancora i due orientamenti (e quindi: ripresa della questione ontologica nell'ambito analitico, accentuazione dell'analisi linguistica nell'ambito dell'ermeneutica, specie in relazione con l'avvicinamento al pragmatismo)¹⁰³. Né significa che la filosofia analitica o che

¹⁰³ Del resto, lo ripetiamo, questi due “dispositivi” non vanno confusi con quelle che si potrebbero ricostruire come le “tesi principali” della filosofia analitica o dell'er-

l'ermeneutica giuridica siano definite in generale dal loro rispondere o meno alla caratterizzazione che ne abbiamo dato – noi ci siamo riferiti, vale la pena precisarlo ancora, a come esse si auto-definiscono o vengono abitualmente identificate, oggi, nel dibattito giusfilosofico italiano.

I due “dispositivi” che abbiamo individuato – che potremmo chiamare, rispettivamente, come quello di “conversione” e quello di “ri-ontologizzazione” della domanda fondamentale – sono ciò che, a nostro avviso, determinano come analitica ed ermeneutica pensano, articolano, definiscono i problemi legati al loro metodo, alla conoscenza del diritto, alla teoria dell'interpretazione.

Anche con riferimento ad essi, non abbiamo cercato di “riassumere” le tesi principali dei due indirizzi, bensì di definire le condizioni che le rendono possibili e il tipo di problematiche a cui si legano. Per questo le tesi epistemologiche (se e come è possibile conoscere il diritto, che ruolo ha la filosofia del diritto in tale conoscenza) rimandano e dipendono dal funzionamento di tali dispositivi.

Riepilogando quanto visto, diremo che le tesi della giusanalitica, in tale ambito, si articolano sempre a partire da una concezione “corrispondentista” della verità: conoscere è *descrivere*, e gli enunciati descrittivi propri della filosofia del diritto sono veri in quanto e nella misura in cui corrispondono a ciò che di fatto fa la giurisprudenza, corrispondono cioè a ciò su cui vertono – e che è esterno ad essi. L'assicurazione di questa possibilità è il *meta-linguaggio*: è cioè soltanto attraverso la costruzione di una gerarchia di linguaggio che la filosofia del diritto può costituirsi come “scienza” descrittiva della giurisprudenza, come discorso vero sui discorsi dei giuristi. Per questo l'ambito dei problemi della giusanalitica è definito essenzialmente dal problema del terzo

meneutica. Li abbiamo chiamati così in quanto essi non indicano e non si identificano con una specifica tesi, con uno specifico enunciato (o una serie di enunciati), bensì rimandano a ciò che costituisce quanto consente ai diversi enunciati formulati in una teoria del diritto di stare in determinate relazioni tra loro, di essere leggibili secondo certe regole, e non altre, di produrre determinati effetti discorsivi.

uomo: ogni metalinguaggio, infatti, deve rimandare ad un altro metalinguaggio che ne assicuri la possibilità di esser vero, e così via. Con ciò, si ripete, non si sta facendo un'obiezione. Si sta, diversamente, dicendo che il discorso giusanalitico rinvia a questo tipo di problemi (senza di essi, non si spiegherebbe, ad esempio, il concetto di "meta meta-giurisprenza" elaborato da Guastini).

Dall'altra parte, le tesi ermeneutiche muovono dalla critica di ogni concezione della conoscenza come *adaequatio*, corrispondenza tra l'enunciato ed un "oggetto", un riferimento ad esso esterno. Dal momento che il diritto non è mai qualcosa di dato *prima* della sua conoscenza, il concetto di "comprensione" si fonda sull'idea che conoscere e applicare il diritto, sapere e fare, non possano essere separati. Il diritto è compreso realizzandolo, ed è realizzato comprendendolo. La logica ermeneutica non può che essere *circolare*: il testo da interpretare e la sua interpretazione, la regola e il caso, il discorso e il suo oggetto, si concretizzano sempre reciprocamente e allo stesso tempo. Qui, l'ambito problematico è – almeno per l'ermeneutica *giuridica* – definito, all'inverso rispetto all'analitica, proprio dall'impossibilità di fondare la verità sull'idea di corrispondenza. In altri termini: se tale concezione definisce l'ambito di problemi dell'analitica, il rifiuto di essa determina quello proprio dell'ermeneutica. Direi che si tratta, essenzialmente, di due ordini di questioni: (i) la prima, è la difficoltà della propria legittimazione: come può l'ermeneutica provare di essere una teoria *adeguata* a ciò che l'interpretazione è, a come davvero si decidono le controversie, a come ragionano i giudici, ecc., se essa muove dalla convinzione che non ci sono descrizioni, ma solo interpretazioni?; (ii) la seconda, è rappresentata dal problema di determinare i *criteri* in base ai quali diventa possibile distinguere tra interpretazioni "giuste" o "corrette" e interpretazioni errate, da respingere. Per le premesse viste, la correttezza di un'interpretazione non potrà consistere nella sua *corrispondenza* a qualcosa. Anche in tal caso, non sono obiezioni quelle che muoviamo. Al contrario: sono le serie di problemi che permettono di capire il perché l'ermeneutica dia un certo tipo di risposte, elabori determinati concetti e sostenga determinate tesi (diversissime, anche – dal il cognitivismo etico "minimo" di Viola all'inferenzialismo di Canale, per intenderci).

L'analisi qui proposta dovrebbe, allora, aver contribuito non tanto – non era, in fondo, questo lo scopo – a fornire un “quadro” delle tesi che definiscono oggi, rispettivamente, la giusnalitica e l'ermeneutica giuridica italiane, quanto ad aver chiarito come nessuna filosofia del diritto sia in grado di definirsi senza passare – esplicitamente o meno – per la sua domanda fondamentale, che è quella che interroga che cosa il diritto sia. E ciò anche laddove questo passaggio “sparisca”, si renda invisibile, attraverso la risposta che esso rende possibile. Da questo punto di vista, i problemi dell'interpretazione, della chiarificazione dei concetti giuridici, dell'applicazione della legge, del ragionamento giudiziale, non smetteranno di dipendere, in ultima istanza, dal modo in cui la questione del diritto, *quid ius*, continuerà ad essere pensata e interrogata.