



1 | 2022

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

IUS PISA
UNIVERSITY PRESS

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2022

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

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2022

IUS - Pisa University Press

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

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

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

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

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-119-6

layout grafico: 360grafica.it

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

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

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

Consiglio scientifico

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

Comitato dei referees

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

Redazione

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

Sede

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

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

La *koïnè* ermeneutico-giuridica

Presentazione

Gaetano Carlizzi9

Per una storia dell'ermeneutica giuridica

Gaetano Carlizzi15

La filosofia ermeneutica del diritto in Italia

Baldassare Pastore83

Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi

Tommaso Gazzolo129

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

Gianluca Gentile179

Note

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

Giovanni Blando225

Archivio

Ermeneutica giuridica

Winfried Hassemer241

**LA *KOINÈ* ERMENEUTICO-
GIURIDICA**

PRESENTAZIONE

Gaetano Carlizzi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PER UNA STORIA DELL'ERMENEUTICA GIURIDICA

Gaetano Carlizzi*

Abstract

The paper aims to clarify the various *forms of Legal Hermeneutics*. It argues that Legal Hermeneutics can be a practice, a methodology, a theory or, possibly, a philosophy of legal interpretation. These possibilities are confirmed by the following *historical survey*, which is divided into three parts. The first part concerns the “*age of the invention (of law)*”: in the Ancient Rome the legal interpretation was merely *practiced* and had above all, for a long time, a marked creative and normative force. The second part concerns the “*age of reception (of roman law)*”: on the one hand, between the late Middle Ages and the end of the 18th century, numerous jurists elaborated increasingly refined *methodologies* of legal interpretation; on the other hand, in the first half of the 19th century, F.C. von Savigny also established an original theory of this activity. The last part concerns the “*age of the codification*”: after that objectivist and subjectivist theories debated at the turn of the 20th century the purpose of legal interpretation, some German thinkers formed a legal-philosophical movement, which is here called “*Nomofactual Legal Hermeneutics*”, since they argued for the first time that law arises from the interpretive mediation between norms and facts.

Keywords

History of Legal Interpretation in Civil Law; Legal Methodology; Theory of Legal Interpretation; Philosophy of Law; “Nomofactual Legal Hermeneutics”.

* Desidero ringraziare Gerry Carillo, Lucia di Cintio, Gianluca Gentile, Francesco Lucrezi, Dario Luongo, Natalina Stamile e Stefania Torre, che, con la loro disponibilità al dialogo, hanno alleviato la difficoltà di orientarsi nel pluriverso affascinante e imprescindibile della storia del pensiero giuridico.

1. Programma dell'indagine

L'ermeneutica è un continente sconfinato, nel quale è facile perdere l'orientamento. Prova ne è che i giuristi spesso discutono di “ermeneutica” accorgendosi a stento che non stanno parlando della stessa cosa. Prima di esplorarlo sarebbe dunque opportuno dotarsi di una *mappa*, per stabilire in quale delle sue regioni ci si trova man mano che si prosegue nel cammino.

Facendo tesoro della storia e ponendomi dal punto di vista dell'ermeneutica giuridica, vorrei cercare di abbozzare questa mappa sulla base di una piccola scala, in modo da tracciare alcune distinzioni utili per un dibattito sul tema. La fondazione *storica* della ricostruzione si giustifica non solo per ragioni estrinseche, legate alla sua collocazione editoriale. Essa ha motivi ben più profondi, riflettenti la convinzione che diverse incertezze delle indagini sull'interpretazione derivano dall'illusione di potersi costituire in forma puramente teorica: come se i concetti e gli strumenti trattati avessero un significato atemporale, non dipendente dalle mentalità e dai bisogni delle epoche in cui sono stati escogitati o tramandati.

Più in dettaglio, seguirò il seguente percorso. Nel § 2, innanzitutto, darò una definizione approssimativa del nostro concetto, valorizzando l'esperienza che è all'origine di ogni ermeneutica, quella dell'*incomprensione*, dato che è proprio la progressiva trasformazione dei modi di affrontarla che ha condotto alla delimitazione delle grandi aree del relativo continente (§ 2.1); in secondo luogo, chiarirò le ragioni per le quali, sebbene tale esperienza sia comune a tutte le ermeneutiche (letteraria, teologica, storica, giuridica e filosofica), è preferibile dedicare un'indagine autonoma all'ermeneutica giuridica (§ 2.2). Nel § 3 procederò alla ricostruzione storica annunciata, che si estenderà dall'epoca romana al XX secolo, passerà in rassegna i mutevoli significati di “interpretazione”, ma anche i suoi problemi ricorrenti, e mostrerà che l'ermeneutica giuridica si è a lungo configurata, a seconda dell'epoca considerata, come *mera pratica*, come *disciplina tecnica*, come *teoria* dell'interpretazione o come *filosofia* del diritto.

2. Introduzione all'ermeneutica giuridica

2.1. Concetto e forme di ermeneutica

Secondo una tesi ancora oggi popolare e attribuita al filologo August Böckh¹, “ermeneutica” deriverebbe da “*Ermes*”, il messaggero degli dei, incaricato di trasmettere agli uomini la volontà divina nelle forme del loro linguaggio. Lo storico delle religioni Karol Kerényi, invece, ha sostenuto che “ermeneutica” discenderebbe semplicemente da “*Hermeneia*”, la cui radice potrebbe corrispondere a quella del latino “*sermo*” (discorso, linguaggio, espressione) e aver indicato in origine la parola proferita e l'esperienza vissuta durante il rito misterico². Se in entrambe le prospettive è centrale la funzione di comunicazione, nella prima questa si atteggia come *trasmissione*, nella seconda, invece, come *espressione*³, distinta da quella retorica, che mira piuttosto a persuadere⁴.

¹ La suddetta attribuzione (fatta, ad es., da K. Kerényi, *Hermeneia und Hermeneutike. Ursprung und Sinn der Hermeneutik* (1964); trad. it. di F. Moretti, *Origine e senso dell'ermeneutica*, in Id., *Scritti italiani (1955-1971)*, Guida, Napoli 1993, p. 107: «il dio da cui ancora prende lo spunto August Böckh»), non pare corretta, come si evince dal seguente passo di A. Boeckh, *Encyclopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, Teubner, Leipzig 1886; tr. it. di R. Masullo, *La filologia come scienza storica. Enciclopedia e metodologia delle scienze filologiche*, Guida, Napoli 1991, p. 119 (corsivi aggiunti): «questa parola si collega manifestamente col nome del dio Ἑρμῆς (Ἑρμῆας), da cui però non deriva, ma con cui ha comunanza di radice. Quale questa sia non si sa con certezza».

² Kerényi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., p. 107. In questo senso, anche G. Ebeling, *Hermeneutik*, in K. Galling (hrsg.), *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, III, Mohr (Siebeck), Tübingen 1959, col. 243.

³ Sul triplice significato di “ἐρμηνεύω” – «dichiarare [aussagen] (esprimere [ausdrücken]), interpretare [auslegen] (spiegare [erklären]), tradurre [übersetzen] (tradurre oralmente [dolmetschen])» –, v. Ebeling, *Hermeneutik*, cit., col. 243.

⁴ Sui rapporti tra espressione, comprensione e persuasione, v. anche M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano 1988, pp. 6, 9, 12.

D'altro canto, sin dalla filosofia greca⁵, alla base di ogni ermeneutica vi è l'esperienza dell'*incomprensione* (l'«urto ermeneutico» magistralmente descritto da Gadamer⁶), la conseguente esigenza di *comprensione* (il “bisogno ermeneutico”) e la connessa scoperta che, per soddisfarla, occorre una specifica attività, l'*interpretazione* (l'“impegno ermeneutico”), che può esser *praticata* oppure fatta oggetto di *pensiero*. In prima approssimazione, l'ermeneutica può dunque *concepirsi* come pratica dell'interpretazione quale mezzo di comprensione o come riflessione su tale pratica⁷.

⁵ Il primo a parlare di una “*hermeneutike techné*” (arte o tecnica fondata su abilità personali, più che su regole puntuali), a quanto pare (cfr. Kerenyi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., p. 108, che cita, in particolare, *Politico* 260d, nonché Ebeling, *Hermeneutik*, cit., col 243, che cita *Epinomide* 975c – peraltro di dubbia autenticità), fu Platone (428/427-348/347 a.C.), che nei suoi dialoghi la considerò di sfuggita e le attribuì una posizione secondaria. Una maggiore apertura provenne da Aristotele (384/383-322 a.C.), non tanto nel *Peri hermeneias*, vertente più sull'espressione linguistica che sull'interpretazione in quanto tale (sicché la traduzione latina «*De interpretatione*») è stata considerata scorretta: cfr. M. Ravera, *Introduzione*, in *Il pensiero ermeneutico. Testi e materiali*, a cura di M. Ravera, Marietti, Genova 1986, p. 6, dove si richiama «la più accorta traduzione di Colli, *Dell'espressione*»; critico anche Kerenyi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., p. 107), quanto nel *Techné rhetorike* (in latino: «*Ars rhetorica*»), che volle fungere anche da guida all'analisi dei testi letterari (W. Dilthey, *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900); tr. it. di M. Ravera, *Le origini dell'ermeneutica*, in *Il pensiero ermeneutico*, a cura di M. Ravera, cit., p. 179).

⁶ H.G. Gadamer (1960), *Wahrheit und Methode*, Mohr (Siebeck), Tübingen 1972; tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 2000, p. 555: «[...] in generale quello che ci costringe a riflettere, e richiama la nostra attenzione sulla possibilità di un uso diverso del linguaggio che ci è familiare, è l'esperienza di un 'urto' che si verifica di fronte a un testo[,] sia che il testo non esibisca alcun senso, sia che il suo senso contrasti irriducibilmente con le nostre aspettative».

⁷ In termini analoghi, con riguardo alla storia dell'ermeneutica *tout court*, cfr. H.G. Gadamer, *Hermeneutik als praktische Philosophie* (1972); tr. it. di A. Fabris, *L'ermeneutica come filosofia pratica*, in H.G. Gadamer, *La ragione nell'età della scienza*, il Melangolo, Genova 1982, p. 69.

Il rapporto tra *interpretazione* e *comprensione* risulta controverso. Si può discutere, da un lato, se l'interpretazione sia sempre in grado, almeno nel concorso di certe condizioni, di condurre alla comprensione; dall'altro lato, se la comprensione presupponga sempre un'interpretazione. A questi due interrogativi, non separati ma distinti, sono state date risposte mutevoli nel corso della storia⁸. Inoltre, essendo ormai chiaro che l'interpretazione è funzionale alla comprensione, ma discusso se questa presupponga sempre quella, nel prosieguo, di regola, parlerò dell'ermeneutica riferendomi principalmente all'interpretazione.

Dal punto di vista storico, non ogni pratica o concezione dell'interpretazione è già propriamente ermeneutica, ma solo quella riguardante *prodotti verbali* (asserzioni, profezie, richieste, precetti, racconti ecc.)⁹: in via principale, prodotti scritti o perlomeno stabili¹⁰ (ad esempio: poemi epici mnemonicamente tramandati prima della riscoperta della scrittura intorno alla metà dell'VIII sec. a.C.¹¹), in via accessoria, anche prodotti occasionali¹². Interpretare un gesto altrui o un personaggio di

⁸ Per una succinta ma utile rassegna di alcune risposte della filosofia contemporanea, cfr. L. Perissinotto, *Sul comprendere e l'interpretare*, in «Quaderni Veneti», 2013, 2, pp. 11-19. Nella filosofia del diritto, di recente, v. le stimolanti osservazioni di G. Pino, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli, Torino 2021, pp. 45-58.

⁹ Sulla stretta connessione tra ermeneutica e linguaggio: Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, cit., p. 6.

¹⁰ Su questa equivalenza, Kerényi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., pp. 105, 101, che sottolinea lo stretto nesso esistente tra ermeneutica e tradizione. Ma, sulla centralità dei documenti scritti per l'ermeneutica, tanto che il termine «interpretazione» andrebbe limitato al «comprendere le manifestazioni vitali fissate in modo durevole», cfr. Dilthey, *Le origini dell'ermeneutica*, cit., p. 177.

¹¹ Sulle differenze essenziali tra le due forme di produzione verbale e sull'importanza storica del passaggio dall'una all'altra, cfr. E.A. Havelock, *Preface to Plato*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1963; tr. it. di M. Carpitella, *Cultura orale e civiltà della scrittura. Da Omero a Platone*, Laterza, Roma-Bari 2001.

¹² Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 375.

una commedia non è propriamente ermeneutica, ma qualcosa di semplicemente analogo¹³.

L'analogia è nondimeno preziosa, perché mostra che l'interpretazione ha sempre a che fare col *sensu* di qualcosa. Suscettibili di interpretazione sono soltanto le realtà che hanno un senso, un orientamento che non si esaurisce nella loro materialità. L'interpretazione è esattamente la ricerca del senso, di una tensione che trascende la costituzione empirica della sua fonte. Questa tensione, quest'orientamento di un sostrato a qualcosa di distinto e distante, questa eccedenza del primo rispetto a sé stesso rappresenta lo spazio di gioco dell'interpretazione, la quale si distingue perciò da altre operazioni di pensiero (spiegazione¹⁴, previsione, descrizione, classificazione, calcolo ecc.). Quando questa tensione origina da prodotti verbali, dotati di senso per antonomasia in quanto *intenzionali*, allora si dà la possibilità dell'ermeneutica, sia essa *pratica* della loro interpretazione, *disciplina* delle sue operazioni, *teoria* dei suoi fini e dei metodi utili a essi, *filosofia* che la eleva a cifra dell'intera esperienza giuridica¹⁵. La quadripartizione, come anticipato,

¹³ Sulla plurivocità del concetto di "interpretazione", cfr. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 3-11.

¹⁴ Sui rapporti tra comprensione e spiegazione, cfr. i classici M. Riedel, *Verstehen oder Erklären. Zur Theorie und Geschichte der hermeneutischen Wissenschaften*, Klett-Cotta, Stuttgart 1978; tr. it. di G. Di Costanzo, *Comprendere o spiegare? Teoria e storia delle scienze ermeneutiche*, Guida, Napoli 1989, spec. pp. 149-171 (che approfondisce l'origine della distinzione, concepita come riflesso della contrapposizione tra storicismo e positivismo e volta a marcare l'irriducibile singolarità degli oggetti storici); G.H. von Wright, *Explanation and Understanding*, Cornell University Press, Ithaca-New York 1971; tr. it. di G. Di Bernardo, *Spiegazione e comprensione*, il Mulino, Bologna 1977, spec. p. 158 (dove, però, il termine "comprensione" è definito troppo latamente, ossia come individuazione di ciò che qualcosa è oppure di ciò che qualcosa significa, preliminare a una delle quattro forme di spiegazione ivi illustrate: causale, quasi-causale, teleologica e quasi-teleologica), nonché pp. 22-25 (spec. 23, dove la distinzione viene fatta risalire a Droysen), 50-55, 142-154.

¹⁵ Sul punto, v. anche *infra*, nt. 57.

può fungere da guida per la ricostruzione storica del fenomeno e per la connessa delimitazione delle grandi aree del suo continente.

2.2. Ragioni di un'indagine autonoma

Alla luce di quanto detto nel § 2.1, per “ermeneutica giuridica” si può intendere sia la pratica della interpretazione quale mezzo di comprensione dei prodotti verbali (soprattutto testi) giuridici, sia le varie specie di riflessione su tale pratica. Nonostante la filosofia ermeneutica da Schleiermacher¹⁶ in poi e l'ermeneutica filosofica da Gadamer¹⁷ in poi abbiano sostenuto la possibilità di una concezione *generale* del comprendere, per diverse *ragioni* è preferibile ricostruire autonomamente la storia dell'ermeneutica giuridica.

Prima di procedere al loro approfondimento, si impongono *due precisazioni*. Da un lato, alcune di tali ragioni potrebbero farsi valere anche per le restanti ermeneutiche, in modo da porre in questione la legittimità delle storie generali del tema, o perlomeno di quelle che non si strutturano rigorosamente come storie comparate. D'altro canto, evidenziare le stesse ragioni non significa negare che le restanti ermeneutiche, in particolare quella filosofica, abbiano fornito o possano ancora fornire un contributo allo sviluppo dell'ermeneutica giuridica, ma solo

¹⁶ Cfr. sin dall'inizio F.D.E. Schleiermacher, *Die allgemeine Hermeneutik. Geschrieben im Winter 1809-1810*; tr. it. di M. Marassi, *L'ermeneutica generale del 1809-1810 nella trascrizione di August Twisten del 1811*, in F.D.E. Schleiermacher, *Ermeneutica*, Bompiani, Milano 2000, p. 195 (corsivi aggiunti): «Int. 1. L'ermeneutica si basa sul fatto della non comprensione del discorso. Considerata nella sua massima generalità anche nella lingua materna e nella vita comune».

¹⁷ Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 679 (corsivi nell'orig.), proprio dall'angolo visuale dell'ermeneutica giuridica: «l'ermeneutica giuridica non rappresenta dunque alcuna eccezione, ma un esempio appropriato a far recuperare all'ermeneutica storica tutta la sua problematica, ricostituendo l'antica unità nel problema ermeneutico, unità nella quale il giurista e il teologo si incontrano con il filologo».

che questo sviluppo deve essere ricostruito secondo i propri principi interni.

È giunto il momento di illustrare le cinque menzionate ragioni:

A) *scarsità di indagini storiche complessive sull'ermeneutica giuridica*. Limitandoci all'area di *civil law*, fino a un recente passato, gli studiosi di storia dell'ermeneutica giuridica hanno seguito in genere, in maniera alternativa o concorrente, le seguenti due vie. O si sono occupati di epoche¹⁸, movimenti¹⁹, autori²⁰, aspetti²¹ specifici oppure hanno dilui-

¹⁸ Cfr. V. Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Jovene, Napoli 1976; Id., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Giuffrè, Milano 1956; M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Giuffrè, Milano 1969; S. Meder, *Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik* (2009); tr. it. di G. Carlizzi, *Problemi fondamentali e storia dell'ermeneutica giuridica*, in «Ars Interpretandi», 2009, pp. 27-49 (tra XVIII e XIX sec.); W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1986, pp. 195-212; tr. it. di G. Carlizzi, *Ermeneutica giuridica*, in questo fascicolo (tra XIX e XX sec.).

¹⁹ Cfr. le introduzioni contenute nell'antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, ETS, Pisa 2016; L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Giuffrè, Milano 1975, spec. pp. 201-370 (sul giusliberismo); V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, in «Ars Interpretandi», 2020, 2, pp. 27-44; A. Schiavello, *Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto*, ivi, pp. 45-66.

²⁰ Cfr. S. Meder, *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004; V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 3-88 (Hart, Dworkin, Kelsen, Troper e Kriele); V. Omaggio, *Postfazione*, in M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft* (1979); tr. it. di V. Omaggio, *Diritto e ragione pratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 163-182; volendo, G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, La Scuola di Pitagora, Napoli 2012 (Radbruch, Kaufmann e Hassemer); G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984.

²¹ Cfr. G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.* (1969), in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 443-474. Se poi assumiamo il termine "interpretazione" in senso lato, merita di essere segnalato

to le loro ricostruzioni nella più comprensiva storia della metodologia giuridica²². Pertanto, i giuristi interessati alla complessiva evoluzione del fenomeno hanno potuto contare su lavori sporadici e concisi²³. Tra questi si segnala, in Germania, l'efficace prefazione scritta dallo storico della filosofia Lutz Geldsetzer alla riedizione di una celeberrima opera in materia di Anton Thibaut²⁴; in Italia, il denso capitolo sul «problema della *'interpretatio'*» della tuttora preziosa *Introduzione* del romanista Riccardo Orestano²⁵.

La lacuna è stata in larga parte colmata a partire dall'inizio di questo secolo, grazie ad alcuni studi pubblicati in Germania da eminenti storici

innanzitutto (per la scelta di far precedere la ricostruzione teorica da un ricco profilo storico del tema) N. Bobbio, *L'analoga nella logica del diritto* (1938), Giuffrè, Milano 2006, 31-105.

²² Paradigmatica sin dal titolo è l'opera di P. Raisch, *Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg 1995, la quale, pur spiccando per la lunghezza dell'arco temporale trattato (dall'antichità romana alla fine del secolo scorso) e per l'attenzione dedicata a diverse opere di ermeneutica giuridica (dai «primi trattati sistematici italiani sull'interpretazione» ai lavori di Savigny, dalle produzioni del movimento del diritto libero agli scritti di Heck), esamina le relative acquisizioni promiscuamente con quelle provenienti da altre indagini di matrice metodologica (sulle fonti, sul sistema, sulla costruzione scientifica, sulla codificazione, sull'argomentazione ecc.).

²³ Che «una storia complessiva dell'ermeneutica giuridica [sia] un *desideratum*», è stato affermato anche da L. Geldsetzer, *Einleitung*, in A.F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts* (1806), Stern-Verlag Jannsen & Co., Düsseldorf 1966, p. XXVIII nt. 59.

²⁴ Ivi, pp. XV-XXIX. Tale profilo parte da C. Rogerio (XV sec.) e arriva a J.H. Boehmer (XVIII sec.), passando per S. Federici, F. Hotomanus, M. Mattesilani, B. Cepolla, V.W. Forster, J. Eichel, J. Hopper, H. Conrig, C.G. Peller, F. Glueck, J. von Felde, V. Placcius e C.H. Eckart.

²⁵ R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, Bologna 1987, pp. 51-131, che, dopo aver preso le mosse dall'esperienza romana ed essere arrivato alla Scuola dell'esegesi, passando per quelle dei Glossatori e dei Commentatori, l'Umanesimo giuridico e la Scuola storica, approfondisce l'ermeneutica giuridica olandese, quella tedesca e quella italiana nei secoli XV-XIX.

del diritto, tra cui la poderosa ricostruzione comparatistica sull'interpretazione di Stefan Vogenauer²⁶ e, soprattutto, la monumentale storia della metodologia giuridica di Jan Schröder²⁷. Il merito di queste im-

²⁶ S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, 2 voll., Mohr Siebeck, Tübingen 2001. Come anticipato, l'opera si caratterizza per il taglio comparatistico, in quanto si propone soprattutto di mettere a confronto il modo in cui alcuni ordinamenti continentali (Germania, Francia e Comunità Europee) e, rispettivamente, l'ordinamento inglese trattano i classici problemi dell'interpretazione giuridica in senso lato (fini e criteri ermeneutici legali – lettera, storia, contesto, scopo – ed extralegali; rapporti, gerarchie e ragioni di ponderazione tra questi criteri; fattori culturali dell'interpretazione). Con riguardo ai suddetti ordinamenti continentali (cui è dedicato il primo dei due volumi), la parte propriamente storica si riduce al quarto e ultimo capitolo (cfr. *ivi*, vol. 1, pp. 430-663).

²⁷ J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990)*, *Band 1: 1500-1933*, e *Band 2: 1933-1990*, 3., überarb. u. wesent. erw. Aufl., C.H. Beck, München 2020. Sebbene dedicata alla metodologia giuridica, l'opera costituisce la migliore introduzione esistente alla storia dell'interpretazione giuridica, in quanto, dopo aver suddiviso in periodi l'ampio arco temporale che va dal XVI al XX secolo, tratta in modo distinto in ciascun periodo i problemi relativi alle fonti, all'argomentazione e – appunto – alla interpretazione giuridica. Essa sconta l'unico limite di prendere in esame, dalla metà del XVII secolo in poi, salvo eccezioni (ad esempio: François Génay), soltanto autori tedeschi. Limite, questo, di certo non perfettamente superabile ad opera di qualunque individuo, nonché in qualche misura giustificato dal fatto che, per lungo tempo, gli studi dedicati ai suddetti tre temi sono stati pubblicati soprattutto in Germania o sulla scia di quelli tedeschi (tuttavia, è davvero difficile comprendere le ragioni del mancato approfondimento, tra gli altri, del pensiero ermeneutico del nostro Emilio Betti – citato di sfuggita *ivi*, *Band 2*, p. 185 –, specie perché formulato più di una volta in tedesco: cfr., tra le altre opere, E. Betti, *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Mohr (Siebeck), Tübingen 1967). Nondimeno, con particolare riguardo all'interpretazione giuridica, la ricchezza di informazioni (ricavabili anche dal poderoso apparato bibliografico) e la schematicità della ricostruzione (ruotante attorno a un numero relativamente ristretto di temi tipici: *littera*, *intentio* e *ratio legis*; interpretazione estensiva e restrittiva; analogia ecc.) non solo fanno di quest'opera uno strumento indispensabile per gli studiosi del tema, ma ne consigliano anche una traduzione almeno parziale in italiano.

prese è di far vedere ciò che sfugge quando la storia dell'ermeneutica giuridica viene frammentata in quella dell'ermeneutica generale. Mi riferisco ai temi e ai problemi ricorrenti nella prassi e nella teoria dell'interpretazione delle varie epoche, che, nonostante la diversità dei modi in cui sono stati via via intesi e risolti, per la loro costanza elevano queste ultime a parti integranti di un corso unitario.

B) *oscurità dei rapporti tra l'ermeneutica giuridica e l'ermeneutica generale.* È senz'altro presumibile che tra i due poli ci siano stati influssi reciproci nel corso della storia, vuoi per l'attività svolta da alcuni pensatori a cavallo tra le relative discipline (si pensi, in particolare, agli interessi giuridici del teologo Melantone²⁸ e, soprattutto, del filosofo Christian Thomasius²⁹), vuoi per i legami personali tra i loro rispettivi cultori (paradigmatica è l'amicizia tra Schleiermacher e Savigny³⁰).

Tuttavia, a causa della penuria di indagini approfondite sul punto, i *rapporti effettivi* tra l'ermeneutica giuridica e l'ermeneutica generale sono tuttora alquanto oscuri³¹. Oltretutto, qui bisogna fare i conti col

²⁸ Messi in evidenza da Gadamer riportando alcuni passi della sua opera a corredo della propria analisi dell'ermeneutica giuridica: cfr. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., pp. 657 nt. 252, 659 nt. 254.

²⁹ Su Thomasius quale «padre della filosofia giuridica moderna», cfr. F. Battaglia, *Cristiano Thomasio filosofo e giurista*, Soc. Ed. del Foro It., Roma 1936, p. 434.

³⁰ Sulla quale cfr., in sintesi, G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, Guida, Napoli 1978, p. 76; più ampiamente, Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., pp. 28-32.

³¹ In termini analoghi, cfr. Schröder, *Recht als Wissenschaft, Band 1*, cit., p. 135. Tra i pochi tentativi di approfondimento si segnala O.R. Scholz, *Ius, Hermeneutica iuris und Hermeneutica generalis – Verbindungen zwischen allgemeiner Hermeneutik und Methodenlehre des Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in J. Schröder (hrsg.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 18.-20. April 1996*, Franz Steiner, Stuttgart 1998, pp. 85-99, spec. 93-97, il quale avanza la tesi che il concetto di matrice giuridica di «presunzione relativa», dopo essere stato raffinato da Leibniz (che lo aveva distinto dai concetti affini di «finzione» o presunzione assoluta e di «congettura»), da un lato, servì ai suoi epigoni per chiarire lo *status* dei principi generali dell'interpretazione giuridica (cui venivano ricondotte le relati-

rischio di incorrere in quella che propongo di chiamare “fallacia della sineddoche”. Esso si realizza quando il riferimento compiuto in un ambito particolare ad autori, tesi o figure emerse in un ambito più esteso viene convertito automaticamente in recezione del complessivo pensiero di quei referenti. Semplificando, se un teorico dell’interpretazione giuridica si richiama ad Aristotele, alla centralità della *phronesis* nella sua filosofia pratica oppure al valore che l’*epieikeia* ha per la decisione giudiziale, non per questo sarebbe legittimo concludere che l’impronta della sua ermeneutica sia aristotelica. L’osservazione tornerà particolarmente utile quando parleremo dell’ermeneutica giuridica nomofattuale (cfr. § 3.3.2).

C) *eterogeneità dei bisogni ermeneutici dei giuristi e degli interpreti di altre discipline*. La ricostruzione unitaria delle diverse ermeneutiche presuppone che, in ciascuna epoca, i giuristi abbiano condiviso con i teologi, i letterati e gli storici lo stesso bisogno ermeneutico (cfr. § 2.1), cioè l’esigenza di trattare i prodotti verbali di loro rispettiva competenza come oggetti suscettibili o meritevoli di interpretazione in senso stretto.

Senonché, tale presupposizione è tutt’altro che convalidata. Anzi, l’esperienza giuridica mostra esattamente il contrario. Ad esempio, è vero che nel basso medioevo diversi teologi cattolici mostrarono una certa sensibilità ermeneutica, preoccupandosi di approfondire il patrimonio della prima Scolastica attraverso un catalogo, sia pure rudimentale, di criteri di interpretazione delle Sacre Scritture³². Ma è altrettanto

ve regole particolari e che valevano – appunto – fino a prova contraria), dall’altro, fu recepito nell’ambito dell’ermeneutica generale, dove pure furono formulati principi ispirati all’idea di probabilità.

³² Si pensi soprattutto alla nota dottrina del *quadruplici senso delle Scritture*, frutto della suddistinzione, operata nel seno della Scolastica, di tre specie di significato spirituale accanto a quello letterale. La sua formulazione canonica fu stabilita intorno al 1330 da Nicola di Lira, nel distico contenuto in una postilla alla *Lettera ai Galati*, che costituì una criteriologia (non ancora un’autentica metodologia) ermeneutica di grande impatto sull’esegesi biblica dei secoli successivi: «*littera gesta docet; quid credas allegoria / moralis quid agas; quo tendas anagogia*». Sul punto, cfr. Ferraris, *Storia*

vero che, nello stesso torno di tempo, l'atteggiamento dei giuristi fu del tutto diverso: pur giurando fedeltà al dettato del *Corpus iuris civilis*, fonte per eccellenza del diritto (comune) dell'epoca, essi lo manipolarono o lo elusero in maniera massiccia, al fine di soddisfare gli originali bisogni dell'epoca, così finendo per dismettere i panni dei veri e propri interpreti³³.

D) *condizionamenti ideologico-politici dei diversi atteggiamenti ermeneutico-giuridici*. Un altro fenomeno che ricorre quando la storia dell'ermeneutica giuridica viene scomposta per essere ripartita nelle varie epoche della storia dell'ermeneutica generale è la tendenza a concepirla in maniera *uniforme* in ciascuna di esse. Dipenda ciò dalla mentalità semplicistica dello studioso di turno, oppure dal suo scarso approfondimento della prassi e della teoria dell'interpretazione, resta il fatto che in tal modo le *vere forze* che muovono l'una e l'altra restano occulte.

Il punto è che il modo in cui i giuristi praticano e concepiscono l'interpretazione varia non solo da epoca ad epoca, ma anche all'interno di uno stesso periodo, per effetto di fattori ricorrenti. Tali fattori sono di tipo *ideologico-politico*, corrispondendo alle concezioni del diritto e alle ambizioni di organizzazione della vita associata che gli interpreti

dell'ermeneutica, cit., 24. Il distico è ripreso anche da G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Leipzig 1932; tr. it. di G. Carlizzi, V. Omaggio, *Filosofia del diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021, p. 127 (dove, peraltro, è fatto risalire direttamente alla Scolastica), che mette in luce con la solita illuminante concisione l'ambivalenza dell'interpretazione giuridica: «è una miscela indissolubile di elementi teorici e pratici, conoscitivi e creativi, riproduttivi e produttivi, scientifici ed extrascientifici, oggettivi e soggettivi» (ivi, p. 126).

³³ Si allude chiaramente alle Scuole dei Glossatori e dei Commentatori, il cui atteggiamento "antiermeneutico" fu superato soltanto con l'avvento del movimento umanistico, sul quale v. D. Maffei, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico* (1956), Giuffrè, Milano 1972. Sul punto v. *amplius infra*, § 3.2.2.

e i teorici tendono più o meno consapevolmente a promuovere³⁴. In questo senso, mentre nei rari e brevi periodi in cui quelle concezioni e ambizioni si riducono a una è in effetti riscontrabile una certa omogeneità nella pratica e nella teoria ermeneutica (si pensi al dodicennio di vigenza del regime nazista³⁵), nelle restanti epoche, che lasciano spazio al pluralismo ideologico-politico, la situazione è molto più complessa, in quanto i giuristi e gli studiosi si trovano in disaccordo sia sui fini dell'interpretazione, sia, di conseguenza, sui mezzi interpretativi e sui loro rapporti reciproci.

E) *irriducibilità dell'interpretazione giuridica ad altre specie di interpretazione*. L'idea fondamentale dell'ermeneutica filosofica è che uno degli elementi comuni a tutte le specie di interpretazione, ivi compresa quella giuridica, sia la *distanza temporale*, ossia la lontananza tra il momento di produzione e quello di consultazione del testo da comprendere. In questa sede non importa tanto chiarire che la suddetta distanza è intesa in maniera profondamente diversa dall'ermeneutica tradizionale e da quella gadameriana³⁶. Interessa piuttosto evidenziare che essa costituisce l'argomento addotto per giustificare la considerazione unitaria delle suddette specie di interpretazione.

Sennonché, sul terreno dell'interpretazione giuridica, l'incidenza della distanza temporale è accidentale e comunque accessoria. È acci-

³⁴ Questo aspetto, in verità trascurato anche in non pochi testi di teoria dell'interpretazione giuridica, che elencano e analizzano gli argomenti (o metodi) ermeneutici come se si trattasse di strumenti neutri, è invece messo in evidenza in modo chiaro e articolato da Pino, *L'interpretazione nel diritto*, cit., pp. 318-332.

³⁵ Ancora fondamentale al riguardo B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968), Mohr Siebeck, Tübingen 2017.

³⁶ Sul punto cfr. la sintesi folgorante contenuta in Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 615: la tradizione la assume «come abisso che deve essere scavalcato perché separa e allontana», mentre per Gadamer è «una positiva e produttiva possibilità del comprendere», è uno spazio «riempito dalla continuità della trasmissione storica e della tradizione».

dentale perché vi sono epoche, come la nostra, in cui le fonti del diritto, soggette a un rinnovamento incessante, risultano in buona parte *contemporanee* all'interprete. D'altro canto, anche quando una disposizione giuridica è entrata in vigore ben prima della sua interpretazione, l'incidenza di tale distanza è *accessoria*. In effetti, il fattore che spinge il giurista a interpretarla non è tanto *cronologico*, ossia la provenienza della disposizione da un'epoca *lontana*³⁷. Esso è piuttosto *morfologico*: la disposizione esprime una norma che regola una realtà *eterogenea* a sé stessa e dipende da una *volontà*³⁸ mai del tutto trasparente dal suo *testo* e comunque controversa, potendo esser concepita *soggettivamente* come volontà del suo autore effettivo oppure *oggettivamente* come volontà di un autore ideale³⁹. In definitiva, la concezione unitaria dell'ermeneutica occulta che la vera distanza con cui si misura l'interpretazione giuridica, più che quella *accidentale* tra *passato* e *presente*, è quella *essenziale* tra *generalità normativa* e *singolarità fattuale*⁴⁰.

³⁷ In senso contrario, ossia per l'idea secondo cui il lavoro dello storico e quello del dogmatico del diritto sarebbero omogenei, cfr. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., pp. 673-677 (con riguardo alle leggi ancora vigenti), 677-679 (con riguardo alle leggi non più vigenti), ma senza chiarire perché il giurista sarebbe tenuto a muovere dal senso originario della legge sempre, anche quando segua una concezione radicalmente oggettiva dell'interpretazione, ossia ritenga che la stessa legge manifesti la volontà di un autore ideale.

³⁸ Sull'idea che la volontà sia condizione necessaria, ma non sufficiente (dovendo combinarsi con l'accettabilità razionale da parte dei suoi destinatari), di costituzione del dover essere, cioè di una norma, ci illumina Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 52, 87-96 e spec. 134: «il senso oggettivo di un volere è un dover essere».

³⁹ Sulle peculiarità dell'ermeneutica giuridica derivanti dalla presenza di istanze autoritative, cfr. le giuste osservazioni di Geldsetzer, *Einleitung*, cit., pp. XXXI-XXXV, che le traduce nella contrapposizione tra una «ermeneutica zetetica» e una «ermeneutica dogmatica».

⁴⁰ In termini analoghi, significativamente, due allievi di Arthur Kaufmann, uno dei più importanti sostenitori dell'ermeneutica giuridica nomofattuale (cfr. *infra*, § 3.3.2): cfr. U. Neumann, *Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, in W. Hassemer (hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann*

3. Storia dell'ermeneutica giuridica

Come detto in apertura, alla base di ogni ermeneutica quale prassi o riflessione sull'interpretazione di prodotti verbali vi è l'esperienza dell'incomprensione. Tracciare una storia dell'ermeneutica giuridica significa dunque passare in rassegna i diversi modi in cui le società umane hanno

zum 60. Geburtstag, R. v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg 1984, spec. pp. 51-53 (sulla distanza tra generalità e singolarità e sulla normatività); U. Schroth, *Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung*, in A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg u.a. 2011, p. 274 s. (sulla distanza tra generalità e singolarità e su altri limiti dell'ermeneutica filosofica nell'ambito del diritto). Né varrebbe obiettare che Gadamer dopo aver evidenziato l'«attualità ermeneutica di Aristotele», ossia che l'etica aristotelica può fungere da modello per l'interpretazione perché esige «che un sapere generale [sappia] applicarsi alla situazione concreta», sappia, cioè, «trovare ciò che è giusto nel caso concreto», ne ricava «il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica» (Gadamer, *Verità e metodo*, cit., risp. pp. 645-647, 655, 671). Infatti, a ben vedere, qui Gadamer non parla di *interpretazione*, bensì di *correzione* della legge, come conferma il fatto che, alla fine, individua la cifra dell'ermeneutica giuridica nell'uso dell'equità, peraltro concepito erroneamente come situazione normale (cfr. ivi, p. 657-659, primi due corsivi nell'orig., ultimi corsivi aggiunti: «[...] la condizione di colui che 'applica' la giustizia è del tutto diversa. Aristotele esprime ciò nel modo migliore nell'analisi della *epieikeia*, dell'equità, là dove dice che l'*epieikeia* è la *correzione della legge*. [...] È chiaro che *proprio qui trova posto il problema dell'ermeneutica giuridica. La legge è sempre manchevole*, non perché sia imperfetta in sé stessa, ma perché di fronte all'ordine che le leggi hanno di mira è la realtà umana che si mostra manchevole e non permette perciò una pura e semplice applicazione di esse»). Come pure non varrebbe obiettare che l'orientamento dell'interpretazione al caso concreto è riconosciuto qualche pagina dopo dallo stesso Gadamer (cfr. ivi, p. 681: «il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso concreto, cioè l'*applicazione*» – corsivi nell'orig.), dato che tale riconoscimento è fatto in via incidentale, sulla scia dell'immenso Karl Engisch (autore del celebre *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (1953), C. Winter, Heidelberg 1968, e collega di Gadamer all'Università di Heidelberg: sul suo pensiero tornerò nel § 3.3.2), nonché, soprattutto, nella perdurante convinzione che l'unità delle varie ermeneutiche si fonda sul problema della distanza temporale.

via via affrontato il problema dell'incomprensione delle fonti normative verbali, in particolare scritte. Prima di procedere a tale disegno, che qui può esser fatto soltanto per grandi linee e limitato all'interpretazione delle *fonti pubbliche*⁴¹, bisogna fissare alcuni avvertimenti e chiarimenti.

Innanzitutto, il problema ermeneutico fondamentale dell'incomprensione può essere affrontato *variamente*, cioè nelle *forme*, suscettibili di concorrere in uno stesso periodo, della *prassi*, della *disciplina tecnica*, della *teoria* o della *filosofia*. In secondo luogo, i contenuti assunti da ciascuna di queste forme costituiscono il risultato di *specifiche dinamiche*, nelle quali si incontrano e si scontrano fattori tipici, in particolare il *regime politico* vigente e la *concezione del diritto* professata⁴². In terzo luogo, la pratica interpretativa può essere *disciplinata* e limitata in molteplici modi, dagli stessi suoi cultori o da altri soggetti. In quarto luogo, la conseguente capacità della stessa prassi di innovare le scelte dei detentori del potere può atteggiarsi soprattutto in due modi, da tenere distinti tra loro: da un lato, la *creatività* quale individuazione di fattispecie o di conseguenze non immediatamente riconoscibili fino a un certo momento nella formulazione di una fonte giuridica, dall'altro lato, la *normatività* quale efficacia vincolante delle interpretazioni operate nei confronti di tutti i consociati. Queste considerazioni confluiscono in un principio metodologico generale, che gli storici del diritto non si stancano mai di valorizzare. Il ricercatore deve sforzarsi di cogliere le *peculiarità* del concetto di "interpretazione giuridica" (d'ora in poi: interpretazione *tout court*) nelle varie epoche considerate, senza ricorrere alla facile ma fuorviante scorciatoia di ritenere che il problema

⁴¹ Sull'ermeneutica contrattuale, v. le preziose riflessioni di A. Gentili, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti. Volume I. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino 2015, e V. Velluzzi, *La chiarezza ambigua. Interpretazione del contratto, significato e giurisprudenza*, in «Ars Interpretandi», 2021, 2, pp. 117-127.

⁴² Sui complessi rapporti tra diritto e potere, v. le lucide riflessioni di T. Greco, *Potere. L'altra faccia della medaglia*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Giappichelli, Torino 2019, pp. 29-56.

dell'incomprensione possa essere affrontato soltanto alla maniera dei contemporanei.

In definitiva, la ricostruzione storica programmata dovrà poggiare su alcune grandi *domande*, che fungono anche da *mezzi* concorrenti di *delimitazione* delle relative *epoche*. In ciascuna di queste: l'interpretazione, oltre che nella *forma* minima di una prassi, si è atteggiata anche in forme più complesse, in particolare quale oggetto di riflessione? Quale *regime politico* e quale *concezione giuridica* hanno costituito la cornice della pratica e dello studio ermeneutico? Si è affermato un complesso di *criteri* (dottrinali o autoritativi) capaci di dirigere questa pratica? È emersa una tendenza a *privilegiare alcuni* di questi *criteri* (es.: *ratio legis*) a scapito degli altri (es.: *littera legis*)? Ha consentito tutto ciò all'interpretazione di assumere carattere *creativo* o addirittura *normativo*? In quanti e quali modi, in definitiva, è stata *concepita* l'attività volta a superare il problema dell'incomprensione giuridica?

3.1. L'età dell'invenzione

Che il diritto come organizzazione generale della vita associata sia un'invenzione degli antichi romani, è convinzione radicata da tempo nel nostro immaginario⁴³. Se è così, è naturale che la nostra ricostruzione prenda le mosse dalla loro epoca. Al di là della significativa diversità dei periodi in cui la storia giuridica romana può esser suddivisa⁴⁴, l'ermeneutica si configurò nel suo complesso come *mera* eppure *sfaccettata pratica* dell'*interpretazione*. Mera pratica, perché la civiltà che la animò

⁴³ A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Einaudi, Torino 2021.

⁴⁴ In effetti, i vari studiosi propongono periodizzazioni che non coincidono con alcuna delle due tradizionalmente seguite per la storia generale del diritto romano. Cfr., ad es.: Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 54-60; A. Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, in «Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.», vol. X, 1993, pp. 3-13; F. Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano. A) Interpretazione della legge*, in «Enc. del Dir.», vol. XXII, 1972, pp. 239-250.

fu interessata più alla ricerca di soluzioni interpretative capaci di soddisfare i propri bisogni esistenziali, che a prestabilire a tal fine un *corpus* organico di *criteri* vincolanti. Ma anche pratica sfaccettata, perché l'*interpretatio*, che ebbe valore *creativo* e *normativo* solo a certe condizioni e fino all'inizio dell'epoca giustiniana, fu pertanto *concepita* come attività ora propriamente innovativa, ora semplicemente rivelativa.

3.1.1. Mancanza di un'autentica metodologia o teoria ermeneutica

Esaminiamo più in dettaglio ciascuno di questi punti, iniziando dalla mancanza di una teoria, ma anche di una semplice disciplina tecnica dell'interpretazione in diritto romano⁴⁵. Che in quest'epoca, perlomeno a partire da un certo momento, si sia avvertita l'esigenza di dotarsi di criteri interpretativi, è attestato dal *Corpus iuris civilis* (529-534), raccolta di materiali normativi eterogenei che il sovrano d'Oriente Giustiniano fece redigere per fissare in maniera chiara e definitiva l'ordinamento imperiale.

Limitando il discorso, come detto, all'interpretazione delle fonti pubbliche⁴⁶, è soprattutto nel Titolo III del Libro I del Digesto⁴⁷ (D. 1, 3)⁴⁸ che si trovano passi della giurisprudenza classica (I-III sec. d.C.)⁴⁹

⁴⁵ Cfr. G.G. Archi, *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung», 1970, p. 5; Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., pp. 2, 7.

⁴⁶ Altro discorso vale per l'interpretazione degli atti negoziali: cfr. Archi, *Interpretatio iuris*, cit., p. 4; Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 8.

⁴⁷ I primi 32 libri del Digesto sono consultabili, con testo latino e traduzione italiana a fronte, all'indirizzo <http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/>.

⁴⁸ Per ulteriori riferimenti, cfr. S. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica. I. Interpretazione: tratti di un percorso concettuale*, in «Riv. di dir. rom.», 2008, pp. 43-51; Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., p. 253.

⁴⁹ Sul doppio significato di «giurisprudenza classica», cfr. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon, Oxford 1953; tr. it. di G. Nocera, *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze 1968, pp. 181-183.

utili ai nostri fini. Si pensi a quelli: di Celso sulla preminenza dello spirito sulla lettera di un testo (D. 1, 3, 17)⁵⁰, sul ruolo della *voluntas legis* per lo scioglimento delle ambiguità (D. 1, 3, 19)⁵¹ o sull'importanza di intendere i vari frammenti di un atto esaminandolo al contempo per intero (D. 1, 3, 24)⁵²; di Giuliano sull'uso di un argomento simile all'*analogia legis* (D. 1, 3, 12)⁵³; di Ulpiano su uno schema paragonabile all'*analogia iuris* (D. 1, 3, 13⁵⁴)⁵⁵.

Tali criteri erano stati trasmessi dalla dottrina retorica, in particolare da Cicerone (106-43 a.C.) e Quintiliano (35/40-46 d.C.), per i quali l'interpretazione consisteva soprattutto in un'attività rivelativa di un senso preesistente (*interpretatio verborum*), dunque da compiere in maniera disciplinata⁵⁶. Nondimeno, i citati passi del Digesto offrivano direttive non solo frammentarie, vaghe, sparute e poco vincolanti, ma

⁵⁰ «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*». Ma, per una diversa lettura del passo, cfr. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., p. 43 s.

⁵¹ «*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*».

⁵² «*In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*».

⁵³ «*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praestet ad similia procedere atque ita ius dicere debet*».

⁵⁴ «*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione supplere*».

⁵⁵ Su tali frammenti, v. Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano*, cit., p. 249 s.

⁵⁶ Sul punto, cfr. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., pp. 29-37, spec. 32 s., dove si indica la presenza già in Cicerone della fondamentale distinzione tra *interpretatio ex verbis* o *litteris* e *interpretatio ex sententia* o *ex voluntate*. Sull'influsso della retorica sulla giurisprudenza romana, v. anche Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 5; Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano*, cit., p. 243. Un efficace profilo storico-teorico della retorica giuridica è offerto da F. Puppo, *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, cit., pp. 293-317.

soprattutto irrelate a una chiara visione dei rapporti tra fini, mezzi e regole dell'interpretazione⁵⁷. Se a ciò si aggiunge che essi emersero solo nella fase imperiale, bisogna ribadire che l'esperienza romana non conobbe una vera e propria metodologia, né tanto meno una teoria ermeneutica.

3.1.2. Valore normativo dell'*interpretatio*

Veniamo al secondo problema, relativo al valore della *interpretatio*, da risolvere sullo sfondo del sistema delle fonti giuridiche romane⁵⁸. Anche a tal fine si impongono alcune precisazioni preliminari. Innanzitutto, non v'è dubbio che l'*interpretatio* degli *organi* dell'applicazione (giudici e funzionari) *vincolava di regola* soltanto le parti interessate. In secondo luogo e concentrandoci sull'attività dei *giuristi* (pontefici e laici), a noi interessa l'*interpretatio* in senso proprio, relativa alle fonti verbali⁵⁹.

⁵⁷ Su questa triade, che, a mio avviso, consente di stabilire come si configura una certa ermeneutica giuridica (*mera prassi*: attività slegata dall'applicazione di criteri predefiniti e obbligatori; *mera metodica*: uso regolato di metodi interpretativi, riconosciuti anch'essi come vincolanti; *metodologia*: analisi di tali metodi e delle regole che presiedono al loro uso, basata su una comprensione intuitiva dei fini dell'interpretazione; *teoria*: organizzazione dei metodi e delle regole ermeneutiche, fondata su una riflessione circa i fini dell'interpretazione e i rapporti che intrattiene con le restanti componenti dell'esperienza giuridica), cfr. R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, in «Enc. delle scienze sociali», vol. VI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 1996, pp. 66-70.

⁵⁸ Per un quadro tanto sintetico quanto chiaro delle fonti di produzione del diritto romano, cfr. R. Lambertini, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Clueb, Bologna 2006, pp. 33-50.

⁵⁹ Come riferiscono Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 54, e Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 3, nell'età arcaica, in cui ancora mancava una chiara distinzione tra diritto e religione, per «*interpretatio*» si intendeva, oltre che l'emanazione di *responsa* sulla base dei *mores maiorum*, anche la spiegazione della volontà divina retrostante ad *auguria*, *auspicia*, *portenta*, *prodigia*, *somnia* e così via (non diversamente da quanto avveniva per il corrispondente termine greco antico: cfr. *supra*, § 2.1).

Essa ebbe inizio propriamente con l'emanazione della legge delle XII Tavole (451-450 a.C.), una rielaborazione degli antichi *mores maiorum* fissata a garanzia della plebe⁶⁰, e si estese poi ad altri fonti scritte dell'epoca repubblicana e di quella imperiale (*leges publicae, senatusconsulta, edicta*)⁶¹.

Tanto chiarito, il problema del carattere *normativo o solo orientativo* della *interpretatio* dei giuristi (pontefici e laici fino al III sec. a.C., solo laici in seguito) va risolto distinguendo tre grandi fasi. Nella *prima*, che va dall'emanazione della legge delle XII Tavole all'età adrianea, essa ebbe carattere normativo per mere ragioni di effettività⁶², ossia per il prestigio acquisito da alcuni giuristi presso i cittadini e i funzionari che li consultavano per ottenere *responsa* su come agire nei campi di rispettivo interesse.

La situazione divenne più complessa con l'imperatore *Adriano*, il quale stabilì con un rescritto che i pareri concordi dei giuristi più insigni, ossia muniti da Augusto in poi del diritto esclusivo di fornire *responsa* per conto dell'imperatore (*ius respondendi ex auctoritate principis*), fossero vincolanti per i giudici; in tali casi, infatti, il valore normativo delle *interpretationes* dei giuristi aveva un fondamento formale⁶³.

L'*ultima* fase di questa evoluzione coincise con l'emanazione del *Corpus iuris*, il quale, esprimendo la pretesa dell'imperatore di essere l'unico *conditor et interpres legum*, intese escludere per l'avvenire il suddetto valore normativo⁶⁴.

⁶⁰ Sull'importanza di questo evento, cfr. Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 3; Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano*, cit., p. 242.

⁶¹ Per tali oggetti di interpretazione, cfr. Archi, *Interpretatio iuris*, cit., p. 8 s.; Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., p. 40.

⁶² Cfr. Lambertini, *Introduzione allo studio esegetico*, cit., p. 46.

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ Archi, *Interpretatio iuris*, cit., spec. p. 45.

3.1.3. Il concetto di “*interpretatio*”

Alla luce di tutto ciò, si può finalmente esaminare la questione generale del concetto di “*interpretatio*” nel diritto romano, ossia se con ciò si sia intesa un’attività di rivelazione di un senso preesistente, deposto o almeno riposto nel suo oggetto, oppure di creazione di un senso sostanzialmente nuovo. La questione non va confusa con quella appena esaminata, dato che il carattere normativo oppure decisorio od orientativo di un’interpretazione non implica il suo carattere creativo oppure rivelativo, né viceversa. Nella letteratura romanistica essa è stata generalmente risolta riconoscendo l’equivocità del termine “*interpretatio*”, cioè il suo esprimere in via alternativa entrambi i caratteri indicati: quello creativo e quello meramente rivelativo⁶⁵.

Anche questa coppia, peraltro, non va assunta in modo rigido, costituendo piuttosto una dialettica dagli esiti diversi a seconda dell’epoca considerata. Rifacendoci grosso modo alla periodizzazione proposta per la questione della normatività, dunque limitandoci alla *interpretatio* dei giuristi, è sostenibile quanto segue⁶⁶. Nella *prima* fase, caratterizzata da un regime politico tollerante (repubblicano, prima, imperiale moderato, poi), dalla mancanza di una sia pur rudimentale riflessione sui criteri interpretativi e dall’efficacia normativa legata al prestigio degli stessi giuristi, si parlò soprattutto di *interpretatio iuris* (o *prudentium*). L’interpretazione, cioè, si atteggiò come attività legata non tanto al proprio oggetto, quanto alle esigenze politiche del momento, così da assumere carattere ampiamente *creativo*.

⁶⁵ Per inquadramenti più netti, che contrappongono l’*interpretatio* all’interpretazione contemporanea cfr. S. Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in «Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.», vol. X, (1993), pp. 13, 15; G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, p. 4, che limita, però, il suo discorso agli «usi più risalenti», accostando «*interpretatio*» a «*ermenela*».

⁶⁶ Archi, *Interpretatio iuris*, cit., pp. 5-7 (*interpretatio legum*), 8-10 (*interpretatio legis*), 10-30 (*interpretatio iuris* o *prudentium*) e *passim*; Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., pp. 37-43, spec. 42.

Nella *seconda* fase, segnata dal notevole incremento dell'autorità imperiale, dall'influsso delle concezioni ermeneutiche della retorica e dall'addomesticamento attraverso il *ius publice respondendi* del potere interpretativo dei giuristi, fece la sua comparsa l'*interpretatio legis*, di marca più schiettamente *ricognitiva*.

Nell'*ultima* fase, contrassegnata dall'accentramento in capo all'imperatore del potere di emanare e interpretare ogni legge, emerse una terza figura, l'*interpretatio legum*. Stabilendo in due costituzioni il monopolio imperiale dell'interpretazione delle leggi (C. 1, 14, 12, del 529) e il divieto di commento e di interpretazione del *Corpus* (*Constitutio Tanta*, del 533)⁶⁷, Giustiniano si propose di eliminare ogni spazio di azione alla creatività ermeneutica della dottrina e degli organi dell'applicazione⁶⁸.

⁶⁷ Su tali costituzioni, cfr. l'accurata ricostruzione di F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Veit & Comp., Leipzig 1840; tr. it di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Unione Tipografico Editrice, Torino 1886, pp. 308-311. Sulla questione del rapporto tra tali divieti e i criteri ermeneutici stabiliti dal *Corpus*, cfr., da un lato, ivi, pp. 311-317 (i secondi non toglievano che i primi mirassero a eliminare ogni discrezionalità giudiziaria), dall'altro, F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli 1909, pp. 69-75 (sulla scia di Thibaut e contro Savigny), e Levy, citato in Archi, *Interpretatio iuris*, cit., p. 3 nt. 3 (contro Stroux, sostenitore di una tesi analoga a quella di Savigny).

⁶⁸ Sulla ineffettività di tali divieti, cfr. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 59; Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., p. 55 nt. 213. Sulla mancanza di notizie precise circa la loro incidenza in epoca medievale, v. Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale*, cit., p. 17.

3.2. L'età della recezione

Tralasciando gli ordinamenti intermedi tra la fine del regno di Giustiano (565) e l'inizio del secondo millennio⁶⁹ per la mancanza di vere innovazioni di interesse ermeneutico⁷⁰, mi rivolgo ora al lungo periodo nel quale il diritto dei principali ordinamenti europei poggiò sull'elaborazione e armonizzazione scientifica del *Corpus* giustiniano e dei decreti e decretali della Chiesa (*ius commune* o *utrumque ius*, valevole in *temporalibus* e, rispettivamente, in *spiritualibus*), nonché della legislazione monarchica degli Stati regi e degli statuti dei Comuni e delle libere città (costituenti gli *iura propria*)⁷¹.

Questa lunga evoluzione ebbe inizio con l'opera dei Glossatori (XII-XIII sec.), proseguì con quella dei Commentatori (XIV-XV sec.) e i primi trattati sull'interpretazione di parziale impronta umanistica (XV-XVI sec.), passò per la cultura giusrazionalista (XVII-XVIII sec.), fino a culminare nella produzione della Scuola storica tedesca (XIX se-

⁶⁹ Sui quali si può consultare la ricca ricostruzione di F. Calasso, *Medioevo del diritto. Le fonti* (1954), Adelphi, Milano 2021, pp. 113-122 (Italia bizantina), 153-170 (Impero carolingio), 171-189 (ordinamento ecclesiastico), 237-264 (diritti romani). Ai nostri fini, tuttavia, merita qualche cenno la *Lex Romana Visigothorum* (o *Breviario Alariciano*), emanata nel 506 dal re dei Visigoti Alarico II e contenente alcune importanti costituzioni (*leges*) e opinioni dottrinali (*iura*) di origine romana. Essa fu infatti corredata dagli stessi redattori di una apposita *Interpretatio*, la cui funzione ha dato luogo a discussioni. La tesi più convincente ritiene che mirasse non tanto al semplice chiarimento, quanto all'adattamento equitativo delle vecchie norme, ancora valevoli per la popolazione romana, alle nuove esigenze di quella visigota: L. di Cintio, *L'«Interpretatio visigothorum» al «Codex Theodosianus»*. *Il Libro IX*, Led, Milano 2013, spec. pp. 23-25.

⁷⁰ In effetti, come osserva Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale*, cit., p. 16, «lo stesso problema ermeneutico non si pose nei tempi seguiti al concludersi dell'esperienza romana, se non quando i testi giustiniani ripresero a circolare, imposti all'osservanza di tutti».

⁷¹ Su questo quadro di fonti, cfr. Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 13, 183 s.

colo). Trascorsa la fase iniziale, l'ermeneutica di tale periodo, innanzitutto, si atteggiò come una *prassi sempre meno creativa e normativa*; in secondo luogo e correlativamente a ciò, funzionò altresì come una *disciplina tecnica sempre più raffinata e vincolante* dell'attività *interpretativa*; infine, nella fase terminale, assurse anche al rango di vera e propria *teoria*.

In sintesi, sotto il *primo* profilo, il progressivo spostamento dell'equilibrio tra *ratio* ed *auctoritas* dall'elemento razionalistico a quello volutaristico comportò il ridimensionamento del potere innovativo e normativo dell'interpretazione giurisprudenziale. Sotto il *secondo* profilo, tale rinnovamento ideologico, di matrice scientifica, filosofica e politica, fu mediato anche dalla progressiva trasformazione dei criteri interpretativi da schemi di legittimazione postuma di soluzioni ermeneutiche raggiunte su basi materiali (*aequitas, rationabilitas*) a strumenti di riconoscimento di una volontà normativa concepita come preesistente. Sotto il *terzo* profilo, con la Scuola storica, in particolare col suo fondatore Savigny, questa congerie di elementi fu trasformata in una visione organica dell'interpretazione, in quanto, per la prima volta, questa fu non solo concepita come attività fisiologica, dunque ubiquitaria, per la realizzazione del diritto, ma soprattutto indagata sullo sfondo di una compiuta concezione del diritto (storicista e sistematica).

Si tratta ora di approfondire la comparsa di tali aspetti nel corso delle quattro fasi indicate, accomunate, al di là di innegabili differenze reciproche, da un elemento ben preciso, che ne fa parti di un'unica età, quella, appunto, della recezione. È il fenomeno della capacità di certi soggetti (giuristi e giudici) di imporre *di fatto e gradualmente* come nucleo del diritto comune l'elaborazione del *Corpus iuris civilis*, fonte in apparenza “*straniera*”, proponendone interpretazioni plausibili perché adeguate allo spirito del tempo⁷².

⁷² Sulla differenza tra la normatività immediata della giurisprudenza romana e quella mediata della giurisprudenza medievale, cfr., per tutti, Savigny, *Sistema del di-*

3.2.1. La fase dei Glossatori

Nella *prima* fase, avviata dalla riscoperta del *Corpus*, per lungo tempo rappresentata in termini leggendari⁷³ (come riemersione nel “Placito di Marturi”⁷⁴), la produzione del diritto fu influenzata soprattutto dalla Scuola dei Glossatori, costituente una sorta di cerniera tra l’epoca antecedente di Giustiniano e quella successiva dei Commentatori. A partire dal fondatore della Scuola di Bologna, Irnerio (c. 1050-c. 1100), passando per Azzone (c. 1150-c. 1225), fino ad arrivare ad Accursio (c. 1180-c. 1160), autore di quella *Magna glossa* destinata a divenire il testo canonico del filone, i Glossatori si contraddistinsero proprio per la tecnica ermeneutica utilizzata, consistente nel corredare i brani della compilazione giustiniana di una miriade di annotazioni esplicative, interlineari o marginali (“glosse”)⁷⁵.

Volendo fissare in maniera concatenata i caratteri di questa Scuola, può dirsi che essa operò, da un lato, in una fase ancora caratterizzata dall’*unità* e dalla *solidità* di quel Sacro Romano Impero che occupava buona parte del continente europeo, dunque dalla *centralità* del *Corpus* che esso riteneva di aver ereditato (“*translatio imperii*”⁷⁶); dall’altro, nella presunzione della *razionalità eterna* di questo testo, quindi dell’opportunità di attenersi alla sua *lettera*, facendo uso di tecniche

ritto romano attuale, vol. I, cit., p. 183.

⁷³ Che la compilazione giustiniana fosse impiegata anche in Occidente ben prima dell’epoca dei Glossatori, lo sostiene con dovizia di argomenti Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 61. Ma sul punto v. anche le riserve di Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, cit., p. 16 s.

⁷⁴ Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 79 s., dove sono menzionati ulteriori placiti.

⁷⁵ Cfr. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 62-64, cui si rinvia anche per gli ostacoli che si frapponivano al progetto della Scuola (in particolare: divieti di commento e di interpretazione del *Corpus*) e gli espedienti da essa utilizzati per superarli.

⁷⁶ Sul punto, cfr. *ivi*, p. 61.

perlopiù *esegetiche* ed astenendosi dal corromperne il senso⁷⁷. Per quanto ci interessa, ne risultò, oltre a una congerie di interpretazioni modestamente *creative e normative*, un contributo *innovativo* pressoché *nullo* alla *metodologia* ermeneutica.

3.2.2. La fase dei Commentatori e dei primi trattati sull'interpretazione

Ben diversa fu la *seconda* fase dell'età della recezione, segnata dalla Scuola dei Commentatori, la cui fama fu dovuta, oltre che ai capiscuola Cino da Pistoia (1270-1336 o 1337) e Ranieri da Forlì (c. 1300-1358), soprattutto al loro allievo Bartolo da Sassoferrato (1313 o 1314-1357) e al discepolo di questi Baldo degli Ubaldi (1319 o 1327-1400). Tali giuristi promossero un mutamento di stile che sembrò avere un rilievo soltanto tecnico, ma fu in realtà denso di presupposti e gravido di conseguenze. La scelta di studiare il *Corpus* col metodo del *commento*, cioè di una rielaborazione anche materialmente autonoma, manifestò sul piano formale l'intenzione dei Commentatori di divenire autentici attori della produzione giuridica.

La loro opera si contraddistinse così sotto due profili, ben diversi da quelli visti a proposito dei Glossatori: da un lato, l'esigenza di *coordinare* il *Corpus*, espressione della decadente autorità imperiale, con le diverse fonti giuridiche prodotte dalle sempre più intraprendenti realtà locali e corporative⁷⁸, in particolare quella comunale⁷⁹; dall'altro lato, il *rifuto* della presunzione di *razionalità eterna* del testo giustiniano,

⁷⁷ Sulle tecniche dei Glossatori, cfr. Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 18-20.

⁷⁸ Sul pluralismo delle fonti medievali, v., per tutti, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 29-35, 223-235.

⁷⁹ Sul punto, per tutti, cfr. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 401-442, spec. 403-422 (sul tema, particolarmente importante ai nostri fini, dei divieti di interpretazione degli statuti).

considerato, non più come testo vincolante, bensì come veicolo di un *sensu*⁸⁰ da intendere in funzione dei bisogni della realtà bassomedievale⁸¹, facendo uso soprattutto dei raffinati strumenti *dialettici* offerti dalla scolastica⁸².

Sul piano *ermeneutico* ne scaturì una duplice *conseguenza*. Innanzitutto, la riemersione del valore *pienamente creativo e normativo* della *interpretatio* dei giuristi, non solo favorita dal possesso della qualità di esperti di diritto, ma soprattutto conquistata con la capacità di far fronte con sempre nuove creazioni alle esigenze sociali e politiche dell'epoca⁸³. In secondo luogo, la fissazione di un catalogo di *nozioni e direttive ermeneutiche* complementare a quello stabilito dal *Corpus*; catalogo, questo, che, tuttavia, proprio a causa del pragmatismo dei giuristi medievali, non costituì mai un vero e proprio apparato metodologico, ma solo un arsenale cui attingere per legittimare *ex post* la soluzione ermeneutica ritenuta di volta in volta preferibile⁸⁴. Sotto quest'ultimo profilo, i Commentatori impiegarono, sì, molteplici *criteri interpretativi* (*declaratio per rubricam, communis usus loquendi*, ecc.) e *correttivi* (*eadem vel similis ratio*, presunzione di volontà, principi e valori ecc.), nonché *schemi di ragionamento* (*a simili, a contrario* e altri ancora), ma li coordinarono soprattutto sotto la guida della «*rationabilitas*» e delle sue

⁸⁰ Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 65-68 e nt. 34.

⁸¹ Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 158, 244, 257.

⁸² Su tali strumenti, cfr. Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., p. 532 (che richiama la lezione di Cino da Pistoia).

⁸³ Cfr. la rassegna di Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 169, 211, 215-218.

⁸⁴ Sul punto, v., per tutti, Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 325, 332, 347, spec. 320-321 (corsivi nell'orig.): «tutta l'analisi fin qui condotta [...] ci ha sempre più portato sulla via di una *identificazione dell'interpretazione con l'argomentazione*. [...] L'interpretazione, in sostanza, non ci si è presentata come una reale chiave di comprensione della norma (o della volontà del legislatore, o del disegno generale dell'ordinamento); [...] ma sempre e solo [...] come un complesso di strumentazioni e tecniche argomentative vòlte a suffragare una scelta del giurista».

principali declinazioni («*operabilitas*», «*aequitas*», «*publica utilitas*» e così via)⁸⁵.

Ne risultò, come era avvenuto in epoca romana, anzi a maggior ragione, un concetto di «*interpretatio*» molto più comprensivo del nostro, perché composto da tre nuclei concorrenti, tanto da essere qualificato «*nomen aequivocum*»⁸⁶. Innanzitutto, mera *esegesi letterale* (non di rado chiamata soltanto «*significatio*»⁸⁷), consistente nell'individuazione del contenuto semantico immediato del testo, concepito come significato preliminare e provvisorio. In secondo luogo, *adattamento* del diritto a *fini applicativi*: sia nelle forme *esplicative* della *declaratio* (scioglimento delle ambiguità lessicali, basato sulla scelta del significato letterale ritenuto più adeguato alle esigenze del caso concreto) e della *intensio* (esplicitazione dei significati da ritenere immanenti al testo in base alla presunzione di razionalità del legislatore, come nel caso di scuola del divieto di esportare farina, ritenuto implicato da quello di esportare grano); sia nelle forme *correttive* della *restrictio* e della *extensio* (manipolazione su base equitativa del significato esplicito, volta a escludere/includere sottofattispecie in esso rientranti/non rientranti). Infine, *creazione di diritto* nuovo (elaborando con argomenti dialettici i significati individuati in via interpretativa). La *summa* di questa complessa fenomenologia fu offerta da Bartolo in una definizione divenuta poi paradigmatica: «*interpretatio sumitur quandoque pro correctione ..., quandoque pro arctatione seu derogatione..., quandoque pro verborum*

⁸⁵ Ivi, spec. pp. 160, 242, 356-384.

⁸⁶ Sulla complessità del concetto medievale di interpretazione, v., con varietà di accenti, Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale*, cit., pp. 13, 18; Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 162-168; Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 174, 178, 181, 206, 208; Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 104, 108-111, 136.

⁸⁷ Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 67 (che segnala oscillazioni al riguardo).

expositione seu declaratione... , quandoque pro additione seu ad novum casum extensione»⁸⁸.

Prima di passare alla terza fase dell'età della recezione, è opportuno dedicare qualche cenno ai *primi trattati sistematici sull'interpretazione*, pubblicati da giuristi italiani tra la seconda metà del Quattrocento e la prima metà del Cinquecento. Essi occuparono una posizione mediana⁸⁹ tra la Scuola dei Commentatori, da cui mutuarono lo stile compositivo e l'ispirazione equitativa, e il movimento umanistico, di cui condivisero le esigenze di rigore filologico, in particolare in vista del recupero del senso originario della compilazione giustiniana⁹⁰. I più significativi furono: il *Tractatus extensionis* (1435) di Matteo Mattesilani; il *De interpretatione legis extensiva* (1460), prima opera monografica sull'analogia, di Bartolomeo Cepolla, «il miglior teorico dell'*extensio legis*»⁹¹; il *Tractatus de iuris interpretatione* (1463), primo trattato generale sull'interpretazione, di Costantino Rogerio; il *De interpretatione iuris* (1496; ristampato nel 1584 come *De interpretatione legum*), «la

⁸⁸ Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., spec. pp. 157, 89, 174, 154, 222 e, rispettt., 104. Per una diversa sistematizzazione, che, riferendosi soprattutto ai primi trattati sistematici di cui parlerò tra breve, si incentra sulla *summa divisio* tra *comprehensio* (abbracciante sia la *significatio* quale interpretazione meramente letterale, sia l'*interpretatio declarativa* quale sviluppo logico della *significatio* basato sull'applicazione di schemi come quello *a genere ad speciem*) ed *extensio* (applicazione di una norma a un caso legato a quello da essa compreso da un rapporto di *similitudo* relativo di una *eadem ratio*), cfr. Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 63-130. Per una replica, v. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 220-222, spec. 222, il quale evidenzia che i giuristi medievali individuarono (non una sola, bensì) tre forme di *extensio* (comprensiva, correttiva e analogica).

⁸⁹ Cfr. D. Luongo, *La metodologia del Commento nei trattati sull'interpretatio iuris di età umanistica*, in «AION», 2018, p. 235 s.

⁹⁰ Sul punto, sempre prezioso Maffei, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, cit., spec. pp. 22 s., 60 s., 92, 158 s., 162, 164 s., 175 s., 187 (che evidenzia ripetutamente l'esistenza, all'interno del movimento, di molteplici correnti, quale riflesso della diversità delle culture e, dunque, delle aspirazioni giuridiche nazionali).

⁹¹ Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 113.

più completa [opera] sul tema dell'interpretazione del diritto»⁹², di Stefano Federici; il *De extensionibus* (1509), «il primo [...] trattato generale di logica giuridica»⁹³, di Pietro Andrea Gammaro, «il giurista che si preoccupò di precisare con maggior senso filosofico il valore del diritto come fenomeno di razionalità»⁹⁴; il *De verborum et rerum significatione* (1530) di Andrea Alciato, il più raffinato degli umanisti italiani⁹⁵.

Con tali opere furono definitivamente fissati i risultati della riflessione dei due secoli precedenti. Il tendenziale primato della *ratio* sulla *littera legis*, la correlata bipartizione tra *interpretatio circa verba* e *circa mentem*, la distinzione tra *extensio* e *comprehensio legis*⁹⁶: tutti questi temi furono trattati per la prima volta in forma monografica e sistematica. Il risultato fu un apparato capace di costituire, in verità più sul piano *categoriale* che su quello metodologico, un punto di riferimento per le future indagini ermeneutiche⁹⁷.

⁹² Ivi, p. 13.

⁹³ Ivi, p. 11.

⁹⁴ Ivi, p. 33.

⁹⁵ Per ulteriori notizie su queste (e altre) opere, cfr., ampiamente, Luongo, *La metodologia del Commento nei trattati*, cit., pp. 204-235; in termini più sintetici: Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 39-51; Geldsetzer, *Einleitung*, cit., pp. XVI-XX; Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 7-15; Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., pp. 53-56.

⁹⁶ Su questi temi, cfr. Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 64-84, 94 s., 113-118 e 125-127.

⁹⁷ Su questa scia si posero, infatti, già i trattati sull'interpretazione degli umanisti maturi, francesi e tedeschi (così Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 13, che evidenzia soprattutto l'influsso di Federici), tra i quali si segnalano il *Iurisconsultus* (1559) di Francois Hotman e *l'Interpres* (1613), «il classico di questa disciplina», di Valentin Wilhelm Forster, «il più noto ermeneutico del diritto» della sua epoca (entrambe le citazioni da Geldsetzer, *Einleitung*, cit., p. XX). Su queste due opere, cfr. altresì Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., p. 55 s.

3.2.3. La fase del giusrazionalismo

La *terza* fase dell'età in esame ebbe inizio nel XVII secolo e fu dominata dalla *cultura giusrazionalista*. Come nelle epoche successive, i suoi principali protagonisti furono i giuristi tedeschi, tardivamente impegnati nella recezione della tradizione romanistica, che fu avviata solo nel Cinquecento⁹⁸. Notevoli per quantità e originalità furono i suoi motivi ispiratori generali: dalla rivoluzione *scientifica* promossa da Galilei e Newton, a quella *filosofica* prodotta da Cartesio, fino alla rivoluzione *politica* coincidente con l'affermazione della forma statale⁹⁹. Essi concorsero al medesimo risultato, quello *spostamento* di equilibrio *dal razionalismo al volontarismo* che, come anticipato, segnò la direzione della modernità.

A un orecchio distratto, quest'ultima osservazione potrebbe suonare paradossale, perlomeno in riferimento ai primi due motivi. Si potrebbe ritenere, cioè, che, proprio perché la rivoluzione scientifica fu resa possibile da un *metodo* rigoroso come quello sperimentale e matematizzante, e proprio perché la rivoluzione filosofica si tradusse nella piena fiducia nel *metodo* critico, la modernità abbia piuttosto costituito il compimento delle tendenze razionalistiche tipiche dell'epoca medievale.

Sennonché, le due forme di *razionalità* furono ben diverse: mentre quella *medievale* fu materiale, concreta e finale, la razionalità *moderna* fu formale, astratta e strumentale. In altre parole, mentre la prima si tradusse nel perseguimento di *risultati equi e ragionevoli*, cioè accettabili

⁹⁸ Imprescindibile al riguardo, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1967; tr. it. di U. Santarelli, S.A. Fusco, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1980, pp. 177-219, spec. 177 (sull'autentica recezione, cosiddetta «pratica»).

⁹⁹ Sui caratteri della «modernità centrale», specie giuridica, illuminanti sono le riflessioni di A.M. Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, Coimbra 2012; tr. it. di G. Damele, ed. it. a cura di A. Mazzacane, *La cultura giuridica europea*, il Mulino, Bologna 2013, pp. 203-239, spec. 232 s.

da tutti *nella situazione* di turno, la seconda costituì piuttosto il *mezzo per analizzare e fissare* le caratteristiche *ricorrenti* nelle realtà di un certo tipo¹⁰⁰. È proprio qui che, seguendo lo spunto di un acuto storico del diritto, va colto il nesso tra *giusrazionalismo* e *volontarismo* quale cifra della *modernità*: l'uso della razionalità come strumento di analisi comportò che «i tratti più caratteristici della natura dell'uomo [furono] identificati da molti autori nella libertà e nell'autodeterminazione (ossia nel potere della volontà), e il fondamento della società [fu] visto nel contratto». Ed è proprio sotto quest'ultimo profilo che i primi due motivi indicati si saldarono col terzo: «un metodo razionalistico d'indagine (un *razionalismo metodologico*) sfoci[ò] così in un modello volontaristico dell'ordinamento sociale, cioè in un *volontarismo assiologico*»¹⁰¹.

Tale mutamento di equilibrio si manifestò innanzitutto in ambito *giuridico*, attraverso le opere di Hobbes¹⁰² e Pufendorf¹⁰³, e produsse risultati anche sul terreno della *pratica* e della *disciplina ermeneutica*: un nuovo *concetto* di “interpretazione”, un certo sfavore per le *innovazioni* dottrinali e un'attenzione inedita per le questioni di *metodo*. In questa sede non è consentito passare in rassegna i principali studi in materia apparsi tra il 1650 e il 1800, più o meno aderenti all'ideologia volontarista¹⁰⁴, ma bisogna concentrarsi sui suddetti punti cruciali. In-

¹⁰⁰ Sulla nozione contemporanea di «ragionevolezza giuridica», cfr. le perspicue osservazioni di S. Zorzetto, *Ragionamento giuridico e ragionevolezza*, in *Intorno al ragionamento giuridico*, a cura di A. Carratta, M. De Caro, G. Pino, Roma Tre-Press, Roma 2022, pp. 13-42.

¹⁰¹ Hespanha, *La cultura giuridica europea*, cit., p. 219 (corsivi nell'orig.).

¹⁰² Sul pensiero giuridico di Hobbes, cfr., V. Omaggio, *Justus metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale Scientifica, Napoli 2000; T. Gazzolo, *Ius/Lex. Hobbes e il diritto naturale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

¹⁰³ Sul pensiero giuridico di Pufendorf, cfr. F. Palladini, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, il Mulino, Bologna 1990.

¹⁰⁴ Limitandoci a quelle monografiche (dato che riflessioni sull'interpretazione di stampo volontaristico si trovano anche in opere di carattere generale, a cominciare

nanzitutto, il timbro volontaristico si impresse in un nuovo *concetto* di “*interpretazione*”, ben diverso da quello medievale, perché incentrato sulla ricerca di ciò che il sovrano aveva inteso stabilire per il bene comune patteggiamente affidato alle sue cure¹⁰⁵.

In secondo luogo e correlativamente a ciò, si continuò, sì, a ritenere che l'interpretazione fosse necessaria unicamente per le disposizioni problematiche, ma tali furono considerate solo quelle equivoche (espressive di più significati concorrenti) od oscure (espressive di uno o più significati divergenti dalla volontà legislativa), non anche quelle inique (espressive di significati contrari al senso di giustizia del caso concreto); di qui lo scioglimento del matrimonio millenario tra *interpretazione della legge* (*Gesetzesinterpretation*) e *perfezionamento del diritto* (*Rechtsfortbildung*), in particolare in via di estensione analogica¹⁰⁶.

Infine, nell'ambito dell'interpretazione *dottrinale*, che già Francisco Suárez aveva distinto da quella *autentica* (legislativa espressa) e da quella *usuale* (legislativa consuetudinaria), si impose definitivamente grazie a Thomasius la bipartizione in interpretazione *grammaticale* e interpretazione *logica* (ora ricomprendente le forme classiche dell'interpretazione *dichiarativa, estensiva e restrittiva*). Più precisamente, secondo il grande pensatore tedesco, nel primo caso si trattava di riconoscere il

da quelle di Pufendorf), v. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., pp. 136-142 (sulle opere di Eichel, von Felde, Placcius, Schröter, Harres, Thomasius, Böhmer, Horn, Holderrieder, Eckhard, Rapolla, Glück, Grolman, Thibaut). Secondo Schröder, l'autore decisivo fu Christian Thomasius (1655-1728), il padre dell'Illuminismo tedesco, per almeno due ragioni: innanzitutto, perché, muovendo dalla distinzione tra *modi* (interpretazione grammaticale/logica) e *risultati* (interpretazione dichiarativa/estensiva/restrittiva) ermeneutici, chiarì per la prima volta che non esistevano specifici modi per specifici risultati, bensì che ogni modo era in astratto compatibile con ciascun risultato; in secondo luogo, perché, ancora una volta da pioniere, spostò l'attenzione dal secondo polo al primo (cfr. ivi, p. 138 s.).

¹⁰⁵ Sul volontarismo quale cifra dell'ermeneutica di quest'epoca, cfr. ivi, pp. 136, 140, 148, 151, 163, 165 s.

¹⁰⁶ Ivi, p. 142 s.

significato delle parole «senza considerare il pensiero» di cui esse erano pur sempre mezzi di comunicazione; nel secondo, invece, di «spiegare l'opinione di un uomo a partire da circostanze diverse dalle sue oscure parole», dunque di individuare la volontà o il senso (*mens, voluntas* o *sensus*) di chi le aveva utilizzate, fine ultimo dell'attività interpretativa. Lo stesso Thomasius ebbe inoltre il merito di integrare e sistematizzare i *metodi* interpretativi ereditati dalla tradizionale medievale, ossia le regole necessarie per il funzionamento dell'interpretazione grammaticale e di quella logica, elaborando un autentico pentalogico. In questo senso, all'interprete fu prescritto di tener presenti: la persona dell'autore; l'oggetto del discorso; ciò che precede e ciò che segue la locuzione interpretata, nonché le altre espressioni dell'autore; la corrispondenza alla sana ragione (degradata a strumento di accertamento della *voluntas*); il motivo retrostante all'emanazione della legge¹⁰⁷.

3.2.4. La fase savignyana

La *quarta* e ultima fase dell'età della recezione fu inaugurata dalle prime produzioni della Scuola storica tedesca, in particolare dall'opera del suo fondatore, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), autore di profondi cambiamenti nel modo di concepire non solo il diritto e la sua scienza, ma anche l'interpretazione giuridica.

Sotto il primo profilo, la scoperta che il diritto (a cominciare da quello romano), lungi dal discendere da un complesso di postulati evidenti e rigorosi, costituiva un'esperienza in *evoluzione continua* e *organica*,

¹⁰⁷ Ivi, pp. 143-152. Per approfondimenti sull'ermeneutica giuridica di Thomasius, v. K. Luig, *Die Auslegung von Willenserklärungen im Naturrecht von Grotius bis Wolff*, in J. Schröder (hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 29. September bis 1. Oktober 1999*, Steiner, Stuttgart 2001, pp. 144-152; su quella generale, v. A. Bühler, L. Cataldi Madonna, *Von Thomasius bis Sendler. Entwicklungslinien der Hermeneutik in Halle*, in Id. (hrsg.), *Hermeneutik der Aufklärung*, Meiner, Hamburg 1994, p. 50 s.

in quanto alimentata da consuetudini espressive di bisogni mutevoli ma condivisi, indusse Savigny a prendere le distanze dalla mentalità giusrazionalista e a professare una concezione *storicista* e *sistematica* del fenomeno giuridico, nonché, di risulta, della scienza che lo studia¹⁰⁸.

Sotto il secondo profilo, la convinzione del carattere essenzialmente *comunicativo* della legge, cioè dell'essere mezzo di espressione di un pensiero che può anche differire dal suo significato immediato, lo spinse a individuare il *compito dell'interpretazione* nella «ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge», sempre necessaria affinché il diritto possa «tradursi nella vita pratica», eppure mai sufficiente per la sua natura non tanto scientifica, quanto *artistica*¹⁰⁹.

Ora, è proprio nel collegamento tra le due posizioni che riposano le ragioni dell'autonoma collocazione di Savigny nell'età della recezione.

¹⁰⁸ Sul punto, v. già l'intervento nella nota polemica con Thibaut: F.C. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814; tr. it. di G. Marini, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1982, spec. pp. 97-101. Per approfondimenti della concezione storicista e organicista della Scuola storica, cfr. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, cit., vol. 2, spec. pp. 11-38, nonché Hespanha, *La cultura giuridica europea*, cit., pp. 274-283 (specie per la distinzione tra la prima stagione, segnata da Savigny e in cui prevale l'elemento storico, e la seconda, condizionata da Puchta e dominata dall'elemento sistematico). Sulla Pandettistica, fondamentale P. Cappellini, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette*, Giuffrè, Milano 1984; Id., *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Giuffrè, Milano 1985.

¹⁰⁹ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., pp. 237 (significato immediato ed espressione come mezzo v. pensiero come scopo), 221 (prima citazione e giustificazione dell'uso della parola «pensiero [*Gedanke*]»), equivalente ai termini latini «*mens*» e «*sententia*», anziché di altre parole, ritenute equivoche, come «intenzione [*Absicht*]»), 223 (interpretazione [*Auslegung*] come «*explicatio*», distinta dalla spiegazione [*Erklärung*]»), 242 (distinzione fondamentale tra «il vero pensiero del legislatore», fine dell'interpretazione, e «quello che egli ragionevolmente avrebbe dovuto avere», funzionale invece alla correzione della legge), 245 (distinzione analoga a quella appena citata), 215 (seconda citazione), 297 (interpretazione come arte).

Trattando per la prima volta l'*interpretazione* come attività *ricorrente e ubiquitaria* nella vita giuridica, nella cornice di una concezione del diritto *compiuta e originale* per la sua impronta storicista e sistematica, Savigny fu finalmente in grado di abbinare alla pratica e alla metodologia giuridica del suo tempo (che peraltro aveva già prodotto buoni risultati¹¹⁰), una vera e propria *teoria dell'interpretazione nel diritto*, tanto da essere considerato il *fondatore dell'ermeneutica giuridica*¹¹¹.

Sviscerare tale teoria non è facile per diverse ragioni. Innanzitutto, perché ritagliata sul diritto romano, funzionante secondo una logica casistica, ben diversa da quella astratta del nostro diritto legislativo¹¹². In secondo luogo, perché la sua elaborazione avvenne attraverso diversi lavori, che produssero in alcuni punti mutamenti anche significativi¹¹³. In terzo luogo, perché la *vulgata*, soprattutto in Italia, ha ridotto la teo-

¹¹⁰ Esemplare è l'indagine di Thibaut, *Theorie der logischen Aulegung*, cit., spec. pp. 12-16, 22-25 (fondata sulla distinzione risalente a Thomasius tra interpretazione grammaticale e interpretazione logica, quest'ultima a sua volta costituente il tema principale dell'indagine e suddivisa in interpretazione secondo l'intenzione del legislatore e secondo le ragioni della legge), la quale, anzi, sotto il profilo strettamente metodologico, risulta persino più chiara e schematica di quella savignyana.

¹¹¹ Sull'ermeneutica giuridica di Savigny, v. H. Huber, *Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht*, in «Juristenzeitung», 2003, 1, pp. 1-56 (che sfata diversi luoghi comuni sui famosi quattro elementi dell'interpretazione); Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., spec. pp. 63-148, 219-240 (che si propone opportunamente di sciogliere ulteriori ambiguità emerse in letteratura, specie sulla scia della lettura gadameriana dell'opera di Savigny); J. Rückert, *Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pahologie*, in J. Schröder (hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, cit., pp. 288-327 (contenente una silloge utile e finemente commentata di passi tratti da diverse opere).

¹¹² Lo fa notare Rückert, *Savignys Hermeneutik*, cit., p. 292.

¹¹³ Oltre al *Sistema* più volte citato, bisognerebbe considerare anche i lavori metodologici pubblicati sin dalla giovinezza: tutti questi lavori sono ora raccolti in F.C. von Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, hrsg. von A. Mazzacane, Klostermann, Frankfurt a.M. 2004. Sulle differenze tra l'ermeneutica del giovane Savigny e di quello maturo, v. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., p. 220 s.

ria di Savigny ai noti quattro elementi dell'interpretazione, fornendone peraltro una immagine deformata, a cominciare dal loro inquadramento come tipi di interpretazione¹¹⁴. Limitandoci al capitolo IV del libro I del *Sistema*, il suo *opus magnum*, bastino le seguenti osservazioni, che mirano a mostrare in quale misura la teoria dell'interpretazione contemporanea è plasmata da Savigny, talvolta senza esserne consapevole¹¹⁵.

Punto di partenza è la *summa divisio* tra interpretazione di *single leggi*, che possono essere ben formulate o difettose, e interpretazione *complessiva delle fonti* del diritto, che mira a risolvere le *antinomie* attraverso *principi logici* e a colmare le *lacune* per mezzo dell'*analogia* (distinta dall'*interpretazione estensiva*¹¹⁶). Tornando alla prima alternativa, i suddetti quattro elementi devono essere sempre considerati tutti insieme e funzionano solo quando si riferiscono a leggi *ben formulate*, ossia che racchiudono «un pensiero completo in sé stesso, e [per le quali] non vi ha alcuna circostanza, la quale ci impedisca di riconoscere questo pensiero come il vero contenuto della legge». Che il loro ruolo si limiti a ciò, lo conferma anche il modesto spazio dedicato alla relativa analisi: l'elemento *grammaticale* «consiste nella spiegazione delle regole del linguaggio osservato dal legislatore»; quello *logico* «si riferisce [...] al rapporto logico, in che stanno tra di loro le singole parti [del pensiero]»; quello *storico* «ha per oggetto [l']azione o le modificazioni portate al diritto da [lla] legge»; quello sistematico «si riferisce alla inti-

¹¹⁴ Lo riconosce già in apertura Huber, *Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze*, cit., p. 1.

¹¹⁵ Sulla diffusione del pensiero di Savigny, cfr. la documentata ricostruzione di C. Vano, *Della vocazione dei nostri luoghi. Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny*, in «Historia et ius», 2016, 10, pp. 1-16.

¹¹⁶ Stando a Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., p. 261, l'autonomizzazione del concetto di «analogia» da quello di «interpretazione estensiva» si ha solo nel XIX sec. e si trova già nelle *Vorlesungen* del 1809 del giovane Savigny. Sul concetto contemporaneo di «analogia giuridica», cfr. G. Tuzet, *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci, Roma 2020.

ma connessione, che stringe tutti gli istituti e tutte le regole di diritto in una grande unità».

Se, invece, la legge interpretata è *difettosa*, nel senso che il suo significato *immediato* è incompiuto (*indeterminatezza per incompletezza*), molteplice (*indeterminatezza per ambiguità*) o difforme da quello individuato in base ai suddetti elementi e presumibilmente corrispondente alla volontà legislativa (*inesattezza*), tali elementi non bastano più e occorre porre rimedio al difetto di turno. Ciò significa che il significato immediato deve essere: *perfezionato*, se incompleto (es.: la legge richiede la presenza di testimoni per la conclusione di un negozio, ma non ne indica il numero); ridotto a uno, se molteplice, mediante interpretazione *dichiarativa*, che seleziona il significato più ampio (i.d. *lata*) o quello più stretto (i.d. *stricta*) (es.: «*praescriptio*» può significare eccezione, precetto o prescrizione); modificato, se inesatto, mediante interpretazione *correttiva* (*estensiva* o *restrittiva*) (es.: esclusione, in contrasto col significato immediato, dell'obbligo di restituzione del prezzo ricevuto dal possessore di buona fede che poi lo perda). Al riguardo, l'interprete ha a disposizione tre *rimedi generali*, mutevolmente efficaci a seconda che ricorra l'uno o l'altro dei tre vizi suddetti: connessione interna della legislazione, connessione della legge al proprio motivo (o *ratio legis*) e valore intrinseco del risultato interpretativo¹¹⁷.

Come si vede, l'architettura dell'attività interpretativa è disegnata con mano sapiente e sicura, ma senza nutrire una cieca fiducia nella possibilità di assicurare metodicamente la correttezza dei suoi esiti, in particolare ricorrendo alla *ratio legis*¹¹⁸. Inoltre, è vero che il disegno è tracciato sulla base della tradizione ermeneutico-giuridica, ma è pur vero che Savigny se ne allontana in almeno tre sensi, che egli stesso evidenzia e che determinano l'originalità della sua concezione. Innan-

¹¹⁷ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., pp. 229, 219 s., 267, 272, 278, 289, 296, 221 s., 232 s. e ntt. c) e d), 237-239.

¹¹⁸ Sulla problematicità e la variabile utilità di tale ricorso, cfr. ivi, pp. 224, 228, 231, 235, 240-247, 326-321.

zitutto, rifiutando l'idea che l'*interpretazione* sia richiesta soltanto per le leggi oscure, per sottolinearne il carattere *regolare e fisiologico*¹¹⁹. In secondo luogo, rifiutando la separazione tra interpretazione *grammaticale e logica*, per ribadire la necessità che queste due forme *interagiscano* nella ricostruzione del pensiero della legge. Infine, opponendosi alla sovrapposizione tra *interpretazione e correzione* normativa, la quale confonde il pensiero effettivamente racchiuso nella legge con quello che l'interprete vorrebbe che vi fosse racchiuso, soprattutto a causa del ricorso sfrenato alla *ratio legis*¹²⁰.

3.3. L'età della codificazione

In termini generali, il fenomeno della codificazione, cioè dell'introduzione attraverso un testo unico e sistematico di nuove disposizioni regolanti uno specifico ramo del diritto (o un suo settore)¹²¹, ebbe origine verso la fine del XVIII secolo. Sebbene tentativi di questo genere non fossero mancati in precedenza, essi giunsero a compimento solo allora, in quanto all'obiettivo comune a ogni progetto codicistico, la fissazione del diritto vigente, se ne aggiunsero altri, riflettenti l'ambizione degli Stati, ormai protagonisti riconosciuti della vita politica, di esercitare un

¹¹⁹ Sull'idea di origine romana, ma valorizzata soprattutto in epoca illuminista, secondo cui «*in claris non fit interpretatio*» (o «*Sens clair-doctrines*»), cfr. S. Masuelli, «*In claris non fit interpretatio*». *Alle origini del brocardo*, in «Rivista di diritto romano», 2002, pp. 401-424; Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., pp. 17-21; C. Schott, «*Interpretatio cessat in claris*» – *Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik*, in Schröder (hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, cit., pp. 155-189.

¹²⁰ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., pp. 324-331.

¹²¹ Per un'efficace panoramica del fenomeno, v. G.M. Labriola, *La codificazione del diritto fra storia, tecnica e tendenza. Una introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; per una introduzione più sintetica, V. Rapone, *Codice*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Giappichelli, Torino 2007, pp. 57-90.

controllo stabile della vita associata sulla scorta della neonata «scienza di polizia» (o del governo)¹²².

In questa sede, tuttavia, tralascierò i primi codici, in quanto non collegati affatto o per intero all'ordinamento germanico, ossia alla principale (se non l'unica) fucina continentale di tesi ermeneutiche dalla seconda metà del XVII secolo alla prima metà del XX secolo. Mi riferisco, in ordine cronologico, al Codice criminale della Toscana del 1786 (cosiddetta Leopoldina), all'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* del 1794, al *Code civil* francese del 1804 e all'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1811¹²³. Ciò spiega anche perché ho collocato l'ermeneutica giuridica tedesca della prima metà del XIX secolo nell'età della recezione.

Per “età della codificazione” intendo dunque il periodo che ha avuto inizio con i codici emanati durante l'Impero germanico (*Zweites Reich*: 1871-1918): il codice penale del 1871 (StGB), quello di procedura penale del 1879 (StPO)¹²⁴, quello di procedura civile dello stesso anno (ZPO) e il codice civile del 1896 (BGB)¹²⁵. Passando per la Repubblica di Weimar (1918-1933), il regime nazista (1933-1945), la suddivisione della Germania nella Repubblica Federale e in quella democratica

¹²² Sul nesso tra scienza di polizia e codificazione, Hesperia, *La cultura giuridica europea*, cit., pp. 227-232, spec. 230.

¹²³ Sempre prezioso sul punto G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, pp. 485-553.

¹²⁴ Sulla legislazione penale tedesca dell'800, v. T. Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer, Berlin u.a. 2011; tr. it. di G. Oss, S. Porro, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Cedam, Padova 2013, pp. 90-114.

¹²⁵ Sulla genesi del BGB, in particolare sulle discussioni relative al primato del diritto scritto su quello consuetudinario, cfr. S. Meder, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009; tr. it. di G. Carlizzi, 'Ius non scriptum'. *Tradizioni della produzione privata del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, pp. 170-184.

(1949) e la loro successiva riunificazione (1990), tale età si estende fino ai giorni nostri¹²⁶.

Nel prosieguo mi concentrerò sulle sue prime grandi fasi: da un lato, quella del raffinamento e del consolidamento dei due fondamentali indirizzi della *teoria* dell'interpretazione, che ha attraversato l'ultimo quindicennio dell'800 e il primo quarto del 900; dall'altro lato, la fase dell'ascesa, del culmine e del declino di una vera e propria *filosofia* ermeneutica del diritto, di stampo *nomofattuale*, coltivata dal secondo quarto ai primi anni 80 del 900.

Non mi occuperò dunque degli sviluppi successivi, né della rivoluzione (pur sempre) interna all'età della codificazione, frutto della costituzionalizzazione dell'ordinamento tedesco, avvenuta con la Legge fondamentale di Bonn del 1949. Infatti, mentre i primi rilevano soprattutto sul piano della teoria dell'argomentazione¹²⁷, la seconda ha avuto un impatto tutto sommato modesto sul piano ermeneutico (a differenza di quanto accaduto, ad esempio, in Italia, pur con qualche ritardo, a partire dall'opera di Stefano Rodotà nel diritto civile e di Franco Bricola in quello penale¹²⁸).

¹²⁶ Per una ricca panoramica della letteratura metodologico-giuridica del periodo, cfr. J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., pp. 285-426 (questa parte inizia, però, dal 1850), *Band 2*, cit. (dal 1933 al 1990).

¹²⁷ Sulla scia di R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1978; tr. it. di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998.

¹²⁸ Sull'ermeneutica di questo secondo autore, cfr. il recentissimo e denso profilo di M. Donini, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in «Lo Stato», 2022, 1, pp. 1-28.

3.3.1. La fase della diatriba tra teorie oggettive e teorie soggettive

Nella *prima* fase, idealmente iniziata nel 1885 e terminata nel 1924, si ebbe dunque il *raffinamento* e il *consolidamento* della *contrapposizione* tra le teorie *oggettive* e quelle *soggettive* dell'interpretazione, incentrata sui *fini* di tale attività ed elevata in Germania a *summa divisio* teorica in materia¹²⁹. Qui interessa chiarire perché essa emerse proprio in questa fase, quali contenuti assunse e quali risultati produsse. Sotto il primo profilo, ancora una volta, intervennero diverse *cause*. Quella *remota* fu proprio la positivizzazione del diritto dei rami maggiori dell'ordinamento: il fatto che le disposizioni da interpretare fossero contenute in testi contemporanei, autoritativi, complessivi ed organici fu un dato con cui anche gli studiosi dell'interpretazione dovettero fare i conti. Non è un caso che il dibattito fu avviato «da tre dei più importanti giuristi dell'epoca»¹³⁰, il penalista Karl Binding (1841-1920)¹³¹, il processualcivilista Adolf Wach (1843-1926)¹³² e l'ecclettico Josef Kohler (1849-1919)¹³³, tra il 1885 e il 1886, ossia pochi anni dopo la redazione di tre dei codici menzionati e mentre era in corso l'elaborazione del quarto.

D'altro canto, e veniamo alla causa *prossima*, la codificazione aveva in sé un valore neutro, nel senso che imponeva, sì, di fare i conti

¹²⁹ Cfr., tra i classici: Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 124-126; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart 1968; tr. it. di A. Baratta, F. Giuffrida Répaci, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, pp. 131-165; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin u.a. 1991, pp. 316-320.

¹³⁰ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin u.a. 1960; tr. it. parz. di S. Ventura, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966, p. 40.

¹³¹ Nel manuale di diritto penale K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, Duncker & Humblot, Leipzig 1885, pp. 450-474.

¹³² Nel manuale di procedura civile A. Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Duncker & Humblot, Leipzig 1885, pp. 254-305.

¹³³ Nell'articolo J. Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, in «Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», 1886, pp. 1-61.

con la vigenza dei testi indicati, ma non in quale modo. Determinante fu dunque l'*ideologia* della legge scritta professata dall'autore di turno, una visione della quale non avrebbe potuto essere discussa la verità, ma tutt'al più la congruenza con certi postulati (filosofici¹³⁴, politici¹³⁵, dottrinali¹³⁶, realistici¹³⁷ o di altro tipo), più o meno spassionati (perché riflettenti principi speculativi, ideali di vita, dogmi scientifici, interessi corporativi o altri motivi). In altre parole, ciò che finalmente determinò la formazione di due distinte famiglie di teorie dell'interpretazione, nonché di diverse posizioni all'interno di ciascuna famiglia¹³⁸, fu il fatto che

¹³⁴ Si pensi all'argomento dell'essenza ragionevole della legge in Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 257.

¹³⁵ Si pensi agli argomenti: a) della soggezione dello stesso legislatore alla legge in Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 455; b) della essenziale strumentalità del diritto alla realizzazione di scopi tipici, ivi, p. 467; c) della inopportunità di subordinare la legge alle opinioni personali dei suoi autori in Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 30; d) della natura culturale e spirituale del diritto, ivi, pp. 40, 42.

¹³⁶ Si pensi agli argomenti: a) della pubblicazione della legge, che ne segnerebbe l'autonomizzazione dal legislatore (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 454, 456, 466; Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, p. 3; Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 256); b) della continuità della legge nonostante la successione dei legislatori (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 455); c) del testo (anziché del senso) della legge quale unico oggetto della deliberazione parlamentare (Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 261); d) della dipendenza di ogni disposizione di legge dalla connessione sistematica in cui si trova con le altre disposizioni dello stesso codice o di altre leggi (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 455, 466, 467).

¹³⁷ Si pensi agli argomenti: a) della fittizietà del legislatore perfetto vagheggiato dalle teorie soggettive (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 456); b) della complessità del processo legislativo, che impedirebbe di riconoscere una volontà chiaramente determinata (Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 22).

¹³⁸ Sull'eterogeneità esistente anche all'interno di ciascuna delle due famiglie di teorie dell'interpretazione, cfr., ad es., Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 256 nt. 4; P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), in Id., *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenju-*

ciascuno studioso prese le mosse da una idea specifica del funzionamento della legge scritta secondo la sua (pretesa) natura.

Quest'ultima considerazione ci introduce alla seconda questione da affrontare, quella dei *contenuti* assunti dai due filoni teorici. Con una formulazione capace di ricomprendere le diverse posizioni in campo, può dirsi che le concezioni *oggettive*¹³⁹, nate in reazione al soggettivismo di matrice savignyana ancora imperante¹⁴⁰, ritennero che la legge nascesse e restasse autonoma dal suo autore, dunque che dovesse essere compresa come una realtà a sé stante¹⁴¹, tanto da potersi rivelare «più ragionevole» o «più lungimirante» di quest'ultimo¹⁴². Tale *oggettività*, a sua volta, fu intesa diversamente dai vari studiosi, a seconda della rispettiva concezione della legge: come oggettività anche *semantica* oppure soltanto *teleologica*. La legge avrebbe dovuto essere trattata, cioè, come portatrice di un *significato* oggettivo, perché dipendente da regole linguistiche comuni¹⁴³, e/o come strumento per un *fine* oggettivo.

risprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, redig. von R. Dubitschar, Gehlen, Bad Homburg vor der Höhe u.a. 1968, pp. 76, 77.

¹³⁹ Ampiamente debitorie, in genere per loro stessa ammissione, dell'opera di H. Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Dieterich, Göttingen 1851.

¹⁴⁰ In particolare grazie all'opera di B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, Ebner & Seubert, Leipzig 1879, p. 55, il più noto pandettista dell'epoca, nonché principale artefice del codice civile tedesco del 1900: «l'interpretazione della legge [...] ha innanzitutto a che fare con l'accertamento del senso che il legislatore ha collegato alle parole da lui usate» (corsivi agg.).

¹⁴¹ Scopo dell'interpretazione sarebbe conoscere: la volontà del diritto (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 451, 455, 456, 458); il senso immanente alla legge (Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., pp. 255, 256, 258); la volontà della legge (Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 1-2, 7-8).

¹⁴² Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 258 («*einsichtiger*»); Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 40 («*weitblickender*»).

¹⁴³ Soprattutto Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 20 s., 33, 35, 44 (che, pur sottolineando la funzione di limite del significato letterale, evidenzia l'opportunità di non ricorrere a formulazioni troppo dettagliate, cioè di conservare un certo grado di incompiutezza della legge). Altri oggettivisti furono invece scetti-

vo, perché riflettente bisogni vitali comuni¹⁴⁴. Per l'individuazione del suo contenuto, si sarebbe dovuto ricorrere a *criteri* convenienti e coordinati, soprattutto a quello teleologico¹⁴⁵. Inoltre, tale individuazione fu chiaramente distinta dal *perfezionamento* del diritto, consistente nel completare e armonizzare col resto del sistema il risultato della prima operazione¹⁴⁶.

Per contro, le concezioni *soggettive* ritennero che la legge nascesse e restasse vincolata alla volontà del suo autore, dunque che dovesse essere compresa come mezzo di comunicazione di quest'ultima¹⁴⁷. Anche della *soggettività* si ebbero accezioni differenti, quali riflessi delle varie concezioni della legge professate dai sostenitori di tale indirizzo: per alcuni si trattava di una soggettività *psicologica*, corrispondente a ciò che un legislatore in carne e ossa aveva voluto in maniera più o meno

ci sull'effettiva capacità delimitativa del significato letterale: Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 459, 463-465 (che inoltre insiste sulla prevalenza dell'uso linguistico giuridico su quello comune); Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 284 s. (che sottolinea la differenza tra «possibile senso delle parole della legge» e «possibile senso della legge»).

¹⁴⁴ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 467 s.; Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 35 s.

¹⁴⁵ Sui criteri ermeneutici: Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 458, 467 (grammaticale e logico – sistematico e teleologico –); Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., pp. 275, 277, 281, 284 (razionale, sistematico, storico e linguistico); Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 19, 20, 33, 35 e nt. 98 (complesso della legislazione, principi del diritto e scopo della legge, nel caso dell'«interpretazione superiore»; criterio letterale e criterio teleologico, nel caso dell'«interpretazione inferiore»).

¹⁴⁶ Su questa differenza, cfr. Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 48.

¹⁴⁷ E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* (1911), Band 4, Scientia, Aalen 1979, p. 209; Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 48, 52, 54, 69 (che impernia la sua teoria sulle figure paradigmatiche e affini del servitore e del militare, tenuti a una «obbedienza riflessiva»).

consapevole¹⁴⁸, per altri, invece, di una soggettività *normativa*, corrispondente agli scopi di tutela degli interessi dei consociati selezionati dal legislatore, ma solo in parte emergenti nelle sue parole o persino nelle sue rappresentazioni¹⁴⁹. Inoltre, anche i soggettivisti, da un lato, elaborarono *protocolli* ermeneutici più o meno complessi, varianti in ragione della rispettiva concezione della volontà legislativa¹⁵⁰; dall'altro lato, condivisero l'ormai acquisita distinzione tra interpretazione e *perfezionamento* del diritto¹⁵¹.

Bisogna esaminare, infine, i *risultati* della diatriba tra teorie oggettive e teorie soggettive. In estrema sintesi, essa: fece emergere per la prima volta, nello stesso contesto, l'alternativa tra le due possibili *finalità fondamentali* dell'interpretazione; rivelò che era proprio dallo scioglimento preliminare di tale alternativa che dipendeva la soluzione degli

¹⁴⁸ Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pp. 199 (sulla scia di Boeckh – «ricoscimento del già conosciuto» – e nel quadro di una concezione negoziale della legge), 218, 230, 231 s. (dove si precisa che, nel caso in cui il legislatore abbia stabilito delle regole di interpretazione, la sua volontà effettiva è quella conforme ad esse), 256, 258 (contro le teorie oggettive), 264 (contro le teorie garantiste).

¹⁴⁹ Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 75 s., 83.

¹⁵⁰ Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pp. 214-217, 256 s., 275, 285 s. (sufficienza del significato lessicale e frasale delle parole della legge; altrimenti necessità di procedere a interpretazione restrittiva o estensiva sulla base della connessione logica con altre espressioni legislative, degli antecedenti storici e dello scopo della legge); Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 59, 84, 60 s., 65-67, 94-102, 68 s., 72 s., 76, 82-84, 86 (interpretazione come progressione ermeneutica: formulazione provvisoria di ipotesi interpretative entro i limiti, alquanto elastici perché determinati non solo secondo regole linguistiche, ma anche secondo punti di vista materiali, dei «*possibili significati letterali*» della legge; individuazione, su questa base e facendo uso dei mezzi della ricerca storica – contesto, processo ed epoca genetica –, delle *rappresentazioni* dei fatti da disciplinare da parte del legislatore; integrazione di tali rappresentazioni, da compiere dopo aver scoperto con i mezzi appena indicati gli *interessi* per la cui tutela il legislatore è intervenuto e, in definitiva, gli *scopi* cui la legge deve servire).

¹⁵¹ Su questa differenza, cfr. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., p. 335 s.; Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 83, 88, 107, 121.

altri problemi in materia, in particolare quello dei criteri interpretativi; confermò la *distinzione*, già chiaramente emersa nell'opera di Savigny e ignota al pensiero medievale, tra interpretazione e *perfezionamento* del diritto; condusse all'elaborazione di *metodologie ermeneutiche* variamente raffinate e non sempre organiche, nelle quali, a differenza che nel pensiero di Savigny, assunse un ruolo primario l'idea di scopo (del legislatore o della legge); segnò, data la sua stretta dipendenza dalla forma codicistica, il definitivo *tramonto* dell'idea antica e medievale della *normatività* dell'interpretazione; non impedì, a causa delle indicate qualità delle metodologie ermeneutiche proposte, che l'attività interpretativa dei giuristi continuasse ad avere un carattere *ampiamente creativo*¹⁵².

¹⁵² La distinzione tra teoria soggettiva e teoria oggettiva dell'interpretazione ha scarso riscontro nella letteratura italiana contemporanea (ma, per riflessioni originali sull'intenzione legislativa e sul significato letterale, v. F. Poggi, *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, ETS, Pisa 2020, pp. 230-246, 305-325), che tende a seguire, piuttosto, la suddistinzione anglosassone (*morfologica*, anziché *teleologica*) in concezioni formaliste, scettiche e intermedie dell'interpretazione: cfr., per tutti, V. Velluzzi, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS, Pisa 2013, pp. 17-24. D'altro canto, la presenza in ciascuno dei due ambiti teorici di elementi improntati anche dall'altro, subito notata dai rispettivi fautori (es.: le teorie *soggettive* della volontà normativa facevano leva su interessi esistenti e da valorizzare *oggettivamente*: cfr. esplicitamente Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 70, 76 s.) spiega anche lo *scetticismo* di parte della letteratura tedesca contemporanea sulla validità della loro contrapposizione (cfr., con varietà di accenti, F. Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, WUV, Wien 2005, p. 19; B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München 2007, p. 412 s.; R. Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, Carl Heymanns, Köln u.a. 2005, p. 41; R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, München 2006, pp. 21-24). A ben vedere, tale atteggiamento è giustificato, perché gli argomenti fatti valere dalle due famiglie non di rado si sovrappongono tra loro (es.: idea che la legge sia funzionale ai bisogni dei consociati e, dunque, debba essere interpretata anche secondo un criterio teleologico); impressionante è, in particolare, la vicinanza tra l'oggettivista Koehler e il soggettivista Heck (che però, in quanto tale, a differenza del primo, prende le mosse dalle rappresentazioni effettive del legislatore). Senonché, ciò non toglie la possibilità di relativizzare la contrapposizione e di trasformarla in una distinzione, secondo cui

3.3.2. La fase dell'ermeneutica giuridica nomofattuale

La *seconda* fase dell'età della codificazione, che si estese dal 1924 agli inizi degli anni '80, fu segnata da una novità assoluta nel panorama ermeneutico-giuridico: l'emersione, accanto alla prassi, alla metodologia e alla teoria, di una vera e propria filosofia, che qui propongo di chiamare "ermeneutica giuridica nomofattuale" (d'ora in poi: "ermeneutica nomofattuale"). Parlo di vera e propria *filosofia*, perché fu solo allora che la comprensione, oltre a essere praticata, disciplinata e analizzata, fu elevata a forza motrice dell'*intera* dinamica del diritto. E parlo di *ermeneutica nomofattuale*, perché la necessità della comprensione non fu considerata come una semplice conseguenza dell'eventuale imperfezione della legge, né della divergenza sempre possibile tra il suo significato immediato e il pensiero del suo autore; tale necessità fu piuttosto considerata come il riflesso, balenante in ogni momento della produzione giuridica, della coesistenzialità per quest'ultima di due elementi di natura diversa, l'elemento normativo e quello fattuale.

i due poli sono modi di vedere l'interpretazione diversi ma non separati. In questa versione, essi possono interagire variamente tra loro, dando luogo ad assetti in cui è riconoscibile la prevalenza dell'uno o dell'altro. Il punto è che la distinzione ha non solo un suo fondamento, da intendere, però, in senso *ontologico*, anziché *epistemico*, ma anche un ruolo fondamentale in campo metodologico. Così, sotto il primo profilo, che *esistano* usi linguistici condivisi o bisogni comuni che la legge è in grado di soddisfare (teorie oggettive) oppure rappresentazioni dei fatti da disciplinare da parte dei membri degli organi legislativi o interessi dei consociati che li hanno spinti a legiferare (teorie soggettive), sono dati difficilmente negabili. Nondimeno, è normale che ognuno di questi dati sia *individuato* da ciascun interprete in modo relativamente diverso da quello degli altri, dunque che sorgano controversie su quali siano gli usi linguistici condivisi, i bisogni che la legge è in grado di soddisfare, le rappresentazioni del legislatore o gli interessi che lo hanno indotto a intervenire. Sotto il secondo profilo, *metodologico*, è soprattutto muovendo dai possibili fini dell'interpretazione che è possibile affrontare in maniera adeguata e ordinata tutti gli altri problemi ermeneutici, relativi ai mezzi, alle regole, ai tipi di interpretazione e così via.

Entrambe le precisazioni sono fondamentali per lo studio del nostro tema in generale. La prima, perché mostra che la *filosofia* ermeneutica del diritto non è incompatibile con le altre forme di ermeneutica, in particolare con la *metodologia* e con la *teoria*, solo considera la comprensione in una prospettiva differente e in una certa misura complementare a quelle di queste ultime¹⁵³. La seconda, perché mette in risalto la differenza esistente tra l'ermeneutica giuridica in esame, denominabile, appunto, “*nomofattuale*”, e le altre concezioni ermeneutiche del diritto (preteoriche, teoriche o filosofiche), tutte più o meno *nomocentriche* (ma non necessariamente positiviste o, addirittura, legaliste), perché tutte più o meno disattente al ruolo codeterminante del fatto nella produzione giuridica¹⁵⁴.

Prima di illustrare cause, contenuti e risultati dell'ermeneutica nomofattuale, va messa in evidenza la sua *peculiare problematicità storiografica*. Essa è una concezione professata da diversi autori, che tuttavia

¹⁵³ Al riguardo, fa bene M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, spec. pp. 115-117 a sottolineare l'esigenza, soprattutto nel diritto penale, di una maggiore attenzione alla dimensione metodologica dell'ermeneutica. Tuttavia, questo problema, dal punto di vista dell'ermeneutica nomofattuale, può essere affrontato solo in seconda battuta, dopo aver compreso le dinamiche tipiche della produzione giuridica, che condizionano la possibilità di disciplinarla. Esplicitamente nel senso che l'ermeneutica giuridica (nomofattuale) non costituisce eppure presuppone una teoria dell'argomentazione, cfr. uno dei suoi protagonisti: A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck, München 1997, p. 45.

¹⁵⁴ In questo senso, l'ermeneutica nomofattuale va tenuta distinta sia dalle concezioni ermeneutiche preteoriche anteriori a Savigny, sia dalla teoria ermeneutica savignyana, sia dalle filosofie ermeneutiche contemporanee, in particolare quella sviluppata da R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986; tr. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano 1989, spec. pp. 48-85, sulla quale, v. le istruttive ricostruzioni di A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1998, spec. pp. 117-147, e G. Blando, *Ronald Dworkin*, in *www.aphex.it*, in corso di pubblicazione, § 2.

non si sono pensati, né presentati univocamente come compartecipi di un movimento unitario. Viene da chiedersi, pertanto: da dove partire per costituirla come tema di indagine storica? In base a cosa procedere alla delimitazione del suo patrimonio di idee e del novero dei suoi cultori? La mia risposta, che ho già proposto altrove¹⁵⁵, muove dal fatto che l'ermeneutica nomofattuale è una formazione spirituale, un prodotto culturale, come tale dotato di un senso, che deve essere seguito per la sua stessa comprensione¹⁵⁶. Pertanto, la sua identità non può essere afferrata immediatamente, all'inizio dell'indagine storica vertente su di essa, ma solo al termine di quest'ultima, se e quando l'ipotesi ricostruttiva formulata all'inizio, che avrà fatto da guida alla stessa indagine, risulterà confermata dagli elementi via via raccolti nel suo corso.

È proprio tale peculiare problematicità storiografica che spiega la diversità tra le varie presentazioni del movimento in esame reperibili in letteratura, le quali di solito lo considerano come il prodotto della recezione in ambito giuridico dell'ermeneutica filosofica gadameriana¹⁵⁷. Anche sul punto ho espresso più volte la mia opinione divergente, sostenendo che l'ermeneutica nomofattuale, piuttosto, è nata sotto

¹⁵⁵ G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, in «Persona y Derecho», 2011, pp. 85-87 (poi confluito in forma lievemente ridotta in Id., *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., pp. 11-57).

¹⁵⁶ Sulle caratteristiche delle sfere culturali (scienza, morale, arte e diritto), fondamentale Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 8.

¹⁵⁷ Nella letteratura tedesca, in questo senso, con varietà di precisazioni: E. Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon, Würzburg 2005, pp. 36-39 (che la inserisce nella cornice generale dell'ermeneutica giuridica fondata da Savigny); M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Gremer, Ebelsbach 1981, pp. 1-16; K. Seelman, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck, München 2004, pp. 127-129; J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Gremer, Ebelsbach 1991, spec. pp. 67-84 (che la distingue dall'ermeneutica giuridica continuatrice della tradizione risalente a Schleiermacher, Savigny e Dilthey, nonché da una supposta ermeneutica giuridica analitica); T. Vesting, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München 2007, pp. 112-116. Per una prospettiva diversa, cui si avvicina quella seguita in questa sede, cfr. Hassemer, *Ermeneutica giuridica*, cit.

l'influsso del pensiero di Gustav Radbruch¹⁵⁸ (1878-1949); si è sviluppata attraverso i contributi di questo autore e di Karl Engisch¹⁵⁹ (1899-1990); ha raggiunto il proprio vertice grazie ad alcune opere di Karl Larenz¹⁶⁰ (1903-1993), Josef Esser¹⁶¹ (1910-1992), Arthur Kaufmann¹⁶² (1923-2001), Martin Kriele¹⁶³ (1931-2020), Joachim Hruschka¹⁶⁴

¹⁵⁸ La letteratura sul pensiero di Radbruch è sterminata. Qui, come per gli autori successivi, mi limiterò a indicare gli studi di interesse ermeneutico: Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit.; Id., “Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico”. *Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. XX-XXVIII.

¹⁵⁹ A. Maschke, *Gerechtigkeit durch Methode. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens*, Winter, Heidelberg 1993, pp. 126-212.

¹⁶⁰ Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik*, cit., spec. pp. 53-236.

¹⁶¹ *Ibidem*; Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit.

¹⁶² W. Hassemer, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in Hassemer (hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 1-13; G. Carlizzi, *Analogia e «natura della cosa»*. *La prima tappa della ricerca 'ontologica' di Arthur Kaufmann*, in A. Kaufmann, *Analogia und «Natur der Sache»*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1965), R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg u.a. 1982; tr. it. di G. Carlizzi, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli 2003, pp. XVII-LXIII (poi confluito in G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., pp. 59-120); S. Grote, *Auf der Suche nach einem “dritten Weg”*. *Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Nomos, Göttingen 2008, spec. pp. 42-52.

¹⁶³ V. Omaggio, *Postfazione*, cit.

¹⁶⁴ G. Zaccaria, *Introduzione*, in J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung* (1965); tr. it. di G. Carlizzi, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, il Mulino, Bologna 2009, pp. 7-14.

(1935-2017), Friedrich Müller¹⁶⁵ (n. 1938) e Winfried Hassemer¹⁶⁶ (1940-2014), i quali solo da un certo momento, e in genere in maniera complementare, hanno innervato le loro posizioni ermeneutiche richiamandosi a specifiche tesi formulate da Gadamer in *Verità e metodo* (relative, soprattutto, alla precomprensione e al circolo ermeneutico)¹⁶⁷.

Si tratta ora di ricostruire sommariamente la *nascita*, l'*ascesa* e il *declino* dell'ermeneutica nomofattuale in Germania tra il 1924 e i primi anni 80, fornendo un quadro riassuntivo del suo patrimonio di *idee* e dei suoi *risultati*. Comune ai tre momenti fu la *reazione* all'ideologia *nomocentrica*, che aveva raggiunto il suo apice proprio con la codificazione. Sebbene un'avversione analoga fosse stata manifestata già nella fase precedente, dando luogo alla svolta di Jhering (1818-1892) «verso una

¹⁶⁵ G. Andresani-N. Stamile, *Mulling Over Hermeneutics*, in N. Stamile, N. Castilho Gomes, D. Almanza Torres (ed. by), *Friedrich Müller's Theory of Law. Proceedings of the Special Workshop held at the 29th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Lucerne, Switzerland, 2019*, Steiner, Stuttgart 2021, pp. 29-38.

¹⁶⁶ G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, in W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymanns, Köln u.a. (1968), tr. it. di G. Carlizzi, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, Napoli 2007, pp. 10-38 (poi confluito in Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., pp. 121-160).

¹⁶⁷ Al massimo si può affermare che l'ermeneutica filosofica di Gadamer ha esercitato un influsso decisivo su Esser e molto forte sul secondo Larenz, analogamente a quanto fa Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik*, cit., p. 1 e nt. 1. Sulla tesi dell'origine dell'ermeneutica nomofattuale nell'opera di Radbruch, sia consentito il rinvio a Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit., pp. 87-89, nonché alla presentazione dei curatori in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 15-18. Anzi, si può dire che questa antologia, poi pubblicata anche in lingua tedesca (S. Meder, V. Omaggio, G. Carlizzi, C. Sorge (hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert. Eine Anthologie von Grundlagentexten der deutschen Rechtswissenschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2018), è stata concepita insieme a Enzo Omaggio anche per convalidare l'ipotesi storiografica qui riproposta.

giurisprudenza pragmatica»¹⁶⁸ e alla conseguente schiusura giusliberista¹⁶⁹ delle *norme alla vita*, fu solo dalla fine del primo quarto del 900 che il rapporto tra queste due sfere fu visto come una *determinazione reciproca*.

Il parto può farsi risalire a un articolo pubblicato nel 1923/24 da Radbruch¹⁷⁰, da tempo vicino al movimento del diritto libero, ma soprattutto ispirato dalla dottrina neokantiana sudoccidentale (Windelband, Rickert, Max Weber e Lask)¹⁷¹. Muovendo dal duplice assunto, tipico di quest'ultima, che ogni realtà culturale è caratterizzata dalla tensione a un'idea e che il diritto è una realtà culturale, Radbruch si sofferma sui due termini dell'idea del diritto (solo dal 1924 identificata nella giustizia¹⁷², intesa come parità di trattamento dei fatti eguali¹⁷³): la forma e la materia. Come chiarisce la splendida metafora iniziale della creazione artistica, che pure ruota attorno a un'idea, a un progetto, il rapporto tra i due termini non è unilaterale, bensì *dialettico*. Da un lato,

¹⁶⁸ Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., pp. 58-65. Sulla centralità di Jhering per il pensiero giuridico ottonovecentesco, v. Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 29-31.

¹⁶⁹ Su tale movimento, cfr. la ricca indagine di L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Giuffrè, Milano 1975, pp. 201-370, spec. 229 s. (che individua tre generazioni – precursori, prima e seconda generazione – e vi include correnti più specifiche, in particolare quella del diritto libero e la giurisprudenza degli interessi).

¹⁷⁰ G. Radbruch, *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze* (1923/24); tr. it. di G. Carlizzi, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 31-37.

¹⁷¹ Su questi due rapporti, anche per riferimenti alle opere di Radbruch, sia consentito il rinvio a Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit., pp. 106 nt. 80, 90 nt. 17.

¹⁷² Come riconosciuto già in apertura dell'articolo G. Radbruch, *Die Problematik der Rechtsidee* (1924), in Id., *Gesamtausgabe*, hrsg. von A. Kaufmann, Band 2, *Rechtsphilosophie 2*, bearb. von A. Kaufmann, C.F. Müller, Heidelberg 1993, p. 460. Su questo aspetto, v. anche *ivi*, p. 92 ann. post. 127.

¹⁷³ Sul punto, fondamentale Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., spec. pp. 37-41.

la *forma dell'idea del diritto* è la pretesa che la convivenza umana abbia una disciplina di un certo tipo. Dall'altro lato, però, tale pretesa non può realizzarsi arbitrariamente, ma deve fare i conti con la sua *materia*, espressamente identificata da Radbruch nei «dati preformati per mezzo di concetti sociali»¹⁷⁴, che si presentano così già dotati di una propria natura, la «natura della cosa»¹⁷⁵.

Questa «oscillazione [*Hin und Her*]», questo doppio movimento, chiamato «idealizzazione del reale» e, rispettivamente, «determinatezza materiale dell'idea»¹⁷⁶, fa sì che il diritto operi attraverso *norme* che improntano in un certo modo i fatti da esse disciplinati¹⁷⁷, ma anche che questi *fatti* condizionino quelle norme, in quanto già rivestiti di senso dai consociati che ne sono artefici o protagonisti¹⁷⁸. Coerente con l'idea della pari essenzialità dell'elemento fattuale e di quello normativo per la realizzazione del diritto è la definizione di quest'ultimo che Radbruch stabilisce nella parte del suo *opus magnum* dedicata alla «logica della scienza giuridica», e che può fungere da *motto* della corrente in esame: «la legge esiste proprio in funzione della decisione di casi singoli, e in

¹⁷⁴ Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 36.

¹⁷⁵ Ivi, p. 37.

¹⁷⁶ Ivi, pp. 32, 31 (corsivi aggiunti). In termini pressoché identici, Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 14 s.

¹⁷⁷ Radbruch parlerà poi di «trasformazione teleologica»: ad esempio, del concetto biologico in quello penalistico di «feto» (*Filosofia del diritto*, cit., p. 133). È interessante notare che un'idea simile (rilevanza in generale, anche al di là dei termini tecnici, dell'«uso linguistico giuridico», anziché del «senso del linguaggio parlato»), era già stata efficacemente sostenuta, come visto (*supra*, nt. 143), da Binding, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 463 s. Sul punto, v. anche Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 213 e nt. 24.

¹⁷⁸ Ad esempio, già prima dell'intervento tipizzante del legislatore, un'ingiuria non è semplicemente una successione di processi fisici, bensì l'espressione di un significato offensivo: Radbruch, *Idea e natura del diritto*, cit., p. 35.

questo senso teleologico, in effetti, il diritto non è la totalità delle norme, bensì è la totalità delle decisioni»¹⁷⁹.

Ricostruire la *storia dell'ermeneutica nomofattuale* significa allora far vedere che i citati autori hanno seguito l'una e/o l'altra delle due indicate direzioni, condividendo l'originale idea fondamentale della dialettica norma/fatto quale forza motrice dell'intera esperienza giuridica, e arricchendola eventualmente con le suggestioni provenienti dall'ermeneutica gadameriana, di per sé incapace di (e neppure intenzionata a) fondare una filosofia del diritto, o anche soltanto una teoria dell'interpretazione giuridica. Ai presenti fini, non importa granché, invece, che la suddetta condivisione sia avvenuta riconoscendo in maniera più o meno esplicita l'influsso subito da Radbruch¹⁸⁰, né tanto meno condividendo tutti i corollari della suddetta idea fondamentale. Anzi, riprendendo una sollecitazione offerta da uno dei protagonisti del movimento, va riconosciuto che, mentre alcuni suoi rappresentanti hanno mostrato maggiore sensibilità per le questioni *giusfilosofiche* (a cominciare da Radbruch), altri si sono concentrati soprattutto sui problemi (*lato sensu*) *metodologici* (a cominciare da Engisch)¹⁸¹.

¹⁷⁹ Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 134 s.

¹⁸⁰ Fermo restando che tale riconoscimento è riscontrabile più o meno esplicitamente in diversi protagonisti del movimento: dal successore di Radbruch sulla cattedra di Heidelberg, Karl Engisch (*Vom Weltbild des Juristen* (1950), C. Winter, Heidelberg 1965, p. 9), al suo allievo più devoto e curatore della sua *opera omnia*, Arthur Kaufmann (si considerino i numerosissimi passi di *Analogia e «natura della cosa»*, cit., reperibili attraverso l'indice dei nomi e in genere cruciali, nei quali Kaufmann aderisce alle tesi di Radbruch: centralità dell'idea del diritto, distinzione tra essere e dover essere, conseguente necessità di passare dall'uno all'altro, natura della cosa, rapporto di mera somiglianza tra i fatti della realtà ecc.), all'allievo di quest'ultimo più dotato filosoficamente, Winfried Hassemer (*Fattispecie e tipo*, cit., dove si trovano riferimenti adesivi simili a quelli di Kaufmann, anch'essi reperibili tramite l'indice dei nomi).

¹⁸¹ Hassemer, *Ermeneutica giuridica*, cit., § 4, che annovera tra i primi, interessati soprattutto al rapporto tra essere e dover essere, Kaufmann (sulla scia di Radbruch), e tra i secondi, interessati soprattutto al rapporto tra fatto e norma, Esser, Larenz, Kriele e F. Müller. Sennonché, la separazione tra essere e fatto, da un lato, e dover

In questa sede non dispongo dello spazio necessario per esaminare in dettaglio il pensiero dei citati autori. Pertanto, mi limiterò a fornire un quadro impressionistico delle *principali tesi* dell'ermeneutica nomofattuale, che quantifico convenzionalmente in *undici*¹⁸² e che potrebbero costituire la base per il *rilancio del movimento*, *sempre che* esso torni a prestare quell'attenzione alla prassi giuridica e, più in generale, al diritto positivo che ne ha determinato l'originalità¹⁸³:

essere e norma, dall'altro, non convince. La distinzione tra prospettiva giusfilosofica e prospettiva metodologica (*rectius*: epistemologico-trascendentale: su questa matrice trascendentale, fondamentale Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 44 s.) sembra riflettere, piuttosto, una differenza di domande privilegiate (mai esclusive, dato il loro condizionamento reciproco): nel primo caso “che cos'è il diritto?”, mentre nel secondo “come è possibile conoscere il diritto?” (entrambe a loro volta distinte dalla vera e propria domanda metodologica: “come si deve conoscere il diritto?”).

¹⁸² Dopo una lunga riflessione, ho preferito non inserire l'ulteriore tesi del doveroso fondamento dogmatico-topico dell'interpretazione che pure è stata accolta da alcuni esponenti dell'ermeneutica nomofattuale. Secondo questa tesi, nella versione esseriana, l'interpretazione deve essere razionale, e per essere razionale deve individuare significati non solo coerenti con le singole disposizioni vigenti, ma anche congruenti con le aspettative di giustizia del caso concreto coltivate dai consociati. Si badi: la sua esclusione non significa che questa tesi non abbia svolto alcun ruolo nella storia dell'ermeneutica giuridica (anzi, al tema è dedicata l'intera quarta parte dell'antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 221-266; per ulteriori ragguagli sul punto cfr. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, cit., pp. 30, 41). Né significa che non possa contribuire al rinnovamento del movimento. Significa solo che, verso il ruolo della ragion pratica del diritto, i suoi esponenti sembrano aver assunto atteggiamenti non sempre reciprocamente compatibili (si confronti il relativismo di Radbruch, tra l'altro, con il teoreticismo di Engisch, con l'ontologismo di Kaufmann e con l'ottimismo pratico-razionale di Esser e Kriele).

¹⁸³ Per un elenco analogo, cfr. già Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, cit., pp. 14-16. Nelle note seguenti, salvo che tutti o alcuni passi di interesse manchino, non citerò dalle edizioni integrali delle opere dell'ermeneutica nomofattuale, bensì dall'antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit.

- A. tesi della *procedimentalità* della realizzazione del diritto. Il diritto nasce dall'applicazione ai fatti della vita associata di norme stabilite prefigurando questi ultimi a certi fini, nonché caratterizzate in origine da una *natura diversa* dalla loro. Le norme sono infatti *deontiche* e *generalì*, i fatti, invece, *ontici* e *singolari*. Pertanto, come ha mostrato soprattutto Arthur Kaufmann, il diritto non può mai realizzarsi *uno actu*, ma solo attraversando le fasi della *produzione* e dell'*applicazione normativa*, fasi a loro volta altrettanto complesse, nelle quali la suddetta distanza deve essere via via ridotta, in vista del suo annullamento¹⁸⁴. Come il *legislatore* deve rappresentarsi i fatti da disciplinare dal punto di vista degli ideali giuridici che intende realizzare e ricavarne norme più determinate, così il *giudice* deve considerare i fatti da decidere dal punto di vista di queste norme e trarne decisioni che affermano o negano la loro reciproca corrispondenza¹⁸⁵.
- B. tesi della *mediazione* tra *norma* e *fatto*. La distanza morfologica originaria tra questi due termini comporta che il suo superamento può avvenire soltanto ricorrendo a un medio, che, partecipando dell'uno e dell'altro, è in grado di *mettere* l'uno in relazione all'altro. Questo *tertium* è stato inteso principalmente come «*natura della cosa*», cioè come il senso che i fatti disciplinati dalle norme già ricevono dai consociati e che deve presumersi assunto da esse, le quali, altrimenti, non potrebbero fare presa sulla vita. La natura della cosa è dunque relativamente *vincolante* per chiunque. Innanzitutto per il legislatore, che può solo trattarla

¹⁸⁴ Kaufmann, *Analogie und «Natur der Sache»*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 53-56.

¹⁸⁵ Per la procedimentalità dell'applicazione normativa: Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 66; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., pp. 211-214.

teleologicamente nella misura da essa stessa concessa, cioè deviare il senso sociale dei fatti umani verso i fini che egli si prefigge. Inoltre, essa è vincolante per l'interprete, che deve sforzarsi di cogliere il modo in cui le disposizioni interpretate hanno rielaborato la natura della cosa¹⁸⁶.

- C. tesi della *tipologicità* delle *fattispecie normative*. La fattispecie normativa è l'immagine generica dei fatti disciplinati da una certa norma e alla quale il fatto da decidere deve corrispondere per poter esser sottoposto a quest'ultima. Tale immagine può essere intesa variamente. Nell'ermeneutica nomofattuale è stata intesa in modo da conservarne l'essenziale apertura alla realtà, cioè come *tipo*, figura collocata a metà strada tra astratto e concreto. Infatti, è vero che il tipo consiste in un complesso di caratteristiche

¹⁸⁶ Sul punto, cfr., oltre allo scritto di Radbruch citato *supra*, nt. 170: G. Radbruch, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken* (1938); tr. it. di G. Carlizzi, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 162; Id., *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in «Riv. int. di fil. del dir.», 1941, pp. 145-156; Id., *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in G.C. Hernmarck (hrsg.), *Festschrift Laun*, Toth, Hamburg 1948, pp. 157-176 (rielab. e ampliam. dell'articolo del 1941); Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»*, cit., pp. 61-64 (cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici esterni al movimento); Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 182 s., 188-190; F. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin 1966; tr. it. parz. di V. Omaggio, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 102; K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, Piper, München 1991, p. 232; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., p. 137 (in parziale dissenso da Kaufmann e Müller). Per una posizione mediana, che non nega la validità della natura della cosa, ma rileva la vaghezza del relativo concetto, cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (1967), Duncker & Humblot, Berlin 1976; tr. it. parz. di V. Omaggio, *Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto*, ivi, p. 91 s.

definitorie, perché altrimenti sarebbe inservibile alla decisione giuridica, che deve riscontrarne la presenza nel fatto da decidere. Ma è pur vero che le stesse caratteristiche non sono *concettuali- astratte*, cioè isolate, rigide e destinate a concretizzarsi sempre allo stesso modo, bensì *funzionali*, nel senso che si correlano a formare una proprietà graduabile e comunque suscettibile di manifestarsi in modi infiniti, corrispondenti agli egualmente infiniti fatti singoli che realizzano la fattispecie¹⁸⁷.

- D. tesi della *distinzione tra fenomenologia e logica del giudizio giuridico*. Questa e le successive tesi, a differenza delle precedenti, non si riferiscono all'attività di realizzazione del diritto in generale, bensì a quella sua parte culminante che è l'attività *interpretativa*. Essa risale a Karl Engisch, il più geniale teorico tedesco del giudizio giuridico. Sebbene non ricorra alla distinzione tra “fenomenologia” e “logica”¹⁸⁸, egli ha chiaramente in mente qualcosa di analogo. Così, il giudizio giuridico è certamente concepibile come il risultato di un sillogismo (dimensione logica), ma il suo momento problematico non è questo, bensì la preparazione delle premesse dello stesso sillogismo (dimensione fenomenologica), che dunque merita l'attenzione preminente dello studioso. Sul piano della teoria dell'interpretazione, questa è certamente la tesi

¹⁸⁷ Anche l'introduzione di questa figura nell'ermeneutica nomofattuale si deve a Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori*, cit., pp. 159-168. Tuttavia, l'analisi più chiara e completa di essa si trova in K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *La concretizzazione come riferimento al “tipo” nel diritto e nella scienza giuridica*, ivi, pp. 169-180. V. inoltre: Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Forme e modi di comprensione del tipo nel diritto*, ivi, pp. 181-193; Kaufmann, *L'analogia giuridica tra similitudine, assimilazione*, cit., spec. pp. 201-204; Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., spec. pp. 208-214.

¹⁸⁸ Che ho proposto nell'articolo G. Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in «Archivio penale», 2016, p. 68 s., proprio per cogliere il nucleo dell'indagine di Engisch.

centrale dell'ermeneutica nomofattuale, alla quale si collegano dunque tutte le altre¹⁸⁹.

- E. tesi dell'*interpretazione in concreto*. È la prima tesi emergente grazie all'approfondimento, promosso da Engisch, della dimensione fenomenologica del giudizio. Di contro all'intera tradizione, che concepisce l'interpretazione quale comprensione di un testo normativo in vista della successiva applicazione a un fatto concreto, l'ermeneutica nomofattuale evidenzia che i due momenti non sono separati, bensì *dialetticamente collegati*. Sotto quest'ultimo profilo, fraintendono i critici del movimento quando ritengono che esso sovrapponga l'interpretazione all'applicazione. Collegamento dialettico non significa confusione. Significa, piuttosto, che ogni interprete consulta la disposizione di turno sempre riferendosi a un fatto ben determinato, e in questo senso concreto, che può essere reale (come sempre vale per il giudice) oppure immaginario (come può valere per il dogmatico). L'interprete, dunque, non si chiede cosa può significare tale disposizione, bensì se ha un significato valevole per il fatto concreto, e, a seconda delle risposte che ottiene, corregge o stabilisce i risultati della propria attività, compiendo, se del caso, la vera e propria applicazione¹⁹⁰.

¹⁸⁹ K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (1945), C. Winter, Heidelberg 1963; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 40 («l'inferenza in quanto tale costituisce lo sforzo minore, la difficoltà principale risiede nel trovare le premesse»). Tra gli autori successivi, cfr.: Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 59; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 83 s.; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis* (1970), Fischer, Frankfurt a.M. 1972; tr. it. di S. Patti, G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, ESI, Napoli 1983, p. 24 s.

¹⁹⁰ Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 41 («nella premessa maggiore vengono inseriti soltanto quegli elementi considerati sotto la spinta del caso

F. tesi del *fondamento precomprensivo* dell'interpretazione normativa. Questa è l'unica tesi di chiara marca *gadameriana*, anche se gli usi peculiari ed eterogenei che ne ha fatto l'ermeneutica nomofattuale mostrano che il contributo dell'ermeneutica filosofica al riguardo è consistito nel fornire un'immagine per fenomeni tipici del diritto. Soprattutto per merito di Josef Esser, la precomprensione giuridica ha assunto due forme, *dogmatica* e *giustiziale*, accomunate dal fatto di consistere in anticipazioni di senso, in ipotesi interpretative di una certa disposizione, modellate sul caso da decidere. La differenza tra esse risiede nella base dell'ipotesi. La precomprensione dogmatica si fonda sulle conoscenze giuridiche e sulle esperienze applicative relative a casi simili a quello suddetto. La precomprensione giustiziale, invece, poggia sull'aspirazione a scegliere per il caso concreto l'inquadramento normativo ritenuto più giusto. La considerazione di entrambe le forme mette in luce che i risultati interpretativi non sono frutto soltanto dell'applicazione occasionale di certi metodi formali, ma anche di punti vista *materiali* radicati¹⁹¹.

concreto della vita [...]. In sintesi: per la premessa maggiore è essenziale ciò che si riferisce al caso concreto»), 46 s.; J. Esser, *Die Interpretation im Recht*, in «Studium Generale», 1954, 6, pp. 373, 377; Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., pp. 58 s., 61; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., p. 66; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 87; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit.; tr. it. parz. di V. Omaggio, *La costruzione e la valutazione giuridica del fatto*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 140 s.

¹⁹¹ Esser, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., pp. 135-137; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., pp. 88, 90 s.; J. Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, C.H. Beck, München 1972; tr. it. parz. di V. Omaggio, *Comprensione e interpretazione*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 93-95; F. Müller, *Applicazione, precomprensione topica*, cit., pp. 100-103; Larenz, *La giurisprudenza come scienza comprendente*, cit., pp. 121-123 (in parziale dissenso da Esser); Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 191, 232.

- G. tesi della *costruzione fattuale*. Per poter essere inquadrati nelle fattispecie normative, i fatti umani devono possedere caratteristiche corrispondenti a quelle che definiscono tali fattispecie. Ciò significa che devono avere una configurazione costituita da tutte e solo queste caratteristiche. Sennonché, quando accadono, i fatti umani non si presentano mai in questa forma così raffinata e ordinata. Essi rientrano nel flusso della vita, nel *continuum* della realtà, caratterizzato da una infinità di dati (caratteristiche disparate dei loro protagonisti e spettatori, nonché dei loro luoghi di commissione). Ecco perché, come ha mostrato soprattutto Joachim Hruschka, ma pur sempre sviluppando un'intuizione di Engisch, per poter applicare una norma a un fatto occorre previamente costruirlo nel senso suddetto, cioè selezionarne le sole caratteristiche di potenziale rilevanza in base alla norma¹⁹².
- H. tesi della *circolarità sostanziale*. Discende dalla combinazione tra la tesi dell'interpretazione in concreto e quella della costruzione fattuale. Se il processo ermeneutico richiede che l'interprete individui la norma da applicare alla luce del fatto da decidere e costruisca questo alla luce di quella, allora esso ha carattere circolare (non vizioso). Spesso è stato affermato che questa tesi è emersa nell'ermeneutica giuridica sulla scia di quella *gadameriana*. In realtà, il circolo di cui stiamo discutendo, in quanto coinvolgente la norma e il fatto, anziché l'interprete e il testo oppure quest'ul-

¹⁹² Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 41 («bisogna valutare tale caso soltanto in base alle premesse giuridiche, distinguere l'essenziale dall'inessenziale all'interno di esso. [...] In sintesi: [...] nel caso concreto è essenziale ciò che si riferisce alla premessa maggiore»), 46; J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *La costituzione del caso giuridico*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 125-135; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., p. 65 s.; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 90; Larenz, *La costruzione e la valutazione giuridica del fatto*, cit., pp. 139 s., 142; Esser, *Die Interpretation im Recht*, cit., p. 373.

timo come intero e le sue parti, è ben diverso dal circolo gadame-riano. Il vero coniatore del circolo ermeneutico-giuridico è piuttosto Engisch, la cui immagine dell'«andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore ed episodio di vita» ha costituito un punto di riferimento costante per gli autori successivi ed è stata perfezionata da Winfried Hassemer nell'immagine della «spirale»¹⁹³.

¹⁹³ L'idea di una circolarità non viziosa si trova già in Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 37, ma ha avuto la sua formulazione più influente in Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., p. 41 («Non si tratta forse di un circolo? [...] a ben vedere, si tratta soltanto di una continua interazione, di un andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore ed episodio di vita, e non certo di un circolo fallace»), il quale, peraltro, si richiama a Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., p. 46 s. Tra gli autori successivi, cfr.: Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 62 s. (dove compare, tra l'altro, l'immagine radbruchiana del «trapassare gradualmente a tentoni dall'ambito dell'essere all'ambito del dover essere e viceversa»); Id., *Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung* (1973), in Id., *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Heymanns, Köln u.a. 1984, pp. 65-77; Larenz, *La giurisprudenza come scienza comprendente*, cit., pp. 119-121; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., pp. 66-70, spec. 69 («spirale»). Per alcune riserve, cfr. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., p. 205 nt. 41. D'altro canto, l'ermeneutica nomofattuale, perlomeno in Germania, ha trascurato il tema della circolarità processuale, che potrebbe costituire la sua dodicesima tesi e che si compone di due movimenti, dunque di due influssi: dalla prova alla sussunzione, che produce il fenomeno della processualizzazione dell'attività interpretativa, cioè della definizione dei concetti di fattispecie anche in base alle esigenze di prova dei fatti in essi sussumibili; dalla sussunzione alla prova, che produce il fenomeno della sostanzializzazione dell'attività probatoria, cioè della selezione del materiale probatorio in funzione delle caratteristiche giuridicamente rilevanti del fatto da provare. Il tema è stato solo sfiorato da Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 45-52, che si pone il problema collaterale della discernibilità del giudizio sussuntivo e di quello probatorio. Per un primo tentativo di approfondimento, cfr., volendo, Omaggio-Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., pp. 191-197, nonché Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione*, cit., spec. pp. 68-76. Sulle interazioni tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, v. già B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 114-123.

- I. tesi della *sussunzione come equiparazione*. La sussunzione è l'operazione logica consistente nel riconoscere che un fatto concreto rientra nell'estensione di una fattispecie normativa perché presenta le caratteristiche definitorie di quest'ultima. Per il pensiero tradizionale, tutti i fatti sussumibili in una fattispecie sono eguali tra loro. Per l'ermeneutica nomofattuale, anche qui a cominciare da Radbruch ed Engisch, le cose non stanno così: i fatti nascono e restano singoli, dunque diversi l'uno dall'altro, anche quando si rivelano corrispondenti alla stessa fattispecie. In particolare, tra tali fatti, alcuni sono più importanti, in quanto, realizzando nella misura massima possibile le caratteristiche definitorie graduabili della fattispecie, valgono come paradigmi. Pertanto, è naturale che, quando deve stabilire se un fatto corrisponde a una fattispecie, l'interprete lo raffronti col relativo fatto paradigmatico e concluda in senso positivo solo se riscontri una somiglianza significativa. È essenzialmente in questo senso che l'ermeneutica nomofattuale ha parlato del «carattere analogico» dell'applicazione normativa (ma forse sarebbe meglio tornare all'espressione engischiana, perché la prima può avere un suono inquietante, specie tra i penalisti)¹⁹⁴.
- J. tesi della *innovatività* dell'interpretazione. Insieme alla tesi successiva, è la più controversa tra quelle in esame. La sua menzione autonoma si giustifica a dispetto di un'apparente mancanza di originalità. In effetti, stando al profilo tracciato nella prima parte di questo lavoro, l'idea secondo cui l'interpretazione produrrebbe qualcosa di nuovo, di non interamente contenuto nella disposizione che ne forma oggetto, è stata spesso sostenuta nel

¹⁹⁴ Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori*, cit., p. 167; Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., p. 25 s.; Id., *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 48 s., 52; Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., pp. 58-60; Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., pp. 212, 214, 218. Per alcune riserve, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., p. 275.

corso della storia dell'ermeneutica giuridica. Sennonché, gli argomenti addotti a tal fine, pur nella loro diversità, hanno sempre avuto un'impronta *nomocentrica*: l'innovatività dell'interpretazione è sempre stata considerata come la conseguenza inevitabile dell'imperfezione della *legge* (*sub specie* di oscurità, ambiguità, insufficienza). Il movimento in esame, invece, antinomocentrico com'è, concepisce e spiega l'innovatività in maniera rovesciata: non in chiave ontologico-normativa, bensì *epistemico-fattuale*. Così, quand'anche le fattispecie normative fossero tutte fissate in maniera perfetta, la singolarità dei fatti da qualificare a tale stregua non consentirebbe di sapere se essi vi corrispondono prima del loro manifestarsi e della riflessione ermeneutica che ne deriva¹⁹⁵.

- K. tesi della *controllabilità solo postuma* del rispetto del *divieto di analogia*. Costituisce un corollario della tesi precedente nel campo delle norme penali ed eccezionali. Concentrandoci sulle prime, se l'appartenenza di un fatto alla portata di una fattispecie incriminatrice non può riconoscersi di primo acchito (salvo che si tratti di concetti logico-matematici), allora, anche ritenendo, come sembra giusto, che il confine tra interpretazione (estensiva) e applicazione analogica sia segnato dal significato letterale, l'affermazione o negazione che tale confine è stato superato potrà essere fatta solo alla fine del processo ermeneutico. In altre parole, come già riconobbe con estrema lucidità il giovane Hassemer, anche assumendo il complesso dei «possibili significati letterali» della disposizione incriminatrice quale limite della sua interpretazione, è solo dopo aver riflettuto su ciascuno di questi significati in relazione alle singolarità del caso da decidere che potrà stabilirsi se il divieto di analogia penale sia stato rispettato o non.

¹⁹⁵ Per tutti cfr. Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 167 («se la fattispecie 'contenga' una determinata decisione, si rivela solo *in seguito* al procedimento interpretativo e non *si sa* in precedenza» – primi due corsivi nell'orig., ultimi due corsivi agg.), 182.

Nulla esclude, infatti, che tale caso, nella sua originalità, faccia venire alla luce aspetti del contenuto normativo prima trascurati, solo perché marginali per la decisione dei fatti precedenti¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., pp. 214-218, spec. 218 («al di fuori del processo interpretativo stesso non ci sono garanzie positive di correttezza dell'interpretazione»); Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten*, p. 98. In termini sostanzialmente simili Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 238 («possibile senso letterale» come limite il cui riconoscimento in concreto può essere problematico, tanto che, salvo il solito caso dei concetti logico-matematici, «il confine tra interpretazione da un lato (in specie interpretazione estensiva) e analogia dall'altro è fluido»). Più radicale Kaufmann, *L'analogia giuridica tra similitudine, assimilazione*, cit., pp. 204 s., che però si avvicina ai suddetti autori nella postfazione inserita nel 1982, in Id., *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 87. Sul problema dei confini tra interpretazione e applicazione analogica, oggi giorno il più delicato, cfr., nella penalistica italiana recente, le diverse posizioni di: R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2015, pp. 1778-1782; C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in «Giur. cost.», 2021, 4, pp. 1807-1815; O. Di Giovine, «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in «Quest. Giust.», 2018, 4, pp. 55-67; F. Giunta, *Nota introduttiva al dibattito “Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale”*, in «Criminalia», 2016, pp. 157-160; M. Donini, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.», 2016, 3, pp. 21-26; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari 2017, pp. 126-144; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel ‘sistema’ di Dei delitti e delle pene*, in «disCrimen», 18 novembre 2020, pp. 21-28; V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in «Dir. Pen. Cont.», 17 gennaio 2018, pp. 6-15; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità*, in «Criminalia», 2016, pp. 164-178, 182-188; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Giuffrè, Milano 2006, pp. 529-535; F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in «Sist. pen.», 2 gennaio 2021, pp. 2-7.

LA FILOSOFIA ERMENEUTICA DEL DIRITTO IN ITALIA

Baldassare Pastore

Abstract

The essay takes into consideration some key issues concerning Italian legal hermeneutics. There are ways of approaching the hermeneutical problems that have emerged in legal and legal-philosophical culture. They are united in stressing the central role played by interpretation. Italian legal philosophy has been one of the most important fields of work and development of hermeneutical philosophy as practical philosophy. Legal hermeneutics, making use of some basic concepts of hermeneutical philosophy, investigates the foundations of interpretive activities and their connections with the most prominent and constitutive problems of contemporary law. In this perspective, Italian legal hermeneutics understands law as an interpretive social practice and pays attention to elaborating a theory of law able to adhere to the concreteness of the process of positivization. Furthermore, Italian legal hermeneutics underlines how interpretation assumes a specific importance in the complex reality of cultural pluralism.

Keywords

Legal hermeneutics; Legal philosophy; Legal theory; Law as interpretive practice; Complexity.

1. Filosofia del diritto ed ermeneutica

Appartiene costitutivamente alla filosofia del diritto la varietà degli orientamenti di pensiero, degli stili di lavoro e dei percorsi, differenziati, spesso conflittuali, confinanti o sconfinanti con altri ambiti del sapere. Sicuramente, in questo vasto campo di ricerche, il diritto e la conoscen-

za giuridica non possono non rappresentare dei punti di riferimento stabili, idonei a mantenere una unità significativa nella eterogeneità degli approcci. Gli studi filosofico-giuridici, peraltro, sono chiamati a custodire la specificità del diritto nelle sue strette relazioni con le altre sfere della vita pratica, svolgendo una funzione *comprensiva* di tutte le questioni implicate nello studio del diritto stesso.

Invero, la filosofia del diritto si presta ad essere praticata in tante maniere quanto sono le maniere possibili di concepire il diritto e la filosofia e le relazioni tra questa e quello. È ben nota, a questo riguardo, la risalente e perspicua distinzione, formulata da Norberto Bobbio, tra filosofia del diritto dei filosofi e filosofia del diritto dei giuristi¹. La prima è una filosofia *applicata* al diritto: si trae ispirazione da concezioni filosofiche generali per chiarire il ruolo del diritto all'interno di una complessiva visione del mondo. La seconda è una filosofia del diritto fatta da giuristi e funzionale al lavoro che essi svolgono: riguarda le riflessioni di giuristi sugli oggetti, sui metodi delle professioni legali, sulle tecniche, sui princìpi che permettono di maneggiare il diritto.

Tra gli orientamenti della filosofia del diritto contemporanea un posto rilevante è occupato dalla filosofia ermeneutica, che ha cercato di superare questa dicotomia sulla base di un approccio centrato su alcuni presupposti generali legati all'attività del comprendere. Ciò è avvenuto volgendo l'attenzione sulle implicazioni teoriche sottese alle specifiche caratteristiche del momento interpretativo, valorizzandone la preminenza nell'ambito dell'impresa giuridica, evidenziandone l'irrinunciabilità e cercando di darne un resoconto teorico.

L'interpretazione, invero, si configura come componente essenziale della giuridicità, come sua realtà profonda, ponendosi come punto centrale per ogni adeguata raffigurazione del fenomeno giuridico. Da questo punto di vista, si può dire che gran parte delle questioni riguardanti

¹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, pp. 40-46.

l'esperienza giuridica trovano una loro collocazione entro le tematiche connesse all'attività interpretativa. D'altra parte, il tema dell'interpretazione occupa da molti anni un posto centrale nella riflessione filosofico-giuridica e teorico-generale. L'attenzione all'attività interpretativa, il prodursi di importanti analisi relative al ragionamento giuridico, la raggiunta consapevolezza dell'inesauribile *Konkretisierung* del diritto hanno consentito di registrare notevoli acquisizioni metodologiche. In questa direzione, il contributo dell'ermeneutica giuridica è stato decisivo². Essa, nel volgere lo sguardo alla struttura del comprendere e alle sue condizioni di possibilità, si è concentrata sulla ricostruzione del procedimento attraverso il quale si giunge alla decisione ritenuta giusta e si è sforzata di disciplinare secondo razionalità l'ineliminabile potere creativo e innovativo dell'interprete, affrontando una serie di temi centrali dell'esperienza giuridica. Ha cercato, inoltre, di mostrare le implicazioni sottese alla pratica interpretativa, valorizzandone la centralità e fornendo, in tal modo, un apporto utile per una adeguata definizione del diritto.

L'ermeneutica considera l'interpretazione come forma generale dell'esistenza umana. La tematizza, dunque, come questione fondamentale della filosofia, mettendo l'accento sul carattere linguistico della comprensione del mondo³. L'intendere e il comprendere sono parti essenziali del linguaggio pensato come esercizio comunicativo. L'inter-

² Il contributo dell'ermeneutica al risveglio della consapevolezza della centralità dell'interpretazione/applicazione nel processo di produzione del diritto è apertamente riconosciuto da P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004³, pp. 106-111.

³ L'ermeneutica si colloca, così, nel solco di quella "svolta linguistica" che rappresenta il tratto peculiare della filosofia contemporanea e ciò la accomuna, pur nelle notevoli differenze, alla tradizione analitica. Con riguardo specifico alla filosofia del diritto italiana, la ricerca di un terreno di discussione comune e di dialogo tra prospettiva ermeneutica e orientamento analitico è testimoniata dal volume collettivo *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di M. Jori, Giappichelli, Torino 1994.

pretazione come attività acquista una sua salienza perché avviene all'interno di una preliminare comprensione, che il vero e proprio luogo del "senso". Ha significato solo all'interno di una totalità di senso. Pertanto, la comprensione precede e condiziona l'interpretazione. In fondo, si interpreta per comprendere.

Il primato della comprensione orienta l'ermeneutica come filosofia ad interrogarsi sul senso delle opere umane. Il senso di una pratica sociale interpretativa è la finalità generale dell'impresa di cui si tratta e precede e illumina le azioni poste al suo interno. Tale senso, che sta alla base della comprensione, ha un carattere pratico. Ne consegue che una filosofia ermeneutica del diritto non può che essere una filosofia pratica⁴. Va segnalato, d'altra parte, che l'ermeneutica giuridica si iscrive nella prospettiva della "riabilitazione della filosofia pratica", sviluppata in Germania negli anni '60 del secolo scorso anche sulla scorta di *Wahrheit und Methode* di Gadamer⁵. Il diritto, con la sua strutturale dimensione interpretativa viene ricollocato nei concreti luoghi dell'esperienza sociale. Ciò produce una riconcettualizzazione della stessa conoscenza giuridica. La comprensione del senso generale dell'impresa giuridica richiede che non la si isoli dai contesti etico-sociali e dalle altre forme della prassi. Una tale assunzione comporta l'inserimento della teoria giuridica negli orizzonti della ragion pratica. La conoscenza giuridica è *per l'agire e nell'agire*. Nasce all'interno della prassi e per la prassi, essendo ad essa funzionale. L'attività del soggetto che conosce costituisce un elemento integrante dell'oggetto da conoscere e contribuisce a produrlo e a svilupparlo.

⁴ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (1999), Laterza, Roma-Bari 2016⁹, p. 447. Cfr. sul punto V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, in «Ars Interpretandi», IX (2020), 2, pp. 27-30.

⁵ H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1960; tr. it. *Verità e metodo*, introduzione di G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983.

La filosofia ermeneutica ha per oggetto i problemi della comprensione del senso delle imprese comuni e assume che siano presi in considerazione gli eventi discorsivi e comunicativi legati all'ambito dell'azione umana, della scelta, della deliberazione e della relazionalità intersoggettiva, nonché alla peculiarità pratico-orientativa del sapere che a tutto ciò si riferisce.

Il problema dell'interpretazione, invero, da alcuni decenni, nell'ambito del pensiero giuridico, si è imposto in maniera incisiva. Un ruolo importante, al riguardo, ha avuto proprio la corrente ermeneutica, che, nel quadro di un orientamento antiformalistico e critico nei confronti del logicismo giuridico, ha preso in esame il fenomeno innegabile dell'estensione della sfera decisionale del giudice e dell'ampliarsi dei suoi poteri discrezionali, mettendo in evidenza, nel contempo, il tema del trattamento corretto dei testi normativi⁶. Tali questioni sono state affrontate alla luce di alcune idee fondamentali, nonché di una serie di categorie teoriche. Esse riguardano la presa d'atto della correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale, talché, nel processo di concretizzazione del diritto, la dialettica tra questi due elementi, con la loro determinazione reciproca e progressiva, rende possibile il superamento dell'originaria differenza tra *essere* e *dover essere*; il rilievo assunto dal momento valutativo presente nella pratica interpretativa, che si lega alla questione del peso dei giudizi di valore nell'attività giudiziale⁷; la consapevolezza della tensione dialettica tra alterità ed appropriazione e della

⁶ L'ermeneutica giuridica si configura come una teoria della prassi giuridica, volta a rendere conto degli effettivi processi di individuazione e concretizzazione del diritto. Intende, dunque, operare un riadeguamento della teoria alla pratica giuridica. Cfr. V. Omaggio, *L'interpretazione nel pluriverso delle norme e dei fatti*, in V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010, p. 45 ss. Sul punto v. F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in «Rivista di filosofia del diritto», IV (2015), 1, pp. 57-58; G. Zaccaria, *La ragione dialogica dell'ermeneutica*, in «Ars Interpretandi», IX (2020), 2, p. 127.

⁷ Si tratta, propriamente, di «individuare *come, in quale misura, e secondo quali procedimenti* tali giudizi possano legittimamente rilevare nell'attività giudiziale». Così

mediazione tra passato e presente operanti nell'interpretazione; il riconoscimento dell'intreccio dinamico tra interpretazione e applicazione e della dimensione applicativa insita nel nesso tra universale e particolare; la relazione tra interprete e testo in quanto dato linguisticamente trasmesso; il circolo ermeneutico in cui è inserito il soggetto interpretante e che è determinato dal movimento anticipante della precomprensione, imprimendo al processo interpretativo la struttura dialogica della domanda e della risposta. Viene in evidenza, così, la tematica riguardante il contributo costruttivo che l'interprete apporta alla formazione, al completamento, al perfezionamento del diritto, insieme a quello relativo alle condizioni di possibilità della pratica interpretativa. Il diritto positivo *si fa* nelle interpretazioni che consentono ai testi di rivivere nelle varie e sempre nuove situazioni concrete, entro vincoli contestuali di natura linguistica, istituzionale, ordinamentale. Netta è la critica al positivismo giuridico tradizionale e alla concezione oggettivistica del diritto che lo contraddistingue.

Peraltro, il consolidarsi dell'ermeneutica giuridica avviene a partire dalla constatazione non solo della crisi in cui versa il positivismo giuridico ma anche del definitivo logoramento teorico e del progressivo superamento dell'antitesi tra giusnaturalismo e giuspositivismo che aveva dominato il dibattito nei primi anni del secondo dopoguerra. Di fronte ai limiti e, in molti casi, alla scarsa utilità di tale contrapposizione, l'ermeneutica giuridica tenta un percorso di comprensione del diritto alternativo a entrambe tali correnti⁸.

G. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», I (2012), 1, p. 139.

⁸ Ivi, p. 136.

2. Il contesto italiano

Nella cultura giuridica italiana alcuni modi tipici di approccio alle problematiche ermeneutiche si sono affermati gradualmente, e non senza fatica, in collegamento con le caratteristiche peculiari e la tradizione della filosofia del diritto⁹. L'affermarsi sempre più ampio e approfondito di una sensibilità, sia da parte dei giuristi sia da parte dei filosofi del diritto, per l'ermeneutica giuridica si può considerare per molti versi come una delle espressioni più significative della profonda crisi del positivismo, giuridico e logico. Si può pertanto sostenere che il consapevole imporsi di prospettive ermeneutico-giuridiche in Italia costituisca uno tra i principali catalizzatori e uno tra i più efficaci bacini di raccolta di istanze critiche nei riguardi dell'orientamento positivistico. Sul versante giuridico le posizioni ermeneutiche si affermano in risposta alla crisi del modello codicistico, dell'anacronistica concezione imperativistica, assai diffusa tra i giuristi, che lo sostiene, nonché del metodo formalistico fatto proprio dalla dogmatica giuridica; sul versante filosofico esse si sviluppano in risposta alla crisi dei dogmi dell'avalutatività e della purezza della scienza, propri di alcune versioni della filosofia analitica, caratterizzate da un approccio scientifico, oggettualistico, divisionistico ed empiristico. Ma l'apertura di uno spazio favorevole all'insediamento di tesi ermeneutiche non è stato facile, né privo di resistenze e contrasti.

Nell'ambito della cultura giuridica vari fattori, tra loro concatenati, hanno contribuito al declino del positivismo giuridico, prevalente almeno fino alla metà del XX secolo. Le trasformazioni sociali, economiche, politiche e culturali avvenute in Italia dal dopoguerra in poi, connesse alle dinamiche proprie di una società pluralistica, hanno inciso profondamente sul piano dell'ordinamento giuridico. Una serie di fenomeni,

⁹ Cfr., in proposito, B. Pastore, G. Zaccaria, *Italian Legal Hermeneutics*, in *Law and Politics between Nature and History*, ed. by R. Dreier, C. Faralli, W.S. Nersesians, in «European Journal of Law, Philosophy and Computer Science», II (1998), pp. 323-331.

interni al diritto, hanno contribuito a ridisegnare lo scenario: l'avvento della Costituzione, che assoggetta il diritto positivo al controllo di istanze assiologiche; il processo di costituzionalizzazione, grazie al quale la Costituzione pervade di sé l'intero diritto implicando l'attribuzione di un effetto vincolante ai principi costituzionali, con la loro concretizzazione e applicazione diretta, e un'interpretazione costituzionalmente conforme effettuata dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni; l'espansione della regolamentazione legislativa; l'aumento dei poteri del giudice, attraverso compiti di tutela giuridica, di rielaborazione di istituti, di supplenza del potere legislativo o di concretizzazione di direttive (generiche) del legislatore, con il relativo ampliarsi del carattere creativo ed integrativo dell'interpretazione; la crisi dello Stato nazionale, che muta i luoghi della sovranità e altera il sistema delle fonti disarticolandone la tradizionale gerarchia, sicché assumono rilievo le sedi di produzione normativa sovranazionale, internazionale, transnazionale.

Tutto ciò porta alla consunzione del presupposto giuspositivistico dello «stare in se stesso» del diritto positivo¹⁰. Acquista invece rilievo il momento valutativo presente nell'interpretazione giuridica e guadagna terreno il fondamentale principio ermeneutico che attribuisce al testo legislativo solo un valore euristico per la ricerca della regola di decisione. Il riconoscimento dell'interpretazione come momento fondamentale del (e nel) diritto richiede l'assunzione di consapevolezza di alcune conclusioni: la non autosufficienza del testo; il carattere non meramente ricognitivo dell'atto interpretativo, che è comprensione e mediazione tra il testo e l'attualità dell'interprete; l'applicazione dei testi a situazioni sempre nuove, che presuppone la costruzione dei casi; l'inevitabile protagonismo dell'interprete¹¹.

¹⁰ Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 180-185.

¹¹ P. Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LXXIII (2019), 3, pp. 773-774. Si veda altresì G. Zaccaria, *Comprendere il diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLIII (2013), 2, pp. 522-523.

Invero, in Italia, una singolare anticipazione di molte tesi dell'ermeneutica contemporanea si deve all'opera di Emilio Betti (1890-1968)¹². La sua riflessione, però, non trovò nell'immediato efficace continuazione e positivi sviluppi per la particolare situazione culturale in cui versava in quel periodo la filosofia italiana e in particolare la filosofia giuridica¹³. Il pensiero di Betti, infatti, è rimasto relativamente isolato e non è diventato patrimonio comune non soltanto all'interno del dibattito ermeneutico, ma anche nel panorama più ampio della cultura contemporanea¹⁴.

Negli anni '50 del secolo scorso la problematica ermeneutica era largamente sconosciuta. Betti, ponendo l'interpretazione come categoria fondamentale del sapere giuridico, fa assumere ad essa un ruolo centrale. Attraverso un serrato confronto con la cultura europea, specialmente con quella tedesca, il giurista camerte si sforza di riconciliare tra loro riflessione teorica e metodologia scientifica, riconosciute entrambe come condizioni indispensabili per elaborare una teoria adeguata alla complessa natura dell'atto interpretativo. Sulla linea della tradizione ermeneutica storicistica e romantica, Betti opera per lo sviluppo di un'ermeneutica metodica e critica, relativa alle scienze dello spirito, antitetica all'ermeneutica ontologica di Gadamer¹⁵, attenta al controllo razionale

¹² Cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)* (1949), seconda edizione riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1971; Id., *Teoria generale della interpretazione* (1955), 2 voll., edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1990.

¹³ Non è un caso, ad esempio, che G. Fassò, nella sua *Storia della filosofia del diritto*. Vol. III: *Ottocento e Novecento*, il Mulino, Bologna 1970 (una nuova edizione aggiornata a cura di C. Faralli è stata pubblicata da Laterza nel 2020), ignori Betti come (unico) sostenitore italiano, in quegli anni, di una prospettiva ermeneutico-giuridica.

¹⁴ G. Zaccaria, *Ripensare Emilio Betti, oggi*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLIX (2019), 2, p. 518.

¹⁵ Sul confronto/scontro tra le posizioni teoriche di Betti e di Gadamer v. M. Bretonne, *Il paradosso di una polemica* e L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, entrambi in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», VII (1978), rispettivamente alle pp. 113-124 e 125-142 (il saggio di Mengoni è ri-

del procedimento interpretativo. Centrale, in un simile orientamento, è l'impegno contro l'arbitrio soggettivo in difesa dell'oggettività intrinseca di ogni corretta interpretazione. L'esigenza che egli avanza è pertanto rivolta alla costruzione di un modello di interpretazione come contemplazione metodica di un senso oggettivato entro forme sensibili (le forme rappresentative). Il processo interpretativo è diretto a risolvere il problema epistemologico dell'intendere. Tale processo è unico e identico nei suoi elementi fondamentali, nonostante il necessario differenziarsi delle sue espressioni e degli interessi che guidano gli interpreti. Qui si radica la tripartizione dei "tipi di interpretazione" (riproduttiva, ricognitiva, normativa), che può essere letta come attenzione alla variegata molteplicità delle esperienze ermeneutiche. L'interpretazione richiede una trasposizione in una soggettività diversa da quella originaria e pone un'esigenza di oggettività, in quanto la riproduzione del senso delle forme rappresentative deve essere il più possibile aderente al loro contenuto significativo. Tale esigenza di oggettività, però, non è attuabile se non attraverso la soggettività dell'interprete e, nel contempo, mantiene la consistenza dell'oggetto. Su queste basi Betti costruisce il modello dell'interpretazione giuridica, che implica un rapporto triadico tra l'individualità espressiva, la forma rappresentativa e l'individualità interpretante. Dall'antinomia tra il soggetto che intende e l'oggetto da intendere scaturisce la dialettica del processo interpretativo e si sviluppa una metodologia volta a garantire risultati corretti attraverso l'uso dei canoni ermeneutici (l'autonomia dell'oggetto o immanenza del criterio ermeneutico, la totalità o coerenza della considerazione ermeneutica,

pubblicato in Id., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna 1985, pp. 59-77); G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 73-80; A. Argiroffi, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Giappichelli, Torino 1994, pp. 155-198; G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 118-124, 130-132, 246-247, 254, 259.

l'attualità dell'intendere, la corrispondenza o consonanza ermeneutica). Nell'articolazione tra questi canoni si raggiunge la soluzione epistemologica del problema della comprensione oggettiva del significato.

La teoria di Betti riconosce il carattere produttivo della funzione interpretativa e nega che essa si ponga come attività puramente logica e meramente dichiarativa, mostrandosi consapevole dell'inesauribilità del processo di concretizzazione del diritto. Il lavoro interpretativo consiste nell'operare una valutazione comparativa degli interessi in gioco, considerando la *ratio* normativa al fine di adeguare la legge alla storicità e mobilità dell'esperienza giuridica. A questo livello può essere collocata la riflessione di Betti sullo statuto e sulla funzione della dogmatica giuridica, che assume un carattere duttile, legato alla dimensione pratica, attenta ai concreti interessi. La dogmatica dà le categorie, i concetti che forniscono direttive e punti di orientamento, rendendo possibile la qualifica, l'inquadramento, la coordinazione sistematica del fenomeno giuridico. Betti, peraltro, lega strettamente dogmatica giuridica e interpretazione, sostenendo che la dogmatica è frutto essa stessa di un processo ermeneutico. Essa rende possibile una serie di operazioni – di adattamento, di adeguazione, di integrazione e di sviluppo complementari – le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che la norma non resti lettera morta, ma si mantenga viva e vigente nell'orbita dell'ordine giuridico. Si è parlato al riguardo di un Betti fautore di una dogmatica post-pandettistica, che si pone in continuità con il passato, ma è aperta agli adattamenti interpretativi per il futuro¹⁶.

I problemi che Betti ha posto sono ineludibili e costituiscono aspetti centrali del dibattito ermeneutico contemporaneo. Egli è sicuramente un ricapitolatore sistematico dell'ermeneutica tradizionale e, per molti versi, è irretito in un eclettismo idealistico-realistico¹⁷. La sua riflessio-

¹⁶ Zaccaria, *Ripensare Emilio Betti*, oggi, cit., pp. 519-520.

¹⁷ Si tratta di un eclettismo che unisce insieme le prospettive psicologizzanti e storicizzanti dell'ermeneutica romantica e i residui di un realismo positivistico tardo-ottocentesco. Sulle oscillazioni che caratterizzano la teoria di Betti, riguardanti lo

ne, comunque, non può dirsi chiusa in un orizzonte lontano. Betti, per alcuni versi, anticipa, e converge con, i risultati della più qualificata metodologia giuridica odierna. L'interesse per il suo pensiero si colloca sul terreno dell'analisi epistemologica delle condizioni di validità del procedimento interpretativo. E se intorno alle questioni del rapporto tra soggettività e oggettività dell'interpretazione e della relazione tra conferimento di senso e condizioni di validità del senso nel conflitto delle interpretazioni si gioca buona parte delle sorti dell'ermeneutica contemporanea¹⁸, si può affermare che anche Betti, con la sua attenzione allo statuto (e alla metodica) delle scienze dello spirito, mantenendo aperto il dialogo tra filosofia e scienze, rientra a tutti gli effetti nella "vocazione filosofica" dell'ermeneutica.

Pressappoco negli stessi anni il problema della natura e della funzione dell'interpretazione è affrontato da Tullio Ascarelli (1903-1959) legandolo alla configurazione dell'ordinamento giuridico, nonché al ruolo del giurista e della scienza giuridica¹⁹.

In linea con la sua ispirazione storicistica, Ascarelli coglie l'aspetto dinamico del diritto, risultante dalle norme di legge, integrate attraverso il lavoro dottrinale e giurisprudenziale, che si adattano alle sempre nuove esigenze della vita e si rivelano attraverso la pratica applicativa. Viene rivendicata, in tal modo, la funzione creativa assolta dall'interpretazione nello sviluppo del diritto, considerato nel suo ambiente sociale, nell'esperienza pratica. L'atto interpretativo, che non può prescindere da continue valutazioni, è creativo poiché realizza l'accostamento e la sintesi tra l'astrattezza della legge e la concretezza della situazione stori-

scontro tra esigenze e principi non omogenei e talora contrapposti (realismo e idealismo, recettività e spontaneità, oggettività e soggettività), v. F. Bianco, *Introduzione all'ermeneutica*, Laterza, Roma-Bari 1998, pp. 142-143.

¹⁸ Cfr. F. Volpi, *La fortuna dell'ermeneutica e i limiti dell'interpretazione*, in «Ars interpretandi», I (1996), p. 177.

¹⁹ Di Tullio Ascarelli v. in particolare: *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano 1952; *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano 1959.

ca da qualificare giuridicamente²⁰. L'interpretazione è il mezzo per determinare la norma applicabile; è attività compiuta sempre in vista della decisione su casi concreti; è in funzione dell'applicazione della norma al caso. La conoscenza giuridica è connessa all'applicazione. Legge e interpretazione concorrono nella posizione delle norme. La libertà d'azione dell'interprete, però, non può andare oltre il suo carattere mediativo; non può abbandonare quel *corpus iuris* preconstituito, a cui egli deve riferirsi, ponendosi in rapporto di continuità. La norma costruita, posta dall'interprete in funzione del caso, deve avere un rapporto di derivazione con il diritto anteriore. La continuità fissa il limite alla discrezionalità dell'interprete e alla stessa interpretazione, attraverso l'armonizzazione delle soluzioni con i dati normativi preesistenti²¹. La continuità è un valore cui il giurista deve attenersi; è un'esigenza irrinunciabile dell'attività interpretativa per non cadere nel decisionismo, nell'intuizionismo irrazionale, nel realismo radicale: dunque, nell'arbitrio.

La riflessione sull'interpretazione si inserisce nella reazione al positivismo giuridico. Del positivismo giuridico Ascarelli critica in modo particolare la teoria delle fonti e dell'interpretazione, conducendo una battaglia (interna alla cultura giuridica dell'epoca) contro il dogma del legalismo giuridico (in tema di fonti) e contro il dogma del logicismo giuridico (in tema di interpretazione). Si tratta di due dogmi strettamente collegati come aspetti del formalismo giuridico²².

²⁰ Cfr. N. Bobbio, *Tullio Ascarelli*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1977, p. 225. Il libro di Bobbio è stato ripubblicato, nel 2007, da Laterza, con *Prefazione* di M.G. Losano (per l'indicazione delle pagine faccio riferimento all'edizione del 1977).

²¹ Ivi, pp. 248, 256.

²² Sull'antiformalismo di Ascarelli si veda L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955, pp. 144 ss. Il libro di Caiani è stato ripubblicato, a cura di G. Pino, nel 2021, da RomaTre-Press, nella collana «La Memoria del Diritto».

Il diritto va visto come un *processo*²³. Il testo legislativo è il punto d'avvio di tale processo, che si compie unicamente grazie all'interpretazione-applicazione²⁴. Ascarelli, qui, anticipa gli orientamenti della più avvertita metodologia giuridica contemporanea di ascendenza ermeneutica, che configura il diritto come pratica di tipo interpretativo e vede nell'applicazione il momento fondamentale in cui si realizza la sua efficacia concreta. L'interpretazione è un elemento interno del diritto, che, attraverso essa, si rinnova, si adegua, si ricostruisce permanentemente, e nel quale confluiscono nuovi orientamenti e sedimentazioni consolidate. Non c'è diritto senza giuristi chiamati a connettere sapienza tecnica e capacità inventiva e a collegare il passato al presente e al futuro.

Le riflessioni di Betti e di Ascarelli non riuscirono a trovare, nell'immediato, efficace continuazione e positivi sviluppi per la particolare situazione culturale in cui versava in quel periodo la filosofia giuridica, cosicché l'opera pionieristica e solitaria di questi due giuristi anomali ed originali restò in quel momento isolata²⁵. Tali riflessioni rappresentarono, comunque, dei tentativi di riadeguare la cultura giuridica italiana al dibattito che si andava svolgendo nel mondo tedesco ed anglo-americano e fornirono importanti elementi per una sua sprovincializzazione.

L'autonoma strada successivamente percorsa dall'ermeneutica giuridica italiana, comunque, si differenzia dalle concezioni di Betti e di Ascarelli, soprattutto per l'emergere di due orientamenti autonomi ma

²³ Rileva, a questo riguardo, l'utilizzo, da parte di Ascarelli, degli strumenti della comparazione diacronica e sincronica, verticale (temporale) e orizzontale (trans-ordinamentale).

²⁴ Cfr. P. Grossi, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 481, 484, 486.

²⁵ Una mappa dei problemi relativi alla tematica dell'interpretazione in Betti e in Ascarelli è fornita da P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XX (1991), pp. 474 ss., 484 ss.

convergenti, che con nuovo vigore riportano al centro dell'attenzione il problema interpretativo. Ci si riferisce all'*interesse dei giuristi* e all'*interesse dei filosofi del diritto*²⁶.

Già nel secondo dopoguerra, in settori rilevanti della dottrina giuridica, emerge la consapevolezza che il predicato della normatività appartiene non al testo in sé ma al suo significato, che va compreso in relazione al caso da decidere. Riprende vigore una riflessione sul metodo. Si risveglia la coscienza ermeneutica orientata ad evidenziare come i testi non possano essere oggetto di una conoscenza meramente esplicativa delle loro strutture logiche e dei loro nessi sistematici: i testi non parlano da sé e pertanto l'applicazione giuridica non può essere la riproduzione meccanica di un significato già fissato in modo compiuto una volta per tutte.

Ma è solo negli anni '60 e '70 che queste intuizioni, preparate da un lungo processo di maturazione, raggiungono un grado di maggiore consapevolezza teorica e di minore dipendenza dalle angustie del dogmatismo tradizionale. Nel concentrare la propria riflessione sugli strumenti concettuali impiegati nel lavoro del giurista, la cultura giuridica riporta in primo piano – attualizzandola – l'antica questione del metodo. Assumendo i risultati della più avvertita riflessione metodologica, che in quegli anni vede protagonista la scienza giuridica tedesca, la quale a sua volta recepisce motivi originati dall'ermeneutica filosofica ma nel contempo offre anche un autonomo contributo al dibattito filosofico ed epistemologico, settori importanti della dottrina italiana si dirigono verso una considerazione della scienza giuridica di natura essenzialmente ermeneutica, e più esattamente volta ad integrare pensiero problematico e pensiero sistematico²⁷.

²⁶ Pastore, Zaccaria, *Italian Legal Hermeneutics*, cit., p. 325 ss.

²⁷ L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), ora in Id., *Diritto e valori*, cit., pp. 11-58, spec. pp. 45 ss., 51 ss.

L'interesse dei giuristi per l'ermeneutica giuridica trae origine dall'attenzione rivolta all'attività di individuazione giurisprudenziale del diritto. In polemica con le concezioni giuspositivistiche, che, sul piano della teoria delle fonti, avanzano la pretesa del monopolio legislativo della formazione del diritto e, correlativamente, sul piano dell'interpretazione, identificano la norma giuridica con la disposizione con cui è formulata e riducono l'applicazione ad un procedimento formale di sussunzione che trova il proprio modello nel sillogismo giudiziale, una siffatta prospettiva riconosce l'ineliminabile interazione tra momento legislativo e momento applicativo-interpretativo, che si verifica nella concretezza del fenomeno giuridico. L'attenzione all'ermeneutica apre la scienza giuridica italiana alla dimensione della pratica e della razionalità argomentativa.

Il processo di *Rechtsfindung* ruota intorno a due polarità: da un lato, la partecipazione dell'interprete al procedimento di produzione del diritto è riconosciuta come creativa; dall'altro, si pone l'accento sui corretti limiti cui la formazione giudiziale del diritto deve essere vincolata. Assumono così rilievo le modalità del trattamento corretto del testo di legge e della costruzione della decisione "giusta"²⁸. Si assiste, pertanto, ad una riconfigurazione di alcuni dei concetti basilari dello strumentario teorico del giurista. Il rinnovato approccio alla dogmatica giuridica ne è un esempio significativo.

Il confronto con la teoria ermeneutica contemporanea contribuisce a far abbandonare la pretesa della dogmatica di costituire un sistema rigorosamente deduttivo e autosufficiente per caratterizzarla, invece, come insieme di concetti teorici e di formule tecnicizzate accumulate dalla riflessione dottrinale e dalla prassi giurisprudenziale che forma il nucleo specificamente giuridico della "precomprensione" del giurista,

²⁸ Cfr. L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* (1983), ora in Id., *Diritto e valori*, cit., pp. 79-101.

il fattore iniziale da cui muove il procedimento interpretativo²⁹. La dogmatica giuridica, secondo questa prospettiva, opera nella sua duplice funzione di orientamento dell'argomentazione e di controllo razionale dei risultati, con riguardo all'unità e alla coerenza del sistema. Da questa rilettura ermeneutica risulta una riqualificazione della dogmatica, considerata nell'intreccio tra pensiero problematico e pensiero sistematico, all'interno di un sistema giuridico aperto al controllo di criteri meta-giuridici³⁰. Viene evidenziato, in tal modo, il fatto che l'*inventio* ermeneutica risulta giocare un ruolo centrale nella concretizzazione giuridica e trova giustificazione nel sistema tramite il controllo della dogmatica, definendo l'ambito pratico della decisione.

La novità più rilevante che, sul terreno della cultura giuridica, consente di recuperare la precedente separazione tra filosofia e diritto è però rappresentata da un rinnovato interesse per i valori, ossia dal riconoscimento che nell'approccio al diritto è inevitabile il ricorso a criteri e postulati pre-positivi riguardanti la giustizia e, più ampiamente, una certa visione dell'essere umano (e della società). Ciò contribuisce indirettamente al ri-orientamento concettuale della cultura giuridica, diffondendo la consapevolezza della dimensione valutativa della giurisprudenza.

Sull'altro versante di diffusione di posizioni ermeneutiche, quello della filosofia del diritto, anche in Italia l'interesse per l'ermeneutica trae alimento dalle riflessioni heideggeriane e gadameriane³¹ e, più ampiamente, dalla rinnovata attenzione per la filosofia pratica³².

²⁹ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè 1996, pp. 7 ss., 16 ss.; L. De Ruggiero, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Jovene, Napoli 1977; Id., *Sul concetto di precomprensione*, in «Politica del diritto», XV (1984), 4, pp. 577-598.

³⁰ Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 58-62.

³¹ Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, cit.

³² Si veda, in proposito, F. Volpi, *Che cosa significa neoaristotelismo? La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in *Tradizione e attualità della filosofia pratica*, a cura di E. Berti, Marietti, Genova 1988, pp. 111-135.

Se si eccettua l'opera solitaria di Emilio Betti, non si era sviluppata in Italia fino a quegli anni una filosofia ermeneutica: l'egemonia culturale dell'idealismo di Benedetto Croce e di Giovanni Gentile prima, del marxismo e del neopositivismo logico poi, lo avevano impedito. Infatti, nei primi anni del secondo dopoguerra, la scena filosofica in Italia era ancora saldamente occupata dalla crisi e dalla parabola finale delle filosofie idealistiche ispirate dalle tesi crociane e gentiliane, che avevano egemonizzato il panorama filosofico italiano tra le due guerre; mentre nell'ambito filosofico-giuridico iniziava ad affermarsi, quasi come reazione "regionale" all'idealismo e allo spiritualismo, imperanti sul piano filosofico generale, la filosofia analitica, che grazie alla Scuola di Torino avrebbe poi dominato gli studi filosofico e teorico-giuridici italiani negli anni Sessanta.

A ciò si aggiungeva, nel più delimitato campo della riflessione sul diritto, da una parte, l'ancor scarsa sensibilità per le problematiche dell'interpretazione giuridica presente nelle posizioni, peraltro importanti, che riconnettono giusnaturalismo classico e approccio cristiano; dall'altra parte, la chiusura e la scarsa sensibilità per l'aspetto interpretativo tradizionalmente presenti nella cultura di stampo giuspositivistico dei giuristi. Ma si affermano anche tendenze di segno diverso: in particolare, l'autonomo e radicale esistenzialismo di Luigi Pareyson e la traduzione italiana di *Wahrheit und Methode* contribuiscono ad aprire uno spazio nuovo per l'insediamento di tesi ermeneutiche. Questo avviene però nella direzione di quella peculiare rilettura del pensiero di Heidegger alla luce dell'ispirazione nichilistica di Nietzsche, che è rappresentata dal "pensiero debole" nella forma teorica della riflessione di Vattimo. Si può dire, allora, che se l'orientamento ermeneutico in Italia, nel suo complesso, non si è appiattito su, e completamente identificato con, questa prospettiva e quest'immagine dell'ermeneutica, ciò è avvenuto soprattutto in virtù degli sviluppi impressi dall'ermeneutica giuridica, per i temi da essa trattati e per la naturale sensibilità verso il problema normativo con cui essa è chiamata a confrontarsi. La teoria "regionale" del diritto ha costituito, così, un fecondo terreno di sviluppo e di ela-

borazione concettuale di ipotesi filosofiche generali³³. Si può sostenere dunque che la filosofia del diritto ha costituito in Italia uno dei luoghi privilegiati per l'affermazione della filosofia ermeneutica, divenendo l'ambito di importanti analisi che permettevano la riproposizione di temi lasciati irrisolti dai due approcci tradizionali: il giusnaturalismo e il giuspositivismo.

3. Temi ermeneutici

L'ermeneutica giuridica italiana si è concentrata sulla questione dei fondamenti dell'attività interpretativa e sulle sue connessioni con le problematiche più vive emergenti nella teoria del diritto contemporanea, che volge il suo interesse all'analisi del ragionamento giuridico, considerato come punto di fuga prospettico da cui partire per affrontare gran parte delle questioni riguardanti il diritto, assumendo i risultati di un orientamento attento al tema del comprendere inteso come struttura costitutiva dell'esperienza.

L'ermeneutica assume una serie di tesi e di categorie teoriche che hanno trovato sviluppi originali nello specifico ambito giuridico. A partire dagli anni '60, grazie alla riflessione della scienza giuridica tedesca, sia il pensiero giuridico sia la filosofia del diritto si sono concentrati sul rapporto tra metodologia e condizioni generali del comprendere e hanno posto la questione del ruolo privilegiato da assegnare al nesso tra teoria e prassi nello studio del diritto e dell'interpretazione giuridica.

³³ Invero, tra ermeneutica generale ed ermeneutiche regionali vi è una continua circolarità. Cfr. G. Zaccaria, *Introduzione a «Arte e limiti dell'interpretazione: dal diritto all'ermeneutica, dall'ermeneutica al diritto»*, in «Ars Interpretandi», I (1996), pp. 157-158. Come sottolinea Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, cit., p. 64, «l'ermeneutica nasce come regionale per l'esigenza di comprensione dei testi appartenenti a settori specifici della vita pratica (arte, religione, diritto...) e poi trova una certa qual comunanza strutturale fra gli approcci particolari, cosa che suggerisce una sorta di trascendentale ermeneutico». In questa prospettiva è significativo il richiamo alla concezione originaria dell'ermeneutica come arte dell'interpretazione.

È indubbiamente una caratteristica dell'elaborazione di posizioni ermeneutiche in Italia il fecondo incrociarsi di spunti e prospettive *giuridiche* e di stimoli *filosofici*: su questo comune terreno si produce una situazione di confronto e di collaborazione tra giuristi e filosofi che costituisce una novità rispetto alla distanza che precedentemente segnava i due campi. In questa prospettiva, la filosofia giuridica italiana, recependo le istanze ermeneutiche³⁴, si mostra attenta ad elaborare una teoria del diritto rivolta alla prassi e capace di aderire alla concretezza dei processi di positivizzazione³⁵. L'emergere dell'ermeneutica giuridica

³⁴ Tra i momenti più significativi di questo itinerario vanno segnalate le traduzioni di due importanti lavori, rispettivamente, di Esser e di Hruschka. Cfr. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1972), tr. it. di S. Patti, G. Zaccaria, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983; J. Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici* (1972), tr. it. di R. De Giorgi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983. Nei decenni successivi, invero, l'impegno nella traduzione di opere di autori appartenenti all'orientamento ermeneutico-giuridico è proseguito. Si vedano, in proposito: A. Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* (1982), tr. it. e cura di G. Carlizzi, Vivarium, Napoli 2003; i saggi dello stesso Kaufmann raccolti nel volume *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano 2003; M. Kriele, *Diritto e ragione pratica* (1979), a cura di V. Omaggio, tr. it. di V. Omaggio e P. Paumgardhen, Editoriale Scientifica, Napoli 2006; W. Hassemer, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), tr. it. e cura di G. Carlizzi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007; J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), tr. it. di G. Carlizzi, il Mulino, Bologna 2009; nonché i testi degli autori ascrivibili al movimento ermeneutico-giuridico sorto in Germania nel secolo scorso, raccolti nell'antologia, curata da G. Carlizzi e V. Omaggio, *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa 2016.

³⁵ Cfr. G. Orrù, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in «Jus», XXIV (1977), 3-4, pp. 298-427; Id., Richterrecht, *Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano 1983; G. Zaccaria, *Per una metodologia «post-politica» della prassi giudiziale*, in «Politica del diritto», XV (1984), 4, pp. 599-611; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984.

avviene, peraltro, nel confronto dialettico con le tesi di quella corrente che ha costituito un punto di riferimento importante nel dibattito filosofico-giuridico, conoscendo negli anni '60 e '70 la sua massima affermazione: la filosofia analitica del diritto.

Dagli inizi degli anni '80, la crisi del positivismo giuridico costituisce uno dei motivi dell'affermarsi dell'approccio ermeneutico, con l'attenzione rivolta alla prassi interpretativa che partecipa costitutivamente al processo di positivizzazione, in polemica con gli atteggiamenti oggettualistici delle c. d. "teorie semantiche del diritto"³⁶. Queste teorie si volgono all'individuazione preliminare di ciò su cui deve esercitarsi l'interpretazione giuridica, dell'oggetto dell'attività interpretativa. Le teorie interpretative, invece, considerano il diritto come una prassi interpretativa entro la quale prendono corpo le consolidazioni giuridiche. Gli stessi criteri della validità giuridica sono individuati attraverso l'attività interpretativa. Il positivismo giuridico e la filosofia analitica seguono la via delle teorie semantiche. L'ermeneutica si inserisce nelle teorie interpretative del diritto³⁷.

La recezione della filosofia ermeneutica e lo sviluppo di un'originale ermeneutica giuridica da parte dei filosofi del diritto italiani sono maturati percorrendo due strade diverse ma nell'insieme complementari. Una, più legata agli orientamenti teorico-generalisti e metodologici³⁸, si è concentrata sull'analisi, entro il complesso procedimento dell'interpretazione, del rapporto di corrispondenza reciproca tra problemi di fatto e problemi di diritto e sull'individuazione dei vincoli di natura

³⁶ Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 21-28. Come è noto, di "teorie semantiche del diritto" parla R. Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986; tr. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano 1989, p. 35 ss.

³⁷ F. Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in *Ermeneutica e filosofia analitica*, cit., pp. 93-94.

³⁸ Cfr. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 1990.

contestuale e intersoggettiva atti a contenere i possibili arbitrii derivanti dall'eccessiva discrezionalità giudiziale. L'altra, recependo istanze teoriche provenienti dall'area anglo-americana, si è concentrata su una riflessione filosofica sul diritto concepito come pratica sociale, che rimanda ai processi interpretativi interni all'interazione sociale, alla comunanza dei significati intersoggettivi e al ruolo che nell'esperienza giuridica assume la ragion pratica³⁹. A cerniera di questi due orientamenti, che invero si sono viepiù intrecciati, integrandosi fruttuosamente⁴⁰, si situa un impegno di riflessione su alcuni concetti centrali e caratteristici dell'approccio ermeneutico, come quelli di tradizione⁴¹, di comunità interpretativa⁴², del senso intersoggettivo e contestuale che costituisce un vincolo all'opera di ascrizione dei significati⁴³, del giudizio, con le sue essenziali caratteristiche legate alle modalità proprie dell'esperienza giudiziaria⁴⁴.

Da questo punto di vista, nel contesto filosofico-giuridico contemporaneo, l'ermeneutica giuridica italiana è, per molti versi, espressione del rinnovato interesse, che connota il panorama culturale contempo-

³⁹ F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990.

⁴⁰ Di ciò è prova il volume, di cui sono autori Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, dove i temi fondamentali della filosofia del diritto vengono rivisitati valorizzando la centralità che assume il momento interpretativo nella pratica e nella teoria giuridica. Cfr. Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit.

⁴¹ B. Pastore, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino 1990.

⁴² E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000.

⁴³ Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, cit., pp. 63-104; G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996, spec. pp. 85-91, 105-143.

⁴⁴ B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano 1996.

raneo, per la filosofia pratica e per i problemi dell'agire umano, della scelta e della deliberazione⁴⁵.

L'ermeneutica giuridica guarda all'interpretazione-applicazione come una attività fisiologicamente creativa, poiché l'attribuzione di significato alle disposizioni costituisce sempre un arricchimento dello schema semantico in esse contenuto. L'attenzione è posta sul lavoro dall'interprete, prendendo in considerazione le due polarità entro cui si esplica la formazione giudiziale del diritto: da un lato, la libertà, in una certa misura ineliminabile, del soggetto interpretante⁴⁶; dall'altro, l'esigenza di razionalità del suo operato, con riferimento alla accettabilità della decisione in un contesto unitario di senso che contribuisce a controllarne l'esercizio interpretativo.

La giurisprudenza svolge un ruolo di co-produttore del diritto⁴⁷, che rinvia ad una relazione di tipo complementare con la legislazione. La creazione giudiziale è derivata, posto che opera sotto il vincolo testuale della legge. L'orientamento al testo costituisce uno degli elementi che caratterizzano la prospettiva ermeneutica. I testi normativi presentano una propria identità. Ma, pur ponendosi come punto di riferimento stabile dinanzi alle molteplici possibilità interpretative che ad essi rinviano, sono opere aperte all'interpretazione. Sono dei "semilavorati", che richiedono un perfezionamento in sede interpretativa, fondato su una

⁴⁵ Va segnalata, in proposito, la pubblicazione, a partire dal 1996, della rivista «Ars Interpretandi», che assume tra i suoi obiettivi un ulteriore chiarimento dello statuto teorico dell'ermeneutica giuridica e l'incremento del dialogo di quest'ultima con il diritto positivo, con i vari campi del sapere pratico, con le altre ermeneutiche regionali.

⁴⁶ Sugli spazi non sopprimibili di libertà e di creatività dati all'interprete, nel processo di concretizzazione giudiziaria, rispettivamente con riguardo alla scelta della norma pertinente, alla sua interpretazione, una volta che essa sia stata individuata, e alla sua applicazione alla circostanza di fatto, cfr. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 155-157.

⁴⁷ Ivi, pp. 12-14.

razionalità argomentativa⁴⁸. Il testo giuridico delimita lo spazio di gioco della concretizzazione. Fornisce inoltre la direzione verso la quale possono dislocarsi le varianti di significato ammissibili⁴⁹. L'interpretazione richiede, come suo elemento complementare, l'argomentazione, che funge da criterio di controllo del reciproco adattarsi tra norma e fatto⁵⁰.

La problematica ermeneutica procede da quel particolare rapporto fra testo e contesto che fa sì che il senso di un testo sia considerato capace di decontestualizzarsi, ossia di liberarsi dal suo contesto iniziale, per ricontestualizzarsi in una nuova situazione⁵¹. Un testo giuridico richiede sempre di essere interpretato, al fine di esplicitarne il senso oscuro e/o non sufficientemente determinato e di definire la rilevanza giuridica di determinati fatti, eventi, accadimenti. Il testo si pone come unità di misura per l'opera interpretativa, con riguardo al significato che esso può assumere nel caso concreto. L'interpretazione giuridica, da questo punto di vista, non costituisce il mezzo per identificare un significato normativo precostituito, ma concorre a determinare tale significato. In ogni caso, però, l'interprete, nella sua attività, non può non rivolgersi primariamente a dei luoghi privilegiati – le fonti del diritto – che si pongono come risorse ufficiali da cui trarre le norme da applicare⁵². La stessa individuazione delle fonti, d'altra parte, è il frutto di un esercizio interpretativo, sicché il diritto è, insieme, ciò che si interpreta e la stessa

⁴⁸ Zaccaria, *La ragione dialogica dell'ermeneutica*, cit., pp. 141, 143-144.

⁴⁹ Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 17-8, 72; Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 96-97.

⁵⁰ G. Zaccaria, *Dialogando sull'ermeneutica giuridica*, 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. 130. Cfr. anche Id., *La comprensione del diritto*, cit., p. 129.

⁵¹ B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 2014, pp. 51-86.

⁵² Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 46; Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 33-34.

attività dell'interpretazione⁵³. Gli oggetti su cui si dirige l'interpretazione sono giuridici perché appartengono a quella prassi interpretativa che chiamiamo "diritto" in base alla sua unità di senso. Da questo punto di vista, ciò che rende "giuridica" l'attività interpretativa rinvia alla considerazione della finalità generale dell'interpretare nel diritto, dei suoi presupposti, del modo di porsi di fronte all'oggetto⁵⁴.

Nell'interpretazione giuridica il senso di un testo si rivela pienamente in connessione ai casi da decidere. Norma e caso vengono a trovarsi tra loro in un rapporto di progressiva determinazione reciproca⁵⁵. 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. Le concrete circostanze di fatto risultano comprensibili nella loro rilevanza giuridica solo con riferimento ai materiali normativi che, d'altra parte, rivelano il loro significato attraverso l'intendimento delle circostanze concrete.

La comprensione del problema da risolvere giuridicamente si fonda su una domanda-guida che costituisce la specificazione della prospettiva nella quale l'interprete si pone. Tale comprensione del caso, che rappresenta il risultato del suo inserimento all'interno di un contesto linguistico che opera come filtro interpretativo-valutativo, costituisce l'esito di un primo provvisorio procedimento di giudizio che va rivisto e ridefinito attraverso l'individuazione di alternative e ipotesi da giustificare di volta in volta in base alla loro accettabilità e plausibilità. In que-

⁵³ F. Viola, *Approccio analitico e approccio ermeneutico alla scienza del diritto*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti e A. Bixio, il Mulino, Bologna 1994, p. 388. Cfr. altresì M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 271-273.

⁵⁴ F. Viola, *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*, in «Etica & Politica/ Ethics & Politics», VIII (2006), 1, p. 1.

⁵⁵ Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 52 ss., 59-60, 85 ss., 98 ss., 146-7; Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 28 ss., 114 ss.

sta prospettiva, le finalità contenute e trasmesse nei concetti giuridici e incorporate nelle fattispecie normative, così come i giudizi assiologici extra-legislativi, forniscono prevalutazioni di natura ipotetico-provvisoria, che vanno continuamente problematizzate e discusse fino a che non si arrivi alla decisione finale. Tale precomprensione, in quanto concetto *analitico-descrittivo* che pone il rilevante problema metodologico dei modi e dei controlli del passaggio da una valutazione provvisoria a quella definitiva⁵⁶, diviene un elemento prezioso per una raffigurazione epistemologicamente consapevole della complessità del procedimento di comprensione giuridica come progettazione di senso da parte dell'interprete⁵⁷. Qui si delimitano la direzione e lo spazio entro cui utilizzare i materiali giuridici e i metodi.

La scelta del metodo viene suggerita dai problemi sostanziali e dalle questioni pratiche che l'interprete è chiamato ad affrontare e risolvere. I metodi, invero, in ragione della loro pluralità ed equivalenza e giacché rinviano a termini che richiedono, a loro volta, di essere interpretati, non possono eliminare gli spazi di libertà dell'interprete: possono, però, contenerli e strutturarli, dal momento che segnano i passi che l'interprete deve fare nel suo ragionamento per offrire una argomentazione convincente, evitando errori ed arbitrii. I metodi interpretativi sono strumenti per attribuire significato alle disposizioni, nonché strumenti per formulare argomenti a favore dei significati attribuiti alle disposizioni. Servono a sviluppare criteri per il controllo della validità e correttezza delle ipotesi di interpretazione. Ciò avviene sotto due profili⁵⁸. Dal punto di vista del soggetto che interpreta, il metodo permette di auto-controllare il procedimento seguito al fine di valutare la fondatezza giuridica dell'interpretazione. Dal punto di vista della comunità nella

⁵⁶ G. Zaccaria, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in «Ragion pratica», VI (1998), 11, p. 151.

⁵⁷ Cfr. D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in «Ars Interpretandi», XI (2006), pp. 331-339.

⁵⁸ Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 202-203.

quale l'interprete è inserito, permette di valutare e controllare l'ipotesi posta alla base della decisione.

La decisione giudiziaria deve mostrare la sua correttezza e adeguatezza. Giocano un ruolo cruciale, in proposito, i controlli di razionalità, atti a testarne la tenuta⁵⁹. Tali controlli riguardano la concordanza della soluzione prescelta con il sistema giuridico positivo; la sua giustizia materiale, rivolta agli aspetti di contenuto sostanziale del caso, intesa come plausibilità e ragionevolezza sociale di tale soluzione; la sua evidenza, cioè l'innegabilità logica (valutabile invero solo *a posteriori*), che attiene alla capacità di "consenso" della decisione, in quanto non confutabile, risultando inutile il ricorso ad ulteriori argomentazioni. Assume rilevanza, inoltre, il riferimento alla comunità interpretativa⁶⁰, che lega tra loro i membri di una tradizione giuridica, i quali, risultando situati in un tessuto di pratiche collettive sedimentato nel linguaggio e nella cultura, accettano e condividono un sostrato di atteggiamenti, convenzioni, orientamenti, opinioni professionali. La comunità dell'interpretazione giuridica rappresenta un ulteriore criterio regolativo, intersoggettivamente caratterizzato, in base al quale controllare le scelte e le soluzioni sul versante della consistenza delle argomentazioni fornite⁶¹. Sotto un profilo soggettivo, indica l'insieme dei soggetti che producono, co-

⁵⁹ Si veda sul punto Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 131-134, che riprende le riflessioni di Esser, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., pp. 13-4, 20-1, 130-131, 138-141, 167-172.

⁶⁰ Cfr., sul tema, Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 105-107; Id., *La comprensione del diritto*, cit., pp. 134-141; F. Viola, *La comunità interpretativa nel diritto e nella teologia*, in «Hermeneutica», XV (1998), pp. 24 ss., 33 ss.; Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 65-70; Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, cit.; B. Pastore, *Fonti del diritto e comunità interpretativa*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, Universitas Studiorum, Mantova 2017, t. I, pp. 343-354.

⁶¹ E. Pariotti, *Interpretazione, comunità giuridica e integrazione sovranazionale*, in «Persona y Derecho», LI (2004), pp. 324-325.

noscono, applicano il diritto. Giuristi e operatori giuridici svolgono il compito specifico di “trattare” regole: le individuano, le riformulano, le adattano, le integrano, le mettono in ordine. È centrale, qui, il dinamismo interpretativo che si esplica in una partecipazione interattiva. Sotto il profilo oggettivo, la nozione rimanda ad un orizzonte epistemologico, metodologico e normativo che rende possibile l'accettabilità delle scelte interpretative e condiziona la validità del ragionamento giuridico.

La comunità dell'interpretazione giuridica trova la propria identità non solo nelle finalità pratiche per la realizzazione delle quali si interpreta (riconducibili alla ordinata, ragionevole e giusta soluzione dei problemi della convivenza), ma anche nell'autocomprensione di ciò che deve essere interpretato⁶². È la stessa interpretazione delle regole che si configura come risultato dell'opera comune di più soggetti. Essi condividono un insieme di considerazioni normative che li orienta nelle operazioni di identificazione del diritto da conoscere e da applicare.

Ciò che definisce una comunità interpretativa è, in fondo, la convergenza su alcuni elementi fondamentali della pratica giuridica: in primo luogo, un nucleo di fonti del diritto, nonché una grammatica, un lessico, una concettualogia, e una serie di vincoli istituzionali e argomentativi che funzionano come fattori unificanti e socializzanti.

Guardando la realtà odierna, però, non si può non riflettere sulla capacità di tenuta della nozione di comunità interpretativa⁶³. L'odierno panorama giuridico è segnato dalla compresenza di una pluralità di ordini normativi parziali; dalla destrutturazione del sistema delle fonti, che si configura viepiù come un arcipelago mobile, variabile, instabile; dall'osmosi tra ordinamenti, con il crescente peso assunto dal diritto sovranazionale e transnazionale che incide sui singoli ambienti nazionali e che pone in primo piano il difficile tema dell'armonizzazione; dalla mondializzazione del diritto, che si trova a fare i conti con la latitudine

⁶² Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 67.

⁶³ V., in proposito, Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 137-138.

planetaria dell'economia e della tecnica; da una cultura giuridica non più omogenea nei valori e che è chiamata a misurarsi con le tensioni di una società sempre più multiculturale. Viene meno quell'identità tra comunità giuridica e ordinamento statale, fondata sul radicamento territoriale del diritto⁶⁴.

Sicuramente, l'esito di tali processi rende più problematica l'idea della comunità interpretativa. Essa, comunque, mantiene la sua rilevanza, soprattutto se la si configura come campo aperto in cui si sviluppa il confronto tra i diversi significati da attribuire ai materiali giuridici, di diversa origine⁶⁵. Tutto ciò implica l'identificazione e la selezione delle fonti utilizzabili, nonché la scelta delle specifiche tecniche interpretative da adottare. Non può non evidenziarsi, a questo proposito, che i disaccordi davvero rilevanti, "genuini", entro una comunità interpretativa, sono quelli che riguardano il senso e la portata normativa da ascrivere alle fonti selezionate perché ritenute pertinenti in sede applicativa o in sede di analisi ed elaborazione dottrinale. Tali disaccordi coinvolgono le diverse interpretazioni di un insieme di materiali giuridici.

La comunità interpretativa è una comunità epistemica. I soggetti che vi fanno parte condividono un medesimo sapere, sedimentato e tramandato, e hanno in comune un linguaggio, frutto di quell'addestramento tipico dell'educazione giuridica (che peraltro supera i confini delle culture nazionali), essenziale per accedere a, e per poter utilizzare, questo sapere, rinviante ad un insieme di competenze operative. Tra queste competenze rientra la comprensione dei concetti, che significa la capacità di padroneggiare le inferenze in cui essi sono coinvolti, ovvero essere in grado di distinguere che cosa segue dall'applicabilità di un concetto, quali sono le conseguenze che ne derivano⁶⁶.

⁶⁴ Pariotti, *Interpretazione, comunità giuridica e integrazione sovranazionale*, cit., p. 328 ss.

⁶⁵ Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 139.

⁶⁶ Cfr., in proposito, D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova 2003, pp. 179-194.

La praticabilità del diritto dipende dall'interpretazione, che si svolge e si inserisce in un contesto intersoggettivo. La comunità interpretativa racchiude il senso di un'impresa condivisa (nonostante i dissensi), la cui ragione risiede nell'attività interpretativa stessa. Questo contesto orienta le scelte degli interpreti ed è un elemento imprescindibile del diritto e della sua positivizzazione.

Configurare il diritto come pratica sociale di tipo interpretativo implica che si assuma la prospettiva di coloro che usano il diritto come componente essenziale del processo di deliberazione che porta alle decisioni e alle azioni, considerandolo un complesso di ragioni per agire⁶⁷. Per "pratica sociale" si intende una forma coerente e complessa di attività umana cooperativa socialmente stabile, mediante la quale valori insiti in tale forma di attività vengono realizzati nel corso del tentativo di raggiungere quei modelli che pertengono ad essa e la definiscono. Una pratica sociale esiste con una propria identità, possiede una propria finalità, serve determinati scopi e/o rende possibile l'applicazione di determinati principi, implica che coloro che vi partecipano sviluppino un atteggiamento "interpretativo" nei confronti delle regole che la configurano. I comportamenti che essa richiede e i giudizi che permette di formulare dipendono dalla comprensione della finalità immanente alla pratica stessa. Gli atteggiamenti interpretativi stabiliscono le ragioni dell'esistenza della pratica e ciò che essa impone. Tuttavia la storia di una pratica sociale vincola le interpretazioni possibili, che, peraltro, concorrono al suo cambiamento, alla sua evoluzione, al suo sviluppo⁶⁸. Il senso di una pratica sociale interpretativa è la finalità generale dell'impresa di cui si tratta. Esso precede e illumina le azioni che sono poste al suo interno⁶⁹. Il diritto, in quanto linguaggio dell'interazione sociale, non può essere considerato separatamente dalle azioni in cui è incor-

⁶⁷ Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 34-35.

⁶⁸ Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 16-19.

⁶⁹ Viola, *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*, cit., p. 14 ss.

porato e dalle pratiche interpretative che lo fanno vivere⁷⁰. L'idea che il diritto sia una pratica interpretativa rinvia ad una visione dinamica del diritto stesso inteso come un processo articolato in una varietà di procedimenti e di costanti determinazioni pratiche. Diventa saliente, qui, il ruolo del giurista, che è quello di definire l'identità della pratica del diritto, di individuare gli argomenti corretti, di sistemare e unificare il materiale giuridico, di custodire la coerenza e la ragionevolezza dell'ordinamento⁷¹.

L'interpretazione presuppone un'alterità e ha essenzialmente una natura intermediatrice tra il soggetto che interpreta e la "cosa" da interpretare. Si colloca tra l'universalità (generalità e astrattezza) del testo e la concretezza della situazione storica entro la quale si esplica la sua portata. D'altra parte, il rapporto tra interprete e testo rappresenta essa stessa una mediazione tra il presente e un passato che ci viene trasmesso. L'approccio ermeneutico, infatti, è segnato dal carattere temporale della comprensione, implicante un incessante riordinamento retrospettivo e prospettico⁷². La coscienza ermeneutica è una coscienza storica legata ai contesti e alle circostanze. La distanza tra il mondo in cui vive l'interprete e quello del testo va ricomposta. Si tratta di superare la sempre possibile situazione di fraintendimento. Interpretare significa tradurre un significato da un contesto (storico, culturale) ad un altro, in un processo di restituzione di senso che è anche promozione di senso.

L'esperienza ermeneutica si determina considerando i momenti dell'estraneità e della distanza, che si vengono a creare, con il trascorrere del tempo, tra i testi e i loro interpreti, e i momenti dell'appropriazione e della riattualizzazione entro sempre nuove condizioni⁷³.

⁷⁰ Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, cit., p. 77.

⁷¹ Viola, *Approccio analitico e approccio ermeneutico alla scienza del diritto*, cit., pp. 396-397.

⁷² Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 439.

⁷³ Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 56.

La storicità, pertanto, si configura come caratteristica propria, cifra essenziale del fenomeno giuridico. Storia, qui, rinvia alla società che diviene nel tempo. La giuridicità si connette inscindibilmente alle particolari circostanze della vita sociale e del momento storico in cui si sviluppa, manifestandosi nelle variegata forme e modalità della positivizzazione, dove durata e mutamento, continuità e discontinuità si intrecciano⁷⁴. Entra in gioco, al riguardo, l'idea di "tradizione" sulla quale si è orientata la riflessione ermeneutica. Essa rappresenta l'orizzonte che rende possibile la fusione e la sintesi delle dimensioni temporali del presente e del passato, superandone, grazie al processo di trasmissione, la distanza.

La tradizione implica la custodia e la ripresa delle acquisizioni del passato, la fedeltà ad un deposito mantenuto nell'apertura all'avvenire della sua potenzialità, ad un lascito che è sempre un atto da farsi, ad un'eredità da far fruttare, che nulla ha a che vedere con una pigra ripetizione acritica e irriflessa, ma che, invece, sollecita all'uso del giudizio critico, all'esercizio della libertà nei confronti delle possibilità trasmesse all'oggi, e richiede costanti selezioni e reinterpretazioni⁷⁵. In tal modo mantiene aperta la tensione tra permanenza e progresso, tra sedimentazione e innovazione.

È un dato ineludibile, nel diritto, l'esistenza di un patrimonio normativo che affonda le sue radici nel passato. Il diritto attuale ha sempre dinanzi a sé un diritto già costituito. L'esistenza di un passato mantenuto e trasmesso selettivamente attraverso meccanismi istituzionalizzati costituisce, invero, una peculiarità del fenomeno giuridico. Il diritto presenta, dunque, una *tradizionalità pervasiva*.

⁷⁴ B. Pastore, *Storicità del diritto e interpretazione*, in *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, a cura di A. Ballarini, Giappichelli, Torino 2018, pp. 181-182.

⁷⁵ Cfr. B. Pastore, *Emergenze della tradizione nell'odierna esperienza giuridica*, in «Ars Interpretandi», VIII (2003), pp. 184-187.

Le istituzioni, gli istituti, le disposizioni con le loro interpretazioni, le decisioni giudiziarie, i valori, i concetti giuridici, le costruzioni della *scientia iuris* vengono custoditi e tramandati. Le organizzazioni giuridiche si caratterizzano per la raccolta, per il mantenimento e per la riviviscenza dei materiali normativi. Il diritto rappresenta, propriamente, una tradizione complessa, formata da un insieme di tradizioni di azioni, pratiche, conoscenze, e di riflessioni su tali azioni, pratiche, conoscenze.

Ogni tradizione, invero, non costituisce un qualcosa di monolitico, di pietrificato⁷⁶. È percorsa da alternative, conflitti, dibattiti. È soggetta a continua discussione. Assume rilievo, qui, la presa di posizione nei suoi confronti e la scelta tra le alternative tramandateci. Così, non solo il passato condiziona (variamente) il presente, ma ogni presente sceglie (secondo modalità diverse) un suo passato. Si ha a che fare, dunque, con un patrimonio collettivo che diventa significativo nel costante rapportarsi critico.

Il concetto di tradizione, allora, rimanda sia alla comunicazione tra passato e presente, sia alla comunicazione intersoggettiva sul contenuto della tradizione stessa⁷⁷, che non esclude cesure, variazioni di percorso, prospettazioni di nuovi scenari. Nella tradizione è presente il dialogo aperto al contrasto delle opinioni. Tale dialogo e tale contrasto, però, richiedono un orizzonte di riferimento comune, riconosciuto ed accettato.

“Tradizione” è nozione polisemica. Rinvia, con riferimento all’esperienza giuridica, a una pluralità di configurazioni e tipologie; si esplica in una serie di rappresentazioni e contenuti⁷⁸.

“Tradizione giuridica” significa il processo di trasmissione e conservazione dell’ordinamento, prodotto da una stratificazione temporale di materiali normativi diversi e di varia origine, e, nel contempo, l’insieme di tali materiali stratificati e accumulati, che durano nel tempo.

⁷⁶ Zaccaria, *La ragione dialogica dell’ermeneutica*, cit., p. 132.

⁷⁷ Pastore, *Tradizione e diritto*, cit., pp. 275-277, 281-282.

⁷⁸ Ivi, pp. 7-8, 88-90, 205-207.

Si realizza, così, attraverso il mantenimento di agganci con un sostrato sedimentato, la consolidazione di un *corpus* giuridico, che contribuisce allo sviluppo del diritto, e che si nutre di legami di compatibilità (variamente articolata) con la realtà giuridica preesistente.

Indica, anche, la catena delle mediazioni interpretative che si estende tra la produzione originaria e l'applicazione attuale di un testo giuridico. Tradizione ha, qui, il senso di un patrimonio di significati elaborati e mantenuti da quella che possiamo definire "memoria giurisprudenziale". Tale memoria costituisce l'orizzonte che permette di comprenderli e di utilizzarli⁷⁹. Non c'è testo che possa essere sensatamente isolato dal suo *pedigree* storico e dalla "storia degli effetti" che ne influenzano l'interpretazione⁸⁰.

Per "tradizione giuridica" si intende, inoltre, l'insieme delle categorie teoriche, dell'apparato dogmatico, dello strumentario rappresentativo ed espositivo di competenza dei giuristi per l'intelligenza del fenomeno giuridico, prodottosi attraverso l'elaborazione della giurisprudenza teorica e pratica. Essa è parte essenziale del lavoro interpretativo, costituendo il supporto delle scelte metodologiche del giurista, lo strato sul quale si radica e si sostiene la sua soggettività, l'ambiente che impregna gli strumenti adoperati dall'interprete, lo sfondo che anticipa e orienta i suoi atti, e che, a sua volta, è da questi modificato, entro una dinamica di conservazione e innovazione. La tradizione, pertanto, rappresenta, in buona misura, la memoria che mantiene compresenti le esperienze giudiziali e il contrassegno della giurisprudenza e della sua logica, ponendosi come asse portante di una epistemologia del sapere giuridico⁸¹. La tradizione orienta la comprensione del giurista, dispiegando le potenzialità di un ordine costantemente in divenire, nel rispetto di un vincolo

⁷⁹ Ivi, pp. 262-269.

⁸⁰ Sulla nozione di *Wirkungsgeschichte* v. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., pp. 329, 340, 343, 447, 540.

⁸¹ Pastore, *Tradizione e diritto*, cit., pp. 159, 250, 257-258, 264.

connesso alla significatività del passato, assunto a partire dalla *forza del presente*⁸².

L'idea di tradizione, tematizzata dall'ermeneutica, ha molto da dire riguardo ad un'adeguata comprensione dell'esperienza giuridica. Ci rammenta che il diritto come ordinamento e struttura della vita sociale, con la sua essenziale dimensione temporale diacronica, si configura, nella sua durata, come un qualcosa che c'è, viene conosciuto, dichiarato, integrato, corretto, rinnovato, in un processo di rimediazione, ricostruzione, riconformazione. Tale processo vive nelle riletture della tradizione, ma anche nelle fratture che le nuove letture producono, nonché nelle scelte e nelle decisioni di riprendere e di seguire, per le esigenze attuali, alcune (e non altre) tracce che il passato ci consegna. Ciò pone al centro dell'attività dei giuristi la tensione tra fedeltà vivente ed eredità critica, nella partecipazione ad un discorso comune.

Invero, come si è detto precedentemente, la filosofia ermeneutica ritiene che la comprensione del senso non si trovi al di fuori dei concreti eventi discorsivi. Tale prospettiva, dunque, parte da tali eventi linguistici, qualificati da canoni tipici, che avvengono all'interno di una comunità di comunicazione in cui è operante l'accordo sui criteri di identificazione delle forme del discorso⁸³. Lo stesso tema delle norme e della validità va considerato nell'ambito del discorso della giustificazione giuridica, entro cui assume rilevanza la dimensione della normatività. La stessa scienza è parte del discorso giuridico: lo prosegue, lo completa, lo corregge, lo accresce, inserendosi in esso⁸⁴.

⁸² Cfr. P. Ricoeur, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Editions du Seuil, Paris 1986; tr. it. di G. Grampa, *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, Jaca Book, Milano 1989, pp. 266-267.

⁸³ Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, cit., p. 83.

⁸⁴ Ivi, pp. 101-103. Sulla coestensività tra scienza giuridica e diritto cfr. F. Viola, *Autorità e ordine del diritto*, II edizione riveduta e ampliata, Giappichelli, Torino 1987, pp. 100 ss., 227 ss., 367 ss.

In generale, nel campo dell'esperienza giuridica, si tratta di far rivivere il discorso nella nuova situazione storica e in relazione a specifiche esigenze. Da questo punto di vista, ogni interpretazione è applicazione.

Il tema dell'applicazione trova un relevantissimo terreno di indagine nel rapporto che si instaura tra interpretazione dei testi normativi e ricostruzione dei fatti in giudizio⁸⁵. Il nodo centrale riguarda la preparazione delle premesse, ossia la determinazione mediante le prove della premessa minore (“in fatto”) e l'articolazione della premessa maggiore (“in diritto”) del sillogismo, riconoscendone la connessione.

L'ermeneutica insiste sulla controllabilità della decisione giudiziale in modo che questa abbia un carattere razionale e sia basata, oltre che su un adeguato trattamento dei materiali giuridici, sulla valutazione delle prove⁸⁶. La correttezza del ragionamento probatorio, da questo punto di vista, è essenziale al fine di garantire l'eguaglianza nell'applicazione del diritto. Si tratta di qualificare i fatti e ciò ha a che fare con un intreccio tra accertamento delle circostanze e individuazione delle norme, che, a loro volta, guidano la selezione degli aspetti fattuali rilevanti⁸⁷. L'accertamento del fatto si pone come problema cruciale della decisione. I fatti costituiscono il punto di partenza del ragionamento giudiziale e dell'intera operazione interpretativo-applicativa.

La concretizzazione del diritto si realizza entro la circolarità del procedere giudiziale che implica l'orientamento del caso alla norma e della norma al caso. In questa prospettiva, anche il fatto va precompreso e ciò

⁸⁵ Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., pp. 58 ss., 67 ss., 114-123; G. Carlizzi, *Premesse di una teoria ermeneutica del giudizio giuridico*, in Omaggio, Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., pp. 129-169.

⁸⁶ Sui temi della prova giuridica e della conoscenza nel processo, nonché sul nesso tra dimensione pratica ed epistemologica operante nel giudizio giurisdizionale, affrontati a partire da una prospettiva ermeneutica, si rinvia a G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, seconda edizione, Giappichelli, Torino 2016.

⁸⁷ Cfr. B. Pastore, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in «Ars Interpretandi», II (2013), 1, pp. 75-76.

richiede una valutazione anticipata da sottoporre a controllo critico, ad una continua verifica, fino al momento in cui si realizza il convincimento conclusivo. Per giungere alla soluzione del caso va operata una equiparazione tra circostanze concrete e materiali giuridici sicché il loro significato sia colto reciprocamente e contemporaneamente. Non è possibile, allora, scindere nettamente le “questioni di fatto” dalle “questioni di diritto”. Entrambe confluiscono dialetticamente nella determinazione del senso entro la dinamica di un giudizio considerato in modo unitario.

Nel processo il giudice svolge un’attività conoscitiva diretta a ricostruire, a partire da certi accadimenti noti e con le informazioni raccolte, una situazione concreta verificatasi in precedenza e della quale egli non ha, né può avere, esperienza diretta. Si tratta di far ricomparire presente ciò che è passato; di far rivivere il passato e ripresentarlo al presente. Da questo punto di vista, si può dire che il processo ha un carattere eminentemente ermeneutico⁸⁸. Qui, infatti, si realizza una appropriazione di ciò che è estraneo e distante. L’evento è sottratto all’oscurità del passato e ricostruito nei suoi particolari concreti e nella sua rilevanza attuale al fine di una definizione normativa della situazione giuridicamente assunta come “caso”.

Gli eventi lasciano tracce e, in quanto elementi linguisticamente trasmessi, esigono per essere compresi una trasposizione che si concretizza in una mediazione, operata dall’interprete, del passato con il presente. Si aprono, pertanto, ad una pluralità di interpretazioni in virtù dell’opera di narrativizzazione, su di essi condotta, che conferisce loro senso. In tal modo si costituisce una rappresentazione. Giudicare significa prendere posizione nei confronti di questa rappresentazione. La prova esibisce gli eventi, li rende presenti. La narrazione “vera” è quella “provata”, ossia basata sulle prove che giustificano la sua scelta a preferenza di altre narrazioni possibili. Le narrazioni dei fatti si configurano come ipotesi

⁸⁸ Sulla dimensione ermeneutica del processo cfr. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 136 ss.

destinate a variare nel corso del processo, in ragione delle informazioni acquisite attraverso i mezzi di prova, e che sono sottoposte a verifica e a conferma. La ricostruzione del fatto avviene tramite l'accertamento della verità delle enunciazioni delle parti, che si svolge nella forma del contraddittorio. Accertare la verità dei fatti si pone come condizione necessaria della decisione giusta, non potendosi reputare tale un atto emanato su una base fattuale erronea o inattendibile⁸⁹.

Il giudizio giurisdizionale, in ragione della finitezza esistenziale umana, nasce dal riconoscimento dei limiti relativi alla possibilità di conoscere ciò che è stato. Avviene, pertanto, in condizioni di incertezza e ha un carattere costitutivamente fallibile. Emerge, dunque, la necessità di corroborarlo. L'attività probatoria svolge il compito fondamentale di convalidare il giudizio, garantendo che esso si basi su una conoscenza il più possibile precisa, pertinente, veritiera, condivisa perché controllata, delle circostanze che definiscono la situazione particolare in ordine alla quale è richiesta la valutazione giuridica e la conseguente scelta decisionale. Essa si esercita a partire dal (e richiede il) contributo dei soggetti in conflitto attraverso il loro coinvolgimento nel procedimento, nel quale vengono avanzate e confrontate le ragioni al fine della decisione⁹⁰. L'ambito giudiziario presenta, così, strutturalmente una dimensione dialogico-controversiale, comunicativa, che definisce quella verità che è pragmaticamente possibile conseguire e che fa emergere il suo carattere intersoggettivo e interpretativo. Su questo aspetto l'ermeneutica punta la propria attenzione. La verità si pone come pretesa di validità confermabile discorsivamente che articola l'intelligibilità, l'apertura di senso degli accadimenti. La questione del senso opera nelle situazioni di interlocuzione. Il luogo della problematica della verità, infatti, è il linguaggio, che non va visto come insieme atomistico di enunciati raffiguranti

⁸⁹ B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2015, pp.111-114.

⁹⁰ Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, cit., pp. 195-198.

stati di cose, bensì come discorso, come prassi di carattere sociale in cui si attua la comprensione e l'intendersi⁹¹. Non si dà, pertanto, esperienza di verità se non come atto interpretativo.

4. Le sfide dalla complessità

Nel panorama italiano, oltre che nel contesto internazionale, l'ermeneutica giuridica ha assunto un posto di rilievo e si è imposta come una importante corrente della filosofia del diritto contemporanea. Ha fornito strumenti concettuali utili per dar conto del configurarsi del diritto e molte delle sue acquisizioni sono state metabolizzate dai giuristi, diventando patrimonio comune del sapere giuridico⁹². Le trasformazioni del diritto e il riconoscimento della complessità propria del mondo sociale, però, richiedono un rinnovato impegno di analisi e di riflessione. Non può, allora, essere elusa la domanda relativa a quali indicazioni e quali stimoli può offrire oggi questo indirizzo di ricerca.

I più significativi tratti caratterizzanti lo scenario odierno possono, invero, essere visti nella coppia costituita dal binomio *destrutturazione/pluralismo*⁹³. Ci si riferisce, per un verso, ai fattori di crisi, di alterazione e di decostruzione interni ad un *corpus* giuridico una volta compatto e omogeneo; per l'altro, alla realtà del pluralismo culturale, che pone in primo piano la questione dei conflitti tra identità e appartenenze distinte ed eterogenee, insieme a quella relativa alla ricerca di regole comuni

⁹¹ Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 271 ss.; Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, cit., p. 88 ss.; G. Zaccaria, *Tra ermeneutica ed analitica: dal contrasto alla collaborazione*, in *Ermeneutica e filosofia analitica*, cit., p. 118 ss.

⁹² D. Canale, V. Velluzzi, *Introduzione*, in «Ars Interpretandi», IX (2020), 2, p. 7.

⁹³ G. Zaccaria, *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-diritto»*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R.E. Kostoris, il Mulino, Bologna 2016, p. 47 ss.; Id., *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., p. 140 ss.

che rendano possibile la convivenza tra diversi. Si tratta di sfide che aprono spazi al dispiegarsi di un approccio ermeneutico.

Da tempo sono in corso rilevanti mutamenti nell'universo giuridico⁹⁴. Da un lato, alla *semplicità* di un insieme normativo fondato sulla legge, perno di un sistema delle fonti caratterizzato dalla gerarchia, avente una sua geometria, punti sicuri, costituente un dato indiscusso per gli applicatori del diritto, si sostituisce la *complessità* delle regolamentazioni in ordinamenti destrutturati, caratterizzati da percorsi impressi da punti diversi, fluidi e variabili, con la presenza di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa. Tali dinamiche si ripercuotono sulla configurazione delle fonti. Le molteplici fonti interne si trovano a concorrere con fonti sovranazionali (si pensi alla penetrante incidenza del diritto dell'Unione europea) e con il diritto globale (ne è un esempio significativo la nuova *lex mercatoria*), entro una dinamica che manifesta la fine della pretesa di "esclusività-impenetrabilità" dell'ordinamento e che rende il diritto sempre più intricato a seguito della compresenza di più plessi normativi in interazione⁹⁵. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma

⁹⁴ Cfr. B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna 2017, pp. 279- 286.

⁹⁵ In effetti, la pluralità delle fonti all'interno di un ordinamento non può essere separata dalla pluralità degli ordinamenti che concorrono a strutturare lo scenario giuridico nel mondo contemporaneo. È da rimarcare, a tal proposito, la molteplicità dei livelli normativi in cui si muovono attori collocati "al di fuori" dello Stato nazionale. Il diritto globale presenta una varietà di regolazioni, provenienti da fonti e da regimi giuridici, dotati di differente e autonoma forza normativa, tendenti a collocarsi lungo assi diversi, che possono incrociarsi, comunicare, sovrapporsi, oppure procedere indipendentemente l'uno dall'altro. La globalizzazione giuridica sussiste, così, in modo frammentato. In questo contesto, dove coesistono sistemi di regolazione, aventi ognuno i propri momenti decisionali e operanti secondo relazioni e logiche diversificate, nascono e si sviluppano organi di risoluzione delle dispute, corti arbitrali, corpi di mediazione, che si affiancano o si sostituiscono alle corti nazionali, sovranazionali e internazionali ufficiali. La diffusione di organismi giudiziari e para-giudiziari – variamente collegati in una sorta di "dialogo tra corti" che procede attraverso convergenze, ma anche (e spesso) attraverso divergenze, dissensi, competizioni, conflitti – concorre

risultato di varie interrelazioni, di una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti.

La dimensione policentrica e frammentata del diritto odierno conduce a ridisegnare la configurazione delle fonti. Viene in evidenza, a questo proposito, la non esaustività di ogni loro classificazione e delle modalità di produzione. Appare estremamente difficile ricondurre le fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento formale di produzione. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete. Vi sono fonti “di fatto” che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Avviene, così, che il tradizionale schema gerarchico, tramontata la sua capacità prescrittiva, tende a dissolversi. Si ha a che fare con fonti *extra ordinem* (si consideri il *soft law*), non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione).

Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse (si tratta, appunto, delle fonti in senso materiale), rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica. L’universo giuridico, pertanto, assume una configurazione multipolare (si dovrebbe parlare, propriamente, di un “pluriverso”), di tipo orizzontale, reticolare, piuttosto che di tipo verticale, piramidale. Il diritto appare come insieme di modalità relazionali e organizzative, che “si fa” costantemente nell’intreccio delle interdipendenze, attraverso flussi ermeneutici generati dai diversi attori presenti, che operano in un’interazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso

a delineare il complesso paesaggio globale, nel quale assume una peculiare rilevanza il momento interpretativo. Ivi, pp. 296-312.

grado e intensità⁹⁶. Ciò implica una tessitura tra i materiali giuridici capace di individuarne i nessi significativi⁹⁷.

La positivizzazione, in quanto fattore costitutivo del diritto, si compie a partire dalle fonti, ma nessuna di esse è autosufficiente, né conclusiva, a prescindere dall'attività interpretativa, e ognuna di esse rileva solo nell'ottica generale della pratica giuridica. L'ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. Abbiamo a che fare con una continua e diffusa prassi ermeneutica, articolata a diversi livelli, da quelli "tecnici", riconosciuti dall'ordinamento, a quelli non-istituzionalizzati di coloro che esperiscono il diritto come valido e lo scelgono come ragione per agire e per decidere. I materiali giuridici, così, presentano diversi piani di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento "plurale" della positività. Il diritto si compone di fattori plurimi, variamente dislocati ai livelli della sua produzione, integrazione, ricostruzione, applicazione. Nell'ordinamento convivono plessi normativi, variamente articolati, che contribuiscono, in relazione ai concreti ambiti sociali e alle specificità regolative, alla prestazione volta ad orientare i comportamenti e a prendere decisioni. Nel perlustrare i modi e le forme odierne della giuridicità l'ermeneutica giuridica si muove sul terreno della caratterizzazione della *positività* del diritto⁹⁸, consistente in una serie articolata di operazioni di riconoscimento, in una diffusa prassi di accettazione e uso variamente articolata, in un insieme di attualizzazioni, connesse all'apertura di potenzialità che esso incorpora.

⁹⁶ Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 28-33; G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna 2022, pp. 20, 24-28.

⁹⁷ Vogliotti, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 279-282, 302; Viola, *Il diritto come arte della convivenza*, cit., pp. 60-61.

⁹⁸ Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., p. 139; Id., *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 221 ss., 228-231; Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 124-130.

Il diritto cresce attraverso il costante inserimento di materiali normativi e la loro determinazione progressiva, realizzata in sede interpretativo-applicativa. Da questo punto di vista – come la teoria ermeneutica del diritto evidenzia – la ricerca delle fonti diviene una questione interpretativa, che mette in campo un insopprimibile ambito di libertà dell'interprete, ma, nel contempo, richiede che essa si eserciti all'interno della pratica giuridica, nel rispetto del suo senso generale e dei suoi vincoli specifici⁹⁹.

Il pluralismo culturale, inteso come coesistenza, entro lo stesso spazio politico, di gruppi, diversi per lingua, etnia, religione, stili di vita, costumi, tradizioni, che intendono mantenere la loro distinta identità, rappresenta un'altra sfida, peraltro particolarmente propizia al dispiegarsi di un approccio ermeneutico. Tale forma di pluralismo rappresenta, per molti versi, una novità rispetto al passato ed è correlata alla complessità sociale, con i mutamenti che essa produce anche a livello teorico-esplicativo¹⁰⁰.

L'apertura nei riguardi delle altre culture e il loro riconoscimento implicano la ricerca di un dialogo tra mondi diversi e la loro intelligibilità, che si collocano al centro dell'impegno teso a fare i conti con la comprensione di ciò che è estraneo.

Fare i conti con il pluralismo richiede che sia prestata attenzione alle modalità attraverso le quali le decisioni vincolanti per i consociati possono risultare giustificate e accettabili, in uno spazio pubblico dove il

⁹⁹ Pastore, Viola, Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 317 ss. Si veda altresì Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 58; Id., *Dialogando sull'ermeneutica giuridica*, cit., pp. 126-127. In questa direzione si colloca la riflessione dell'ermeneutica giuridica italiana sul ruolo dei principi nel recupero della dimensione unitaria dell'impresa giuridica e nella custodia del suo senso, nell'ottica dell'esplicitazione delle linee portanti e dei punti di coordinamento ordinamentali. Cfr. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., spec. pp. 44-49; Zaccaria, *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-diritto»*, cit., pp. 54-56.; Id., *Postdiritto*, cit., pp. 224-226.

¹⁰⁰ Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 170-172.

rinvio a un insieme di valori condiviso e ad una cultura omogenea non è più in grado di esaurire la domanda di legittimazione di tali decisioni¹⁰¹. La questione si lega al tema della accettabilità intersoggettiva dei giudizi di valore in ambito giuridico, evitando derive relativistiche e scettiche¹⁰².

Nello scenario odierno si accrescono e si complicano le tensioni tra le categorie universalistiche costitutive della modernità giuridica e politica e le particolarità distintive culturalmente caratterizzate. Il pluralismo culturale sollecita a riflettere sui modelli e sulle concezioni del diritto idonei a gestire le tensioni che agitano la società, amministrando e governando il disaccordo¹⁰³. Al diritto si chiede di assicurare l'equilibrio, che trova realizzazione nella pratica interpretativo-applicativa.

La ricerca dell'equilibrio, in ambito pratico, presuppone un'attività intermediatrice. L'interpretazione si configura proprio come mediazione, esercitata su molteplici piani: nei confronti del contesto sociale e delle rappresentazioni in esso operanti; nei confronti del complesso ordinamentale, all'interno del quale si inseriscono i materiali normativi ai quali va ascritto un significato in relazione ai casi; nei confronti dei vari soggetti che interpretano, i quali interagiscono in situazioni conflittuali. Tramite l'attività interpretativa prende forma la normatività propria di un ordinamento giuridico, finalizzata ad affrontare e risolvere problemi di coordinazione, consentendo l'interazione tra estranei. Il riferimento all'equilibrio rimanda al rapporto costitutivo che lega il diritto al mondo sociale. In regimi pluralistici, implica che siano tracciate linee-guida per il trattamento delle diversità, tenendo conto delle varie motivazioni

¹⁰¹ B. Pastore, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, in «Ars Interpretandi», I (2012), 1, p. 43.

¹⁰² Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., p. 140. Sulla tematica dei valori, di particolare rilievo per la filosofia ermeneutica, cfr. F. Viola, *L'ermeneutica giuridica in cammino. Sulle orme di Giuseppe Zaccaria*, in *Ermeneutica e positività del diritto*, cit., pp. 111-114; Zaccaria, *Dialogando sull'ermeneutica giuridica*, cit., pp. 130-132.

¹⁰³ Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 188.

dell'azione, senza compromettere le specificità dei partecipanti al discorso pubblico¹⁰⁴. Il quadro di riferimento è rappresentato dallo Stato costituzionale, che ha il compito di custodire il pluralismo, mantenendo aperti i canali della comunicazione sociale, al fine di costruire un terreno di confronto nel quale sia possibile realizzare lo stare insieme tra diversi, essenziale per il mantenimento di una convivenza plurale e inclusiva, che è invero l'unica prospettiva non catastrofica possibile del nostro tempo¹⁰⁵. La ragionevolezza, intesa come atteggiamento diretto a partecipare a una cooperazione equa, rispettosa dell'altro come essere libero ed eguale, segnata dalla reciprocità, diventa una proprietà del pluralismo.

I conflitti connessi al pluralismo culturale si dislocano, il più delle volte, sul piano dell'interpretazione. Su tale pratica si concentra l'ermeneutica giuridica, confermando, nel tempo presente, l'impegno a dar conto delle modalità di attuazione del comprendere interpretativo, e a favorire, nello spazio pubblico, l'interazione comunicativa, l'avvicinamento tra orizzonti non comunicanti. Gioca un ruolo centrale, a questo riguardo, la nozione di "fusione degli orizzonti", che, riferita nella prospettiva gadameriana alle dimensioni temporali del passato, del presente e del futuro, assume una specifica salienza in relazione al dialogo tra culture¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Pastore, Viola, Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 47.

¹⁰⁵ Pastore, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, cit., p. 44.

¹⁰⁶ Per questa declinazione del concetto v. Ch. Taylor, *The Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton 1992; tr. it. di G. Rigamonti, *La politica del riconoscimento*, in Ch. Taylor, J. Habermas, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano 1998, pp. 55-62. Cfr., sul punto, E. Pariotti, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Giappichelli, Torino 1997, pp. 240-243; F. Viola, *Ermeneutica filosofica, pluralismo e diritto*, cit., pp. 4-8; Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., pp. 141-142; Pastore, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, cit., pp. 53-54.

Il pluralismo culturale è espressione di quella molteplicità irriducibile di voci, di quella umanità plurale e differenziata, rispetto alla quale assume rilevanza ermeneutica il problema dell'alterità. Diventa di primaria importanza l'impegno che nasce dalla percezione dell'estraneità altrui ed è volto a vincerla riconoscendosi in un mondo comune. Ciò richiede uno sforzo di traduzione attraverso lo sviluppo di vocabolari comparativi che rendano possibile il comprendere e l'accogliere il discorso dell'altro nella propria sfera di senso, entro un processo di apprendimento reciproco. La traduzione rappresenta l'attuazione esemplare dell'operatività propria del dialogo, che ci obbliga a una rielaborazione interna alla lingua per renderla disponibile all'eventualità di un senso "altro"¹⁰⁷.

La comprensione dialogica è sempre sospesa tra familiarità ed estraneità. Inizia inevitabilmente dai pregiudizi, dagli assunti, dalle griglie esperienziali degli interlocutori e richiede una apertura a idiomi poco familiari, cercando di collocarsi nella posizione degli altri per capire il loro punto di vista. La precomprensione, pertanto, va ritematizzata nella direzione di una sorveglianza critica sui preconetti e sui pregiudizi, implicante la disponibilità a modificare e correggere convinzioni e assunti di partenza, problematizzandoli in una costante verifica discorsiva.

Di fronte alle sfide della complessità sociale e giuridica odierna la riflessione ermeneutica può risultare preziosa. Essa, ponendo al suo centro l'idea di mediazione interpretativa, va intesa come modo di accostarsi ai problemi, come atteggiamento di indagine attento ai cambiamenti in atto nel diritto e nelle attività che lo articolano, al dialogo con tradizioni culturali diverse, alle prospettive altrui¹⁰⁸, orientato ad assicurare una convivenza civile giusta.

¹⁰⁷ Sul tema cfr. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, cit., pp. 147-148.

¹⁰⁸ G. Zaccaria, *Comprensione del diritto, non sul diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», IV (2015), 1, p. 120.

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 mossa 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.

ALICE, HUMPTY DUMPTY E LA PENALISTICA ITALIANA: OVVERO, UNA BREVE STORIA DELL'INTERPRETAZIONE LETTERALE DALL'ILLUMINISMO ALL'ERMENEUTICA GIURIDICA

Gianluca Gentile

Abstract

This essay takes the Enlightenment model as a starting point to investigate the evolution of penal thinking on the relationship between the letter and the spirit of the law. The result is that the distinction between prohibited analogy and permissible broad interpretation has been conceptualised in different ways, but not always with full theoretical awareness. More specifically, this essay focuses on the conception currently accepted by the dominant criminal doctrine and the Italian Constitutional Court, comparing it with the acquisitions of contemporary German legal hermeneutics.

Keywords

Analogy and Broad Interpretation; Formalist and Antiformalist Attitudes; Literal interpretation; Legal Hermeneutics.

1. Introduzione

In una delle tante avventure scaturite dalla fantasia di Lewis Carroll, la piccola Alice conversa con Humpty Dumpty, un bizzarro uovo antropomorfo che ha concluso il suo ragionamento sui regali di non-compleanno con l'espressione «Piglia su e porta a casa» (in originale, *There's glory for you*). Alla sconcertata Alice, che non capisce che cosa intenda Humpty Dumpty (*I don't know what do you mean by "glory"*), quest'ultimo risponde:

«Naturale...devo dirtelo io. Volevo dire, 'ecco un argomento che ti stende definitivamente'».

«Ma 'piglia su e porta a casa' non è proprio come dire 'ecco un argomento che ti stende'», obiettò Alice.

«Quando io uso una parola» disse Humpty Dumpty in tono alquanto sprezzante «questa significa esattamente quello che decido io... né più né meno».

«Bisogna vedere» disse Alice «se lei può dare tanti significati diversi alle parole».

«Bisogna vedere» disse Humpty Dumpty «chi è che comanda...è tutto qua»¹.

Mentre un filosofo del linguaggio dedicherebbe alla tesi di Humpty Dumpty l'attenzione che merita², la larga maggioranza dei penalisti contemporanei risponderebbe impulsivamente come Alice. Sul presupposto che le parole non abbiano uno spettro illimitato di significati, la Corte costituzionale ha potuto infatti affermare che il divieto di analogia

¹ L. Carroll, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*, McMillan, London 1872, tr. it. di M. D'Amico, *Alice nel paese delle meraviglie & Attraverso lo Specchio e Quello che Alice vi trovò*, BURextra, Milano 2010, p. 248, con un ricco apparato di note di Martin Gardner.

² Basti rinviare a D. Davidson, *James Joyce and Humpty Dumpty*, in «Midwest Studies in Philosophy» XVI (1991), p. 1 ss. Definisce *Attraverso lo specchio* «una delle maggiori opere filosofiche in lingua inglese», U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, in «Rivista di diritto processuale», XXVI (1971), 4, p. 566, e di seguito un'approfondita analisi del passo.

a sfavore del reo, ricavabile dall'art. 14 delle Preleggi, dall'art. 1 c.p. e dal principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.,

non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore³.

Ciò non esclude l'opportunità di un esame più approfondito, al fine di verificare se possa estendersi alla dottrina penalistica l'intuizione di Uberto Scarpelli secondo la quale il giurista che si confronta con i «segni comunicanti norme» non si identifica necessariamente in Alice o in Humpty Dumpty, essendoci tra le due figure un *continuum* che conosce «molte gradazioni e sfumature»⁴. A tal proposito, conviene prendere le mosse da quella «prospettiva culturale» incidentalmente richiamata dalla Corte costituzionale a proposito del primato del testo sull'interpretazione, e cioè l'illuminismo giuridico.

³ Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, in «Giurisprudenza costituzionale», LXVI (2021), 4, p. 1805, con nota di C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*.

⁴ Scarpelli, *Il metodo giuridico*, cit., p. 566.

2. Il paradigma illuminista

Quando la dottrina penalistica illustra la matrice storico-filosofica dell'art. 25 comma 2 Cost., i nomi più frequentemente invocati sono quelli di Charles de Montesquieu, di Cesare Beccaria e di Anselm Feuerbach⁵. Del primo si richiama quel celeberrimo capitolo dedicato al modello costituzionale inglese, che rappresenterebbe la concretizzazione storica degli stati che hanno per scopo diretto la libertà politica⁶. La caratteristica di questo paradigma è l'assegnazione del potere legislativo, di quello esecutivo e di quello giudiziario a tre soggetti distinti⁷, con la precisazione che il potere giudiziario andrebbe attribuito a organi temporanei composti da persone del popolo:

In questo modo, il potere giudiziario, così tremendo tra gli uomini, non essendo legato né a una determinata condizione, né a una determinata professione, diventa, per così dire, invisibile e nullo [...]. Ma, se i tribunali non devono essere fissi, i giudici devono esserlo a tal punto da non essere altro che un testo

⁵ G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Giuffrè, Milano 2001, p. 15 ss., con ampie citazioni testuali. Tra gli altri, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2019, p. XVII ss., p. 49 ss.; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, p. 24 ss. Per un quadro storico più articolato, M. Ronco, *Il principio di legalità*, in Id., *Scritti patavini*, Tomo I, Giappichelli, Torino 2017, p. 9 ss.; L. d'Alessandro, *Decisione del legislatore e interpretazione del giudice. Genealogia di un'utopia permanente*, Arte tipografica, Napoli 2009, p. 9 ss., con citazioni da Bentham, Dragonetti e Filangieri.

⁶ C. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), in Id., *Tutte le opere*, a cura e con un'introduzione di D. Felice, Bompiani, Milano 2014, p. 1219.

⁷ Invece, negli Stati dispotici «il principe può fungere egli stesso da giudice», mentre in quelli moderati il «monarca, che detiene i primi due poteri, lascia ai suoi sudditi il terzo», ossia il giudiziario (così Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., rispettivamente p. 1069 e p. 1221). Sul punto, D. Felice, *Introduzione*, in Montesquieu, *Opere complete*, cit., p. XCIII ss.; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, *, *Absolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, p. 277 ss.

preciso della legge. Se fossero un'opinione particolare del giudice, si vivrebbe nella società senza sapere esattamente gli impegni che vi si contraggono⁸.

Il principio della separazione tra il potere legislativo e quello giudiziario incontra però alcune eccezioni, ad esempio quando la legge è troppo severa. In questi casi, dato che i giudici sono soltanto «la bocca della legge, esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza, né il rigore», spetterebbe a quella parte del potere legislativo composta dai nobili «moderare la legge in favore della legge stessa, pronunciandosi meno severamente di essa»⁹.

Dichiarando di seguire le «tracce luminose» dell'«immortale Presidente di Montesquieu», Cesare Beccaria in realtà ne rielabora l'impostazione alla luce delle sue premesse contrattualistiche ed utilitaristiche¹⁰. Posto che il diritto di punire si fonda sullo scopo di tutelare, nei limiti dello stretto necessario, quel deposito delle singole porzioni di libertà che ogni cittadino ha ceduto alla sovranità della nazione, ne deriva che spetta esclusivamente al «depositario delle attuali volontà di tutti» il compito di emanare le leggi penali e di interpretarle¹¹. Infatti, un

⁸ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 1223. Osserva G. Cocco, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in Id. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Wolter Kluwers-Cedam, San Giuliano Milanese 2016, p. 11, che il riferimento al *common law* dovrebbe implicare che Montesquieu non pensasse a giudici-automi. Tuttavia, ritiene che il modello di Montesquieu non corrisponda all'assetto istituzionale inglese dell'epoca, G. Rebuffa, *Le radici della Costituzione inglese*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVI (2006), 2, p. 331 ss.

⁹ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 1233.

¹⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di G. Francioni, Medio-banca, Milano 1984, p. 25. Sul tema, L. Ferrajoli, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica» XLV (2015), 1, p. 139 ss.; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Beccaria*, Editoriale scientifica, Napoli 2021, p. 11 ss.

¹¹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 4, p. 36. I medesimi concetti si ritrovano in P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi* (inizialmente in *Il caffè, o sia brevi e vari*

«codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi alla legge scritta», sulla base di

un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito delle leggi. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni [...]. Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie¹².

Infine, Anselm Feuerbach è ricordato per la paternità dei brocardi *nulla poena sine lege* e *nullum crimen sine poena legali*¹³, e più sostanzialmente per la sua articolata ricostruzione giuridico-penale del principio di legalità: da un lato, una legge penale antecedente alla commissione del fatto è una condizione essenziale affinché la sanzione penale possa esercitare sui consociati quella coazione psicologica funzionale a scongiurare la realizzazione dei reati¹⁴; dall'altro, Feuerbach insiste sull'esigenza di garantire il potere sovrano del legislatore e di contenere

discorsi già distribuiti in fogli periodici, Tomo secondo, Pizzolato, Venezia 1776, p. 378 ss.), in Id., *Scritti vari di Pietro Verri ordinati da Giulio Carcano e preceduti da un saggio civile sopra l'autore per Vincenzo Salvagnoli*, Le Monnier, Firenze 1854, p. 165 ss.

¹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 4, p. 36 e p. 38.

¹³ M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano 1970, p. 450 ss.

¹⁴ P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Tasche, Chemniz 1799, p. 49; P.J.A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeines in Deutschland gültigen peinliches Recht*, Heyer, Giessen 1801, p. 16 (e in termini ancora più chiari nell'edizione del 1805, p. 17 ss.).

l'arbitrio dei giudici¹⁵, pur assumendo in materia di interpretazione una posizione «meno radicale rispetto a Montesquieu e Beccaria»¹⁶.

3. L'interpretazione della legge penale nella dottrina ottocentesca

Si potrà senz'altro osservare che la vulgata penalistica ha semplificato un quadro molto più problematico, ad esempio non considerando che ad avviso dello stesso Montesquieu il giudice degli stati monarchici segue la legge là dove essa è precisa, ma «là dove non lo è, ne ricerca lo spirito»¹⁷ (ed è oggetto di dibattito se il Presidente prediligesse il modello monarchico o quello repubblicano)¹⁸; oppure che Beccaria non era un giurista, anzi avrebbe liquidato volentieri la categoria¹⁹, tanto da

¹⁵ P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. II, Tasche, Chemnitz 1800, pp. 24-25.

¹⁶ Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 19. In effetti, P.J.A. Feuerbach, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, vol. II, Tasche und Müller, Giessen 1802, p. 19 ss., si proponeva di mediare tra la posizione di Beccaria e quella di chi avrebbe voluto concedere al giudice un «diritto all'interpretazione senza confini». Se poi vi sia riuscito, è oggetto di dibattito: cfr. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, cit., p. 369 ss., p. 458 ss.; W. Naucke, *Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstags am 14 November 1975*, in «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» LXXXVII (1975), 4, p. 882 ss.

¹⁷ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 1063.

¹⁸ A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 2, Giuffrè, Milano 2005, p. 118. A seconda degli Autori, Montesquieu preferirebbe la monarchia (N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 1976, p. 145), oppure sarebbe un relativista (Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 458) o ancora un alfiere del garantismo penale (M.A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Esi, Napoli 2000; D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016).

¹⁹ Cfr. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 14, p. 59 («Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza!»). Sul punto, M. Barberis, *Cosa resta del sillo-*

affermare che «è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione»²⁰; o ancora che, secondo alcuni, Feuerbach avrebbe prestato più attenzione alla radice teleologica del principio di legalità, e cioè al suo rapporto funzionale con le esigenze della prevenzione generale mediante intimidazione, che non alla dimensione politico-garantista²¹.

Ad ogni modo, il penalista italiano potrà anche rappresentarsi un'immagine mitologica dell'illuminismo giuridico, ma non mi pare abbia mai totalmente rinunciato alla «fatale licenza di ragionare», assumendo «quell'atteggiamento di acre ostilità verso l'interpretazione – ogni interpretazione che non sia quella autentica – efficacemente espresso da Cesare Beccaria in pagine memorabili»²². Di certo, non si è mai trattato della *communis opinio*²³.

gismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLII (2012), 1, p. 164 ss.

²⁰ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 14, p. 59, il quale riprende da Montequieu l'idea di avvalersi di giudici non professionisti.

²¹ Ritiene che, nonostante le sue ascendenze kantiane, Feuerbach non sia riuscito a conciliare l'anima funzionale della legalità con quella garantistica, W. Naucke, *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit, dargestellt an den lehre J.P.A. Feuerbach (1775-1832)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), Tomo I, p. 334 ss. Diversamente, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli 1992, p. 52; nonché naturalmente Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, cit., p. 446 ss.

²² P. Grossi, *Codice: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Giuffrè, Milano 2002, p. 593, riferendosi al «giurista europeo continentale». Rivolge al «penalista moderno» l'appellativo di «candido erede di Beccaria», P. Grossi, *Tra fatto e diritto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVIII (2009), Tomo II, p. 1901, pur precisando che «la sacrosanta diffidenza verso l'assillo legalistico moderno» andrebbe «rettificata nello specifico terreno del diritto penale».

²³ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. III, Canovetti, Lucca 1889, § 890 in nota, p. 166, riferisce (senza citare la fonte) che il Giuriati avrebbe «sostenuto esser meglio che la legge sanzioni il sistema d'interpretazione *letterale* anzi

La nostra dottrina ottocentesca sapeva bene che «in qualsivoglia sistema legislativo non è fenomeno straordinario il silenzio, oppure il dubbio, o la oscurità della legge», e che lo strumento per risolvere questi problemi fosse «l'arte ermeneutica legale»²⁴. Se negli altri ambiti del diritto le regole generali in materia di interpretazione prescrivevano innanzitutto di determinare il significato delle parole (interpretazione grammaticale), e in subordine di individuare lo spirito della legge (interpretazione logica o razionale), nel diritto penale il secondo criterio poteva operare solo in chiave restrittiva, e cioè a favore dell'imputato²⁵.

Lasciamo la parola a Enrico Pessina, che su questo punto prendeva rispettosamente le distanze da Beccaria e da Montesquieu:

noi crediamo che il principio della interpretazione razionale non voglia esser posto da banda quando trattandosi di dubbio ed oscurità della legge si concilii col favore dell'umanità; di maniera che il giudice risalendo allo spirito della legge dee piuttosto migliorare la condizione dei giudicabili. *Interpretatione poenae potius molliendae quam exasperandae*²⁶.

che quello *razionale*». Tuttavia, nell'unico riscontro che sono riuscito a rintracciare, e cioè D. Giuriati, *Arte forense*, Roux e Favale, Torino 1878, p. 93 e p. 272, l'A. non sembra prendere una posizione così netta, anzi le sue affermazioni furono intese nel senso della preferenza per l'interpretazione secondo lo spirito della legge: così F. Forlani, *Dell'arte forense. Lettere dell'avv. F. Forlani all'avv. Carlo (sic: in realtà Domenico) Giuriati*, Vallardi, Napoli e altre 1883, p. 13.

²⁴ L. Zuppetta, *Corso completo di diritto penale comparato*, Parte prima, *Metafisica della scienza delle leggi penali*, vol. I, *Degnità*, Fratelli Testa, Napoli 1868, p. 83.

²⁵ G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, Mancini, Macerata 1856, p. 660 ss.; G. Tolomei, *Diritto e procedura penale esposta analiticamente ai suoi studenti*, Sacchetto, Padova 1874, p. 191 ss., che sintetizza quanto esposto in G. Tolomei, *Diritto penale. Elementi e studii proposti ai suoi scolari sui punti fondamentali della scienza e della legislazione avuto specialmente riguardo al codice penale austriaco e le sue novelle vigenti nelle provincie lombardo-venete*, Bianchi, Padova 1863, p. 64 ss., e qui osservazioni (per l'epoca) più eterodosse sull'analogia e sull'interpretazione estensiva.

²⁶ E. Pessina, *Trattato di penalità generale secondo le leggi delle Due Sicilie*, Stabilimento tipografico dei classici italiani, Napoli 1858, p. 8; E. Pessina, *Elementi di*

Al contrario, dal momento «la legge penale è un'eccezione alla regola generale, che è la libertà dell'uomo», e non ha «ragione di essere se non nei limiti della sola necessità»²⁷, nessuno spazio era concesso all'interpretazione logica sfavorevole al reo, né tantomeno all'analogia *in malam partem*: era pertanto vietato estendere la punibilità argomentando sulla scorta di disposizioni dettate per casi simili a quelli non espressamente disciplinati (analogia legale) o ricorrendo ai principi generali del diritto (analogia giuridica)²⁸.

Un contributo importante alla sistematizzazione della materia fu fornito da Francesco Carrara, che da un lato distinse chiaramente le disposizioni incriminatrici da quelle rivolte a «minorare la imputazione o a diminuire la pena nei reati»²⁹, dall'altro individuò nell'*in dubio pro reo* il criterio per regolare i rapporti tra l'interpretazione letterale e quella logica.

Spiegava Carrara:

Qual'è il vero scopo per cui si fanno le leggi? Non è già quello solo di *regolare i fatti dei giudici*, ma innanzi tutto è quello di *regolare i fatti dei cittadini*. I cittadini non essendo giuristi non possono regolarsi che secondo la lettera nei

diritto penale, Marghieri, Napoli 1880, p. 79 ss., e qui la traduzione del sillogismo di Beccaria in questi termini: «la lettera della legge debbe essere la condizione *sine qua non* della incriminazione».

²⁷ T. Canonico, *Del reato e della pena in genere. Memorie dalle lezioni*, Unione tipografica editrice, Torino 1872, p. 90. Cfr. anche F. Puglia, *Manuale teorico-pratico di Diritto penale secondo il codice vigente*, Tocco, Napoli 1895, p. 20.

²⁸ F.A. Mori, *Teorica del codice penale toscano*, Stamperia delle Murate, Firenze 1854, p. 6 nota 1; B. Paoli, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, Libro primo, *Parte generale*, Niccolai, Firenze 1884, p. 4 ss.

²⁹ F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Bocca, Roma e altre 1874, p. 109. Cfr. E. Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, Candeletti, Torino 1888, p. 316 ss.

fatti loro: il giudice essendo giureconsulto deve moderare secondo lo spirito il fatto suo che è quello di irrogare la pena³⁰.

Pertanto, l'interpretazione logica avrebbe dovuto prevalere su quella letterale se più favorevole al reo, e cioè: a) per estendere una «disposizione escusante» a un caso non espressamente previsto, ma presidiato dalla medesima *ratio*³¹; b) per circoscrivere l'ambito di una figura di reato, quando il fatto da giudicare fosse stato «apparentemente compreso nella lettera», ma non nello spirito della legge³². Viceversa, avrebbe dovuto preferirsi l'interpretazione letterale qualora il fatto fosse stato riconducibile allo spirito, ma non alla lettera della legge incriminatrice³³. Da qui la massima che sarà citata negli anni a venire: «Per analogia non si può estendere la pena da caso a caso; per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa»³⁴.

³⁰ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. III, cit., § 890 in nota, p. 167.

³¹ Ad esempio, gli art. 499 c.p. sardo (1859) e 290 c. p. toscano 1853, che prevedevano (*sic!*) una notevole diminuzione di pena per i casi di stupro violento e ratto violento realizzati ai danni di una «meretrice», si sarebbero dovuti applicare anche alle donne non registrate come prostitute ai sensi della legge di polizia (la disposizione sarà riprodotta nell'art. 350 c.p. 1889); l'art. 560 n. 1 c. p. sardo 1859, che escludeva la punibilità del reato di omicidio commesso «nell'atto di respingere di notte tempo la scalata di recinti abitati o dipendenti da luogo abitato», si sarebbe dovuto interpretare prescindendo dal dettato dell'art. 619 c.p. sardo 1859, che prevedeva ai fini della configurabilità del furto qualificato una definizione molto precisa di scalata (per entrambi gli esempi, F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 110 e p. 115).

³² F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. III, cit., § 889, p. 165.

³³ Ad esempio, muovendo dall'assunto che l'amputazione dei genitali costituisce castrazione e non evirazione, sarebbe stato inapplicabile l'art. 552 c. p. sardo 1859, che parlava esclusivamente di evirazione (F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 109).

³⁴ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. III, cit., § 890 in nota, p. 167.

Lo stesso Carrara dedicava però parole sferzanti contro coloro che, enfaticando oltre il dovuto il limite dell'interpretazione letterale in virtù del «troppo celebre argomento logico, *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*», confondevano con l'analogia la «suprema regola di logica che *nel genere si comprende ogni specie* appartenente a quel genere *quando non se ne trovi esclusa* per aperta disposizione contraria»:

Per analogia si vuole punire quando la legge che contempla una *specie* si vuole estendere ad altra *specie* diversa; o quando la legge che colpisce il *genere* vuolsi ad altro *genere* diverso applicare. Ma quando il precetto dettato per il genere si applica alla *specie* naturalmente appartenente al *genere* contemplato, non si punisce, no, per *ragione di analogia*, ma per *ragione di contenuto*: lo che è logico e doveroso³⁵.

Per fare un esempio, mentre l'art. 541 c.p. sardo 1859 disponeva che le «ferite e le percosse volontarie per cui segua la morte entro i quaranta giorni immediatamente successivi al reato sono agguagliate all'omicidio e punite colle pene corrispondenti», l'art. 589 disciplinava espressamente il caso dell'omicidio commesso in duello, senza menzionare l'ipotesi delle lesioni equiparate all'omicidio: in casi come questi, parte della dottrina suggeriva con prudenza l'opzione dell'analogia legale (oggi parleremmo piuttosto di interpretazione sistematica), per non comportarsi come quel tribunale inglese che aveva assolto dal reato di bigamia un uomo sposatosi tre volte³⁶.

³⁵ F. Carrara, *Delle ingiurie ai defunti*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Giusti, Pisa 1874, p. 602.

³⁶ T. Canonico, *Del reato e della pena in genere*, cit., p. 91. L'esempio della bigamia si trova già in P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, cit., p. 164, il quale difendeva a spada tratta la decisione del tribunale inglese che avrebbe assolto dal reato di bigamia un uomo che si era sposato cinque volte. Il caso delle tre mogli è tuttavia ritenuto apocrifo da G. Carmignani, *Juris Criminalis Elementa*, vol. II, Nistri, Pisa 1834, § 1179 nota 5, p. 189 (tr. it. di F. Caruana Dingli, *Elementi di diritto criminale*, Sanvito, Milano 1863, § 1179 nota 1, p. 435) e dal suo celebre allievo F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. III, Giusti, Lucca 1873,

Si arrivò così al codice Zanardelli del 1889, che si apriva (al pari del codice attualmente vigente) con una solenne enunciazione del principio di legalità: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

Alcuni commentatori riconobbero nell'avverbio «espressamente» la conferma di quanto già stabilito dall'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865, ai sensi del quale le «leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi», e lo intesero nei termini di una codificazione di «quel principio razionale, universalmente ricevuto, che cioè nelle materie penali non è lecito di attribuire né per analogia né per interpretazione estensiva la natura di reato ad azioni, che la legge non abbia chiaramente ed espressamente dichiarate tali»³⁷.

Allo stesso tempo, si ammise che Beccaria era andato troppo oltre nella sua giusta battaglia contro l'arbitrio giudiziario, perché escludere «del tutto l'interpretazione, sarebbe in molti casi escludere la legge»³⁸: da qui la necessità di utilizzare il criterio letterale e in seconda battuta quello logico, scegliendo in caso di dubbio sullo spirito della legge l'interpretazione più favorevole al reo³⁹.

§ 1937 nota 1, p. 454 ss.; F. Carrara, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874*, Canovetti, Pisa 1878, p. 233 nota 1, i quali spiegano che le ragioni dell'assoluzione furono molto più complesse.

³⁷ C. Giachetti, *Dei reati e delle pene in generale secondo il codice penale italiano del 30 giugno 1889*, vol. I, Bruscoli, Firenze 1889, p. 62. Cfr. L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze 1895, p. 81. Di massima «riconosciuta universalmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza» parlerà (non del tutto a ragione: cfr. § 4) ancora L. Majno, *Commento al codice penale italiano*, Utet, Roma e altre 1922, p. 1.

³⁸ T. Canonico, *Del reato e della pena in genere*, cit., p. 90, ripreso da C. Giachetti, *Dei reati e delle pene in generale*, cit., p. 65.

³⁹ G. Crivellari, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, vol. I, Unione tipografica, Roma, Torino, Napoli 1890, p. 24.

Non ebbe invece seguito, neppure tra i seguaci del positivismo criminologico, la proposta di Enrico Ferri, secondo il quale la legge andava interpretata in funzione del tipo di delinquente da giudicare⁴⁰, e quindi in modo mite («*sia pure adducendo una ratio legis più o meno sussistente*») nei confronti dei delinquenti d'occasione o per passione, alla lettera nei confronti dei delinquenti nati, pazzi o abituali⁴¹.

4. L'interpretazione secondo il tecnicismo giuridico

A dire il vero, il divieto di avvalersi dell'interpretazione logica *in malam partem* non era così «universalmente ricevuto», tant'è che già il Carmignani aveva incidentalmente ritenuto ammissibile l'interpretazione estensiva quando il caso controverso fosse stato ricompreso nello spirito, ma non nella lettera della legge, purché le parole non fossero così oscure da richiedere l'intervento del legislatore⁴².

Lo spunto fu ripreso da Emilio Brusa, il quale invitava l'interprete a non guardare «alla sola lettera, ma altresì al pensiero che va al di là di essa» ogni qual volta fosse stato possibile ricavare «il *di più* volutosi esprimere dal legislatore, ma non espresso da quella locuzione ristretta che egli usò»⁴³.

Tuttavia, il superamento della concezione liberale si realizzò senza un dibattito vero e proprio a partire dagli inizi del XX secolo. Nello stesso arco di tempo in cui Alfredo Rocco descriveva l'attività dei giu-

⁴⁰ E. Ferri, *Rigorismo penale e scuola positiva*, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale» III (1893), 1, pp. 111-112.

⁴¹ E. Ferri, *Interpretazione della legge e Scuola positiva*, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale» III (1893), 1, p. 161.

⁴² G. Carmignani, *Juris Criminalis Elementa*, vol. I, Nistri, Pisa 1833, § 685, p. 250 (tr. it. di F. Caruana Dingli, *Elementi di diritto criminale*, cit., p. 250).

⁴³ E. Brusa, *Analogia nell'interpretazione della legge penale. Efficacia nel tempo e nello spazio*, in «Il Filangieri», XIV (1889), Parte I, p. 92.; E. Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, cit., pp. 355-356.

dici nei termini di una «pura operazione logica»⁴⁴, il fratello Arturo si esprimeva così nella celebre prolusione sassarese del 1910, considerata il manifesto del tecnicismo giuridico:

Si è creduto che il divieto sancito dall'art. 4 delle disposizioni preliminari e dall'art. 1° del codice penale, di estendere le leggi penali oltre i casi in esse espressi, tagliasse addirittura le mani all'interprete che si appresta a cogliere l'intima portata del dettato legislativo penale; e così l'interpretazione si ridusse spesso a un automatismo meccanico e gretto consistente nel vedere, col vocabolario alla mano, se le ipotesi letteralmente e strettissimamente previste dal legislatore penale si fossero nel fatto verificate. Gravissimo errore. Il divieto in parola non esclude, anzi include e presuppone davanti a sé l'interpretazione *logica*, e non soltanto grammaticale, della norma legislativa [...]. L'interpretazione di cui parliamo può essere non soltanto *restrittiva*, ma anche *estensiva* e *modificativa* [...]. Ciò che nelle materie penali viene interdetto all'interprete non è già l'interpretazione *estensiva* della norma legislativa, bensì soltanto l'interpretazione *analogica*⁴⁵.

Si delinea così uno schema argomentativo che chiameremo concezione tecnicistica⁴⁶: mentre l'interpretazione estensiva riguarderebbe i casi che non sono contemplati dalla lettera della disposizione legislativa, ma che dovrebbero rientrarvi alla luce della volontà del legislatore, l'a-

⁴⁴ Alfredo Rocco, *La sentenza civile. Studi*, Bocca, Torino 1906, p. 34. Sul dibattito che ne seguì, C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Giuffrè, Milano 2012, p. 61 ss.

⁴⁵ Arturo Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, I (1910), p. 563, disponibile anche nella ristampa anastatica contenuta in S. Seminara, *Prefazione ad Arturo Rocco. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, a cura di M. del Tufo, G. Gentile, Editoriale scientifica, Napoli 2020.

⁴⁶ Sulla scorta di uno spunto di G. Vassalli, *Limiti del divieto di analogia in materia penale (norme ordinarie e norme eccezionali)*, Giuffrè, Milano 1942, p. 2 in nota, il quale riconosce alla scuola tecnico-giuridica, oltre che alla civilistica, il «merito» del superamento della concezione liberale. Beninteso, questa idea di base conoscerà numerose varianti ad opera di studiosi in nessun modo riconducibili al tecnicismo.

nalogia presupporrebbe l'assenza di una precisa disposizione di legge, sia pure interpretata estensivamente⁴⁷.

La prolusione sassarese toccava però un tasto dolente per il penalista, e cioè che la dottrina dell'interpretazione era stata elaborata «principalmente, se non esclusivamente, dai cultori del diritto privato e ai fini del diritto privato», e richiedeva pertanto una «revisione critica fondamentale»⁴⁸.

A tal proposito, Rocco diede il suo contributo nell'*opus magnum* sull'oggetto giuridico del reato, cercando di dare concretezza al criterio logico attraverso lo strumento del bene giuridico: la volontà del legislatore fu infatti identificata nello scopo di tutela perseguito da ogni singola fattispecie di reato, che è quello di tutelare giuridicamente beni individuali o collettivi dalle condotte che li offendono nella forma del danno o del pericolo di danno; tali beni andrebbero individuati in base agli elementi costitutivi di ogni singolo reato attraverso un sottile lavoro di analisi e insieme di sintesi certo impegnativo, ma allo stesso tempo essenziale per l'applicazione pratica del diritto penale⁴⁹.

Nel frattempo, la penalistica aveva cominciato a confrontarsi (seppure criticamente) con le nuove proposte metodologiche che animavano il

⁴⁷ Così, Arturo Rocco, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, Torino, Milano, Roma 1913, p. 549 ss. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 563, si limita a citare il civilista F. Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Jovene, Napoli 1904, p. 141 (cfr. anche l'ultima edizione del 1917, p. 146), ad avviso del quale nell'interpretazione estensiva «si riconosce che la norma si contiene espressa nella legge, ma che solo le parole non ne adeguano l'estensione: nell'analogia invece si riconosce che la norma per il caso non vi è, ma che se la legge avesse data una norma per esso, avrebbe dettata quella stessa norma che si ha per il caso simile previsto». Analogamente, E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Barbera, Firenze 1888, p. 24, secondo cui «a differenza dell'interpretazione estensiva, che estende soltanto le parole della legge» l'analogia ne estenderebbe «il pensiero».

⁴⁸ Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 563.

⁴⁹ Rocco, *L'oggetto giuridico del reato*, cit., p. 479 ss., p. 580 ss.

dibattito dottrinale, dal criterio storico-evolutivo alla scuola del diritto libero⁵⁰.

Se la reazione a queste posizioni fu generalmente assai cauta nel primo caso⁵¹, decisamente critica nel secondo⁵², una voce fuori dal coro fu rappresentata da Eduardo Massari, che nel 1913 sottolineava il carattere creativo dell'interpretazione giudiziaria⁵³, parlava dell'insufficienza degli elementi letterali nell'individuazione della norma applicabile e arrivava a mettere in discussione il divieto di analogia in materia penale⁵⁴.

Al di là di queste eccezioni, il dibattito metodologico si attestò su posizioni molto più tradizionali anche dopo l'emanazione del codice penale del 1930, trovando la sua sistematizzazione nella monografia di Girolamo Bellavista sull'interpretazione della legge penale⁵⁵.

⁵⁰ Una ricca esposizione nell'opera del civilista F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli 1909, p. 160 ss., p. 268 ss. (sull'interpretazione estensiva in diritto penale).

⁵¹ B. Alimena, *Principi di diritto penale*, vol. I, Pierro, Napoli 1911, p. 214; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Bocca, Torino 1908, p. 203.

⁵² B. Alimena, *Principi*, cit., p. 210; B. Franchi, Recensione a *Hermann U. Kantorowicz. La lotta per la scienza del diritto – Traduzione, prefazione e note del giudice R. Majnetti*, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale», XIX (Serie II-VIII) (1909), 9, p. 551 ss.

⁵³ E. Massari, *La norma penale*, Cavotta, S. Maria C.V. 1913, p. 21 ss. Riserve sulla natura creativa della giurisprudenza nella recensione di G. Battaglini, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale», XXIII (Serie III-IV) (1913), 1, p. 390 ss.

⁵⁴ Massari, *La norma penale*, cit., p. 19 ss., p. 134 ss., e qui un'affermazione che sembra anticipare una delle tesi fondamentali dell'ermeneutica giuridica, quella del carattere tipologico delle fattispecie (cfr. § 6): poiché «la liceità e l'illiceità giuridica sono ordini di dimensioni mobili, il legislatore deve, d'ordinario, contentarsi di fissare soltanto i caratteri più generali e meno incostanti dei rapporti, che intende di regolare. Le leggi, quindi, si producono in categorie, che, mentre mal riescono a definire un contenuto mutabile, sono, spesso, insufficienti a qualificar il caso concreto». Un approccio più tradizionale in E. Massari, *Le dottrine generali del diritto penale*, Jovene, Napoli 1930, p. 22 ss.

⁵⁵ G. Bellavista, *L'interpretazione della legge penale* (1936), Ristampa inalterata, Giuffrè, Milano 1975.

Tra le varie acquisizioni che trovarono conferma, dal carattere conoscitivo dell'attività giudiziale⁵⁶ al binomio tra il criterio letterale e quello logico (all'interno del quale rientravano anche considerazioni storiche, teleologiche, sociali e politiche⁵⁷), c'è anche la concezione tecnicistica dell'interpretazione estensiva, sicché per rispettare la volontà legislativa sarebbe doveroso manipolare un termine che ha «un *solo* significato, un *solo* senso, è *senza* sinonimi, è chiaro come la luce del sole»⁵⁸.

5. Formalismo e antiformalismo nella penalistica del XX secolo

Con l'entrata in vigore dell'attuale art. 14 delle disposizioni preliminari al c.c. 1942, che vieta l'applicazione (e non più l'estensione, come il previgente art. 4 disp. prel. c.c. 1865) delle leggi penali e di quelle eccezionali oltre i casi e i tempi in esse considerati, la questione della legittimità dell'interpretazione estensiva *in malam partem* sembrò chiusa⁵⁹ e il dibattito si concentrò sul divieto di analogia e sull'opportunità di seguire l'esempio del legislatore nazista, che nel 1935 lo aveva abolito⁶⁰.

⁵⁶ A favore del carattere creativo, G. Maggiore, *L'interpretazione della legge come atto creativo*, Ergon, Palermo 1914; E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Duncker & Humblot, München-Leibniz 1933, tr. it. di F. Mandalari, *Diritto penale*, Cedam, Padova 1935, p. 102 ss.

⁵⁷ Bellavista, *L'interpretazione della legge penale*, cit., p. 56 ss. Cfr. A. De Marzio, *Diritto penale. Parte generale* (1937), Ristampa, Jovene, Napoli 1969, p. 35; F. Grispigni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Cedam, Padova 1932, p. 338 ss.

⁵⁸ Bellavista, *L'interpretazione della legge penale*, cit., p. 95.

⁵⁹ G. Vassalli, *Limiti del divieto di analogia in materia*, cit., p. 1 ss.

⁶⁰ Per tutti, P. Nuvolone, *La riforma del § 2 del Codice penale germanico* (1938), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova 1969, p. 1 ss.; G. Vassalli, *La giurisprudenza penale germanica in materia di analogia. Applicazioni e proposte di applicazione del § 2 del codice penale del Reich*, in «Rivista di diritto penitenziario», VIII (1937), 5, p. 907 ss.

Non mancarono però approcci di respiro più ampio. Ci si riferisce in particolare al c.d. realismo giuridico di Francesco Antolisei e al metodo teleologico di Giuseppe Bettiol, entrambi profondi conoscitori del dibattito antiformalistico, ma soprattutto autori di manuali che avrebbero formato generazioni di penalisti⁶¹.

A dire il vero, il realismo di Antolisei fu inizialmente declinato in funzione dei nuovi assetti politici dello stato autoritario, per poi essere successivamente depurato dalle tesi più ideologicamente compromesse⁶². La critica all'idolatria della lettera della legge e alle categorie astratte, la riflessione sull'indissolubile connessione tra il diritto e la realtà sociale, l'assunto che la conoscenza del fatto regolato dalla norma è indispensabile per accertarne la *ratio*, il riconoscimento del ruolo dei giudizi di valore nelle pratiche interpretative e nelle concettualizzazioni dei giuristi, si univa all'affermazione che «l'indirizzo formalistico» fosse al servizio dell'ideologica liberale, e quindi non avesse una validità storica incondizionata⁶³.

Pertanto, in uno stato autoritario il tema dei rapporti tra legge e giudice andava ripensato:

⁶¹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Giuffrè, Milano 2003, dalla quale cito (prima ed. 1948); G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 1982, dalla quale cito (prima ed. Priulla, Palermo 1945; ultima ed. con alcune modifiche ad opera del coautore: G. Bettiol, L. Pettoello-Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 1986).

⁶² F. Antolisei, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», IX (1937), 2, p. 121 ss., ripubblicato in forma aggiornata con il titolo *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in Id., *Problemi penali odierni*, Giuffrè, Milano 1940, p. 1 ss., e successivamente con il titolo originario, ma con alcune significative omissioni, in Id., *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano 1955, p. 3 ss. In sintesi F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 38 ss.

⁶³ Antolisei, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, cit., p. 34. Si tratta di un paragrafo intitolato *Lo sfondo storico del formalismo* che non è stato riprodotto negli *Scritti di diritto penale*.

Il giudice nello Stato odierno, lungi dall'essere, come volevano i teorici dell'illuminismo, una specie di macchina logica, va considerato come un organo vivente dello Stato, organo che per necessità di cose – data l'astrattezza e la genericità delle norme penali – ha il compito di continuare, con giudizi valutativi, l'opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero⁶⁴.

A tal proposito, Antolisei osservava che l'evoluzione della politica legislativa andava nel senso dell'incremento degli spazi di discrezionalità del giudice, non solo sul piano della commisurazione della pena in senso lato⁶⁵, ma anche su quello dell'interpretazione delle fattispecie, spesso formulate in termini generali (ad es, i reati di vilipendio; l'art. 588 c.p., che incrimina «chiunque partecipa a una rissa»; l'aggravante della premeditazione, ecc.): tutto ciò smentiva la tesi del carattere conoscitivo dell'interpretazione e metteva in discussione lo schema del sillogismo giudiziario⁶⁶, portando alla conclusione che il giudice non crea il diritto, «ma *concorre* alla creazione di esso, *integrando*, ove occorra, i comandi legali»⁶⁷.

⁶⁴ Ivi, p. 56. Anche in questo caso, il paragrafo dedicato alle *Dottrine da aggiornare*, nel quale questo passo è inserito, non compare negli *Scritti di diritto penale*.

⁶⁵ Ciò era stato riconosciuto dallo stesso codificatore: cfr. Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VII, *Testo del nuovo codice penale, con la relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Tipografia della Mantellate, Roma 1930, p. 27. Nel senso che il potere discrezionale del giudice nella fase commisurativa sarebbe «un connotato indefettibile di un diritto penale moderno», N. Mazzacuva, *A proposito della «interpretazione creativa in materia penale»: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano 2006, p. 439.

⁶⁶ In quegli anni sottoposto a una critica demolitoria da parte di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), ristampa, Cedam, Padova 1964, p. 46 ss., parzialmente accolta da F. Antolisei, *Il giudice penale e la legge* (1940), in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., p. 52.

⁶⁷ F. Antolisei, *Il giudice penale e la legge*, cit., p. 52. La tesi è confermata in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 89.

In questo scenario, il fondamento del divieto di analogia *in malam partem* non sarebbe stato così saldo, né sul piano politico-istituzionale perché in astratto l'interesse a circoscrivere i poteri del giudice potrebbe appartenere sia allo stato liberale sia a quello autoritario; né su quello politico-criminale, giovando il divieto «specialmente a coloro che agiscono ai margini della legge e sanno approfittare delle sue imperfezioni»⁶⁸; e neppure su quello della certezza del diritto, se si fosse accolta la tesi del primo Norberto Bobbio sulla natura strettamente logica del ragionamento analogico⁶⁹; a sostegno del divieto restavano pertanto solamente contingenti considerazioni sull'opportunità pratica di ampliare ulteriormente i poteri del giudice⁷⁰.

Anche Giuseppe Bettiol ha riflettuto a lungo sui temi metodologici⁷¹, ma da una prospettiva cristiano-liberale⁷². Il suo teleologismo si proponeva di mediare tra l'approccio logico-sistematico della giurisprudenza concettuale, che restava un elemento indispensabile del sapere scientifico, e l'apertura all'esperienza propugnata dalle prospettive antiformaliste. La chiave di volta era vista nella giurisprudenza dei valori, che

⁶⁸ F. Antolisei, *Il giudice penale e la legge*, cit., p. 57.

⁶⁹ N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della Regia Università, Torino 1938, p. 87 ss.; N. Bobbio, *L'analogia e il diritto penale*, in «Rivista penale», LXIV (1938), 1, p. 527 ss.; N. Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto. Corso dell'anno accademico 1940-1941* (1941), a cura di M. La Torre, Soveria Mannelli, 2022, pp. 146-149.

⁷⁰ In F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 72, le ragioni contingenti che deporrebbero a favore del divieto di analogia *in malam partem* in Italia sono identificate nella «litigiosità [...] assai diffusa» e nel fatto che sarebbe «fortemente sentito il timore per l'arbitrio del giudice».

⁷¹ Prezioso G. Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale degli anni Trenta*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVII (2008), p. 325 ss.

⁷² Sulle varie forme di liberalismo individuate da Bettiol, e sull'ideale di democrazia penale da lui prediletto, cfr. G. Bettiol, *Il problema penale* (1948), in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Cedam, Padova 1966, p. 641 ss.

non intendeva affidarsi all'intuizione irrazionale⁷³, ma piuttosto a una logica concreta «che si preoccupa di dare un contenuto ai propri concetti perché questi scendano dal regno delle pure astrazioni per mettersi in contatto con la realtà. Questa realtà nel campo penale è data dal bene giuridico»⁷⁴.

Pietro Nuvolone, che già sotto il fascismo aveva ragionato sull'alternativa tra formalismo e realtà opponendosi alle derive irrazionalistiche della c.d. scuola di Kiel⁷⁵, e che subito dopo aveva invitato la scienza penalistica a svincolarsi dal dogma statualista e a indirizzarsi verso lo studio delle categorie logiche sostanziali⁷⁶, obiettò al metodo teleologico di incorrere in un circolo vizioso: «s'interpreta la legge per trovarne lo scopo; il quale, a sua volta, serve per l'interpretazione della legge»⁷⁷.

La risposta di Bettiol precorre in qualche modo la figura del circolo ermeneutico⁷⁸, nel senso che l'identificazione dello scopo dovrebbe necessariamente prendere le mosse da un sommario contatto con la disposizione incriminatrice, ma la «vera interpretazione» subentrerebbe solo in un momento successivo, attraverso «un'operazione ermeneutica che

⁷³ G. Bettiol, *A proposito di «cose lette»*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 531 ss.

⁷⁴ G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 86.

⁷⁵ P. Nuvolone, *Formalismo e realtà* (1941), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova 1969, p. 42 ss. Sull'attacco sferrato dalla scuola di Kiel contro i caposaldi del diritto penale liberale, per tutti Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 438-440.

⁷⁶ P. Nuvolone, *Il momento penale* (1946), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, cit., p. 150, dove si ribadiva il giudizio critico verso l'irrazionalismo tedesco, ci si compiacceva dell'indirizzo legalitario mantenuto dalla penalistica italiana nel corso del ventennio fascista e si guardava con interesse al *common law*.

⁷⁷ P. Nuvolone, *Il possesso nel diritto penale*, Vita e Pensiero, Milano 1942, p. 56. Rispetto a Bettiol, P. Nuvolone, *I limiti taciti della legge penale*, Priulla, Palermo 1947, p. 46 ss.

⁷⁸ L'accostamento è esplicito in F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova 1979, p. 325 ss.

abbia cura di controllare, criticamente e in modo graduale, ogni diversa soluzione ipotetica via via prospettata»⁷⁹.

Critiche ben più severe furono rivolte a Bettiol da Biagio Petrocelli, che intervenne in difesa del tecnicismo giuridico rimarcando come quest'ultimo non fosse insensibile alla realtà sociale e agli aspetti contenutistici del problema penale⁸⁰, purché non si fosse trattato di contenuti metagiuridici: il teleologismo di Bettiol sarebbe stato quindi condivisibile, ma non particolarmente innovativo⁸¹, se lo scopo (o valore o bene giuridico che dir si voglia) fosse stato ricavato dalla realtà giuridica; sarebbe stato invece da criticare se avesse preteso di fondare l'interpretazione «su valori fondati aprioristicamente, estranei al processo di origine e di formazione del diritto positivo»⁸².

A dispetto delle affermazioni di principio, le posizioni dei due grandi giuristi non furono poi così distanti sul piano delle conseguenze applicative. Negli anni bui della dittatura, Bettiol e Petrocelli si erano entrambi schierati contro la scuola di Kiel⁸³ e avevano difeso il divieto di analogia *in malam partem* argomentando che i valori della certezza del

⁷⁹ Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 138 e nota 171, richiamando A. Molari, *La tutela penale della condanna civile*, Cedam, Padova 1960, p. 250 ss. Cfr. anche L. Scarano, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, Jovene, Napoli 1951, p. 7. Più di recente, G. Contento, *Corso di diritto penale*, vol. I, Laterza, Bari-Roma 2003, p. 95 ss.

⁸⁰ B. Petrocelli, *I limiti della scienza del diritto penale* (1931), in Id., *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova 1952, p. 24 ss.

⁸¹ In altro contesto, B. Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale* (1941), in Id., *Saggi di diritto penale*, cit., p. 354. Cfr. anche F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, vol. I, Giuffrè, Milano 1950, p. 338 nota 11.

⁸² B. Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale* (1950), in Id., *Saggi di diritto penale*, cit., p. 416.

⁸³ Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, cit., p. 356; Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, p. 417, dove si dà atto del ruolo di Bettiol; G. Bettiol, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 388 ss.; G. Bettiol, *Bene giuridico e reato* (1938), in *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 318 ss.

diritto e della sicurezza giuridica non erano incompatibili con lo stato autoritario⁸⁴ (a differenza di quanto opinava Giuseppe Maggiore, che invece quel divieto voleva abolire⁸⁵).

Anche le loro posizioni sull'interpretazione avevano diversi punti di contatto, qualificando entrambi l'attività giudiziale in termini conosciuti e non creativi⁸⁶, ammettendo l'adattamento delle fattispecie incriminatrici all'evoluzione tecnologica⁸⁷, e condividendo la concezione tecnicistica all'epoca pacifica, in base alla quale l'interpretazione estensiva, a differenza dell'analogia *in malam partem*, presupporrebbe l'esistenza

⁸⁴ G. Bettiol, *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia* (1943), in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, cit., p. 595 ss.; Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, cit., p. 359 ss. In precedenza, già G. Delitala, *Criteri direttivi del nuovo codice penale* (1935), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, Milano 1976, p. 344.

⁸⁵ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale» XI (1939), 1, p. 156 ss. Posizioni più moderate in G. Maggiore, *Diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Tomo primo, Zanichelli, Bologna 1958, p. 127 ss., dove peraltro si recepisce la concezione tecnicistica. Ritengono che la linea argomentativa di Bettiol, di Delitala e di Petrocelli, apparentemente compromessa con l'ideologia fascista, fosse in realtà strumentale a farsi comprendere dagli interlocutori, Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale degli anni Trenta*, cit., p. 331 ss. (su Delitala e Bettiol); M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, Tomo I, Giuffrè, Milano 2007, p. 584-585 nota 152 (a proposito di Petrocelli).

⁸⁶ Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., pp. 328-329; Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 134-135 (dove si parla anche di attività «sottilmente creativa»); B. Petrocelli, *Principi di diritto penale*, vol. I, *Introduzione - La norma penale - Il fatto*, Jovene, Napoli 1955, p. 124 ss.

⁸⁷ Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 132; Petrocelli, *Principi di diritto penale*, cit., p. 125, e qui il caso del furto di energie elettriche, ritenuto punibile già prima dell'espressa equiparazione compiuta dall'art. 624, comma 2, c.p. tra cose mobili ed energie (cfr. però B. Petrocelli, *L'appropriazione indebita*, Morano, Napoli 1933, p. 165 ss.).

di una norma, sia pure manipolata nel suo tenore letterale alla luce della *ratio*⁸⁸.

Rispetto a questa impostazione consolidata, Norberto Bobbio aveva però obiettato che anche l'analogia legale (e non solo l'interpretazione estensiva) implicherebbe l'esistenza di una norma, ossia quella da applicare al caso simile non disciplinato; viceversa, anche l'interpretazione estensiva alla luce della *ratio* (e non solo l'analogia) si baserebbe su una volontà presunta del legislatore; insomma, sia l'interpretazione estensiva, sia l'analogia porterebbero alla regolamentazione di un caso non disciplinato da una norma positiva sulla scorta di un identico procedimento mentale⁸⁹.

Se per il primo Bobbio tutto ciò conduceva all'equiparazione tra analogia legale e interpretazione estensiva⁹⁰, Alberto Burdese e Marcello Gallo ritennero invece che la distinzione tra esistenza (=interpretazione estensiva) e inesistenza della norma (=analogia) fosse possibile perché ogni proposizione normativa opporrebbe all'interprete dei limiti insuperabili:

⁸⁸ Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 140 ss.; Petrocelli, *Principi di diritto penale*, cit., p. 132. Cfr. R.A. Frosali, *Sistema penale italiano*, vol. I, Utet, Torino 1958, p. 316 ss.; F. Grisogni, *Diritto penale italiano*, cit., p. 343; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino 1950, p. 303 ss.; C. Saltelli, E. Romano, Di Falco, *Commento teorico-pratico del codice penale*, vol. I, Jandi Sapi, Roma 1956, p. 41.

⁸⁹ Bobbio, *L'analogia e il diritto penale*, cit., pp. 536-537.

⁹⁰ Successivamente N. Bobbio, voce *Analogia*, in *Novissimo digesto*, vol. I, Utet, Torino 1957, p. 605; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), in Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 269-270, accoglierà la fortunata distinzione proposta da M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in «Jus» II (1941), 4, p. 530 ss., p. 543 ss. Un ulteriore aggiustamento di tiro in N. Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in «Giurisprudenza italiana» CXX (1968), I, p. 695 ss. Le tesi del primo Bobbio sono riprese in M. Boscarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo 1955, p.1 ss., p. 29 ss., p. 150 ss.; F. Ramacci, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Giuffrè, Milano 1970, p. 179 ss.

se entro questi termini, sia pure spostati sino alla massima capacità di espansione delle parole, resteremo sempre nell'ambito delle norme stesse, è certo che a un dato momento il confine sarà raggiunto né potrà essere superato senza rinunziare ad attribuire alle parole un significato comunque risultante dall'uso⁹¹.

Questa impostazione, che chiameremo tesi del possibile significato letterale, sarà ripresa da Franco Bricola nel suo fondamentale studio sulla discrezionalità⁹², per poi essere recepita come un dato di fatto dalla dottrina contemporanea⁹³, nonché dalla Corte costituzionale⁹⁴. La con-

⁹¹ A. Burdese, M. Gallo, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», LXXXVI (1949), 1-4, p. 370. Il passo è riprodotto in M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino 2021, p. 79. Non così chiaro F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 88 ss., p. 98 ss.

⁹² F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965, p. 209, che cita M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, a.a. 1962-63, p. 30 (*non vidi*). Successivamente F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 367 ss., non richiamerà né Bricola né Gallo, bensì la dottrina tedesca e Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, cit., p. 698 ss.

⁹³ Cfr. tra i tanti, S. Aleo, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2016, p. 70 ss.; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, il Mulino, Bologna 2017, p. 155 ss.; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 96 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, Wolter Kluwers-Cedam, Milano 2020, p. 80 (e già nella prima edizione, Cedam, Padova 1979, pp. 104-105); A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Wolter Kluwers-Cedam, Milano 2020, p. 54 ss., p. 85 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 84 ss.; problematicamente G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 118 ss.; p. 138 ss. (e già nella prima edizione, Zanichelli, Bologna 1985, p. 47, dove si dubitava anche della legittimità dell'interpretazione estensiva, mentre oggi si conclude che tra le diverse opzioni dovrebbe scegliersi quella più rispettosa dell'*extrema ratio*).

⁹⁴ Cfr. § 1. Non a caso, l'esposizione più articolata della tesi del possibile significato letterale si deve al relatore della sentenza n. 98 del 2021, ossia F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano

cezione tecnicistica, che per buona parte del XX secolo ha ricevuto il consenso della penalistica italiana⁹⁵, non sarà mai esplicitamente confutata, ma semplicemente dimenticata.

Gallo e Bricola saranno anche tra i primi protagonisti di quell'ap-proccio costituzionale che, grazie al contributo di più generazioni di studiosi, si è tradotto in una ricostruzione sistematica del volto costituzionale dell'illecito penale⁹⁶.

Limitandoci ai profili che ci interessano più da vicino, il legislatore: a) deve formulare le fattispecie incriminatrici in maniera il più possibile chiara e precisa, evitando le clausole di c.d. analogia esplicita che non consentano di individuare una classe omogenea di fatti (ad es., il previgente art. 600 c.p. incriminava la riduzione in schiavitù «o in una condizione analoga alla schiavitù»); b) può incriminare solamente comportamenti che ledano o mettano in pericolo beni giuridici meritevoli

2002, p. 205 ss., che significativamente si confronta solo con la dottrina tedesca (per un quadro più aggiornato, C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, Beck, München 2020, p. 221 ss.).

⁹⁵ La si ritrova forse in G. Vassalli, voce *Analogia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, Utet, Torino 1987, p. 159 ss., che riprende Giannini, a meno che la tesi di quest'ultimo non corrisponda sostanzialmente a quella del possibile significato letterale (così L. Gianformaggio, voce *Analogia*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, vol. I, Utet, Torino 1987, p. 327). Il dubbio sorge dal fatto che Giannini, *L'analogia giuridica*, cit., p. 530 ss., non parla di significato, ma di un «quid comune» tra il caso regolato e quello non regolato che sarebbe ricavabile dalla norma nel caso dell'interpretazione estensiva, da un'altra norma contenente un principio superiore nel caso di analogia: sicché si avrebbe interpretazione estensiva se una disposizione civile relativa a giardini e cortili si applicasse agli orti, trovandosi l'elemento comune all'interno della norma (si tratta pur sempre di «spiazzi circostanti la casa»). Ciò non toglie che andrebbe effettuata un'analisi approfondita sulla casistica per verificare la dimensione operativa della concezione tecnicistica.

⁹⁶ Un bilancio di questa esperienza in M. Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana* (2001), in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova 2003, p. 37 ss.

di tutela (principio di offensività in astratto); c) non può rinunciare ai requisiti che fondano la rimproverabilità soggettiva (principio di colpevolezza); d) non può adottare sanzioni sproporzionate al disvalore del fatto (principio di proporzione).

Invece, il giudice penale deve: e) verificare la corrispondenza tra lo schema legale e l'episodio di vita, non potendo ricorrere all'analogia *in malam partem*; f) appurare se il comportamento incriminato offende in concreto il bene giuridico (principio di offensività in concreto); g) reinterpretare il sistema alla luce del principio di colpevolezza, inserendo nelle residue ipotesi di responsabilità oggettiva il requisito della colpa, anche se non testualmente prevista⁹⁷.

Un'ultima considerazione: Marcello Gallo, talvolta ascritto alla schiera degli intransigenti difensori di una concezione rigidamente legalistica (e quindi formalistica)⁹⁸, fu il primo a promuovere l'idea dell'offensività in concreto⁹⁹; viceversa Pietro Nuvolone, nel quale si è individuato un illuminato precursore dell'apertura culturale alla dimensione applicativa del diritto¹⁰⁰, sposava la tesi del carattere conoscitivo dell'interpretazione, era contrario all'analogia *in bonam partem* e valutava con grande cautela gli orientamenti antiformalistici della dottrina e (soprattutto)

⁹⁷ Basti il rinvio a G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 9 ss., p. 109 ss.

⁹⁸ P. Grossi, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXV (2006), Tomo II, p. 1046.

⁹⁹ Già abbozzata in M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Giuffrè, Milano 1953, p. 151 ss. Un approfondito *excursus* critico sugli sviluppi di questa concezione in M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bup, Bologna 2014, p. 14 ss.

¹⁰⁰ M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXIV (2015), Tomo I, p. 174 ss.

della giurisprudenza¹⁰¹; questo per dire non solo che tra Alice e Humpty Dumpty ci sono varie sfumature, ma anche che lo stesso studioso può avvicinarsi all'una o all'altro a seconda della problematica giuridica affrontata.

6. La penalistica italiana e l'ermeneutica giuridica

Fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso, la scuola napoletana ha mostrato una grande sensibilità alle tematiche metodologiche, dall'intervento di Luigi Scarano che rivisitava il criterio teleologico alla luce della giurisprudenza degli interessi¹⁰², alle dettagliate ricostruzioni storico-domatiche di Mario Porzio, nelle quali si sosteneva che il dibattito tra giurisprudenza concettuale e giurisprudenza degli interessi avvenuto in Germania nei primi del 900 non andava letto esclusivamente in chiave ideologica, come uno scontro tra conservatori e progressisti, ma soprattutto in chiave tecnica: l'insegnamento da trarre dal *Methodenstreit* era che il concettualismo (nelle sue varie forme storiche) non garantiva né la certezza del diritto né la correttezza dell'interpretazione¹⁰³; bastava infatti modificare surrettiziamente il contenuto di un determinato concetto (ad esempio, la nozione di responsabilità ai fini dell'interpretazione dell'art. 27 Cost.¹⁰⁴) per ottenere un risultato interpretativo

¹⁰¹ P. Nuvolone, *Discrezionalità del giudice e certezza del diritto* (1979) e P. Nuvolone, *Tendenze sostanzialistiche nella più recente dottrina e giurisprudenza penale italiana* (1972), entrambi in Id., *Il diritto penale degli anni Settanta. Studi*, Cedam, Padova 1982, rispettivamente p. 152 ss.; 258 ss.

¹⁰² Scarano, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, cit., p. 10 ss.

¹⁰³ M. Porzio, *Sulla scelta del metodo nella interpretazione*, in «Archivio penale» XVII (1964), 1, p. 413 ss.; M. Porzio, *Le origini del formalismo giuridico*, in «Bollettino della Biblioteca degli Istituti giuridici dell'Università di Napoli», VII (1961), 3, p. 254 ss.; M. Porzio, *La rivolta contro il formalismo*, VIII (1962), 2, p. 203 ss.

¹⁰⁴ M. Porzio, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Quaderni dell'«Archivio penale», Roma 1966, p. 56 ss. Cfr. anche M.

diverso, precludendosi in questo modo «la comprensione dei fini e del significato dell'ordinamento giuridico»¹⁰⁵.

Muovendosi in questo fecondo contesto culturale, qualche anno dopo Vittorio de Francesco presentava al penalista italiano alcune acquisizioni dell'ermeneutica giuridica (in particolare quelle di Karl Engisch, Josef Esser, Winfried Hassemer, Arthur Kaufmann, Karl Larenz)¹⁰⁶: la necessità di coniugare il pensiero sistematico con quello problematico, e quindi la certezza del diritto con la giustizia, senza sacrificare l'apertura del sistema alla realtà, ma allo stesso tempo senza cadere nell'irrazionalismo; il superamento del dualismo tra essere e dover essere, perché l'interpretazione non consisterebbe nella sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, ma in un processo analogico di adeguamento reciproco dell'uno nell'altra; il carattere progressivo del ragionamento giuridico, che consisterebbe nella verifica costante di un'ipotesi di ricerca, di una precomprensione, in relazione ai rapporti tra la fattispecie e i suoi elementi costitutivi, il sistema, la *ratio*, e naturalmente il fatto concreto¹⁰⁷.

Quasi contemporaneamente, Francesco Palazzo inseriva nella sua fondamentale monografia sul principio di determinatezza una densa riflessione sul *Typus*, quella categoria dell'ermeneutica giuridica che si

Massa, *Le attenuanti generiche*, Jovene, Napoli 1959, p. 45 ss.; A.R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano, Napoli 1967, p. 33 ss. A.M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, Napoli 1971, p. 43 ss. sui rapporti tra discrezionalità e circostanze.

¹⁰⁵ D. Santamaria, *Considerazioni sull'applicabilità dell'amnistia al reato continuato* (1954), in Id., *Scritti di diritto penale*, Kluwer Ipsa, Milano 1996, p. 432.

¹⁰⁶ Sulla natura di questo movimento, e sugli autori che esso ricomprende, G. Carlizzi, V. Omaggio, *Presentazione dei curatori*, in Id. (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Ets, Pisa 2016, p. 15 ss.

¹⁰⁷ Puntuali riferimenti in G.V. de Francesco, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in «Archivio penale», V (1975), 1-4, p. 44 ss.; G.V. de Francesco, *La proporzione nello stato di necessità*, Jovene, Napoli 1978, p. 53 ss.

colloca a metà strada tra l'astratto e il concreto e che illustra la capacità della fattispecie di aprirsi alla vita (ciò che un concetto astratto, per sua natura caratterizzato da confini rigidi, non potrebbe fare), e contemporaneamente di valutarla (cogliendo quel significato essenziale della realtà in grado di riprodursi in un'infinità di occorrenze concrete)¹⁰⁸. In particolare, Palazzo riconosceva a tale dottrina il merito di rappresentare «uno dei più preziosi contributi alla spiegazione del processo conoscitivo dell'uomo» a condizione che il *Typus* fosse inteso «come un'espressione riassuntiva» per indicare tale processo¹⁰⁹, non anche come un dato a sé stante in grado di guidare l'interpretazione¹¹⁰.

Sebbene messi a profitto in studi molto conosciuti, questi apporti dell'ermeneutica giuridica passeranno inosservati¹¹¹, a differenza di quanto avverrà agli inizi del XXI secolo, quando Giovanni Fiandaca metterà la categoria della precomprensione al banco di prova della prassi giudiziaria, mostrando come l'interpretazione sarebbe inevitabilmente influenzata da elementi valutativo-extratestuali di matrice talvolta sociologica, talvolta politico-criminale, fino ad arrivare ai meri pregiudizi personali¹¹².

¹⁰⁸ F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 356 ss. Sulle varie concezioni di *Typus* prospettate in dottrina, R. Alagna, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bup, Bologna 2007, p. 289 ss.; G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in «Ars interpretandi» XXI (2016), 2, p. 92 ss.; G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Cedam, Padova 2009, p. 108 ss.

¹⁰⁹ Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 358 e p. 361.

¹¹⁰ *Melius re perpensa*, F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), Tomo II, p. 1311 ss., ravvisa proprio nel tipo criminoso «la più genuina ragion d'essere» del divieto di analogia» (fermo restando il limite negativo del significato letterale).

¹¹¹ Cfr. però M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano 1991, p. 117 ss.

¹¹² G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale nel diritto penale* (2001), in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 32 ss., p. 58 ss.

L'approccio ermeneutico è pertanto utilizzato in chiave dichiaratamente demistificatrice¹¹³, nel senso che la consapevolezza culturale del funzionamento dell'attività interpretativa dovrebbe spingere l'interprete a un controllo razionale sui propri pregiudizi. Le tematiche metodologiche sono pertanto strumentali ad esaminare il fenomeno del c.d. diritto penale giurisprudenziale, più precisamente il rapporto tra il principio di legalità, la separazione dei poteri e la natura dell'interpretazione giudiziaria, definita a seconda dei casi interstiziale¹¹⁴, integrativa¹¹⁵, costruttiva¹¹⁶, se non creativa *tout court*¹¹⁷.

Probabilmente è stata questa impostazione, assieme alla rilettura della precomprensione in chiave soggettivo-emozionale¹¹⁸ invece che

¹¹³ Allude a un tale ruolo della precomprensione, G. Zaccaria, *Introduzione*, in Id., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. VIII.

¹¹⁴ G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 9 (ma in altre occasioni l'A. non ha esitato a parlare di creatività: cfr. ad es. G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale scientifica, Napoli 2008, p. 10).

¹¹⁵ D. Pulitanò, *Interpretazione «politica» della legge* (1969), in Id., *Giudice negli anni '70*, De Donato, Bari 1977, p. 48, riprendendo spunti della filosofia analitica e della teoria dell'argomentazione.

¹¹⁶ V. Maiello, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno* (2004), in Id., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 89, nell'ambito di una riflessione aperta agli assunti dell'ermeneutica giuridica.

¹¹⁷ G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale* (1988), in Id., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 225 ss. Sulla questione terminologica, che implicherebbe anche conseguenze sostanziali, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», XXI (2016), 2, p. 25 ss., p. 34 ss.

¹¹⁸ Sulle precomprensione nel pensiero di Esser, cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, p. 156 ss., e qui la critica delle interpretazioni di tale categoria in prospettiva socio-psicologica.

oggettivo-trascendentale¹¹⁹, a indirizzare lo svolgimento del dibattito successivo¹²⁰.

Alcuni hanno infatti ricondotto le tesi ermeneutiche nell'alveo delle correnti culturali che esaltano il carattere creativo dell'interpretazione, ponendosi in irrimediabile contrasto con l'assetto costituzionale¹²¹. In antitesi a queste impostazioni, si è proposto di vietare al giudice penale non solo l'analogia, ma anche l'interpretazione estensiva, come del resto era stato proposto nell'art. 129 della bozza di riforma costituzionale presentata nel 1997 dalla Commissione bicamerale («Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo»)¹²².

Alle stesse conclusioni è giunto anche chi ha recepito gli assunti ermeneutici sul rapporto dialettico tra fatto e norma, sul carattere analogico del processo interpretativo e sulla conseguente differenza quantitativa (non qualitativa) tra analogia e interpretazione estensiva, ma allo stesso tempo ha insistito sull'importanza del testo¹²³, recuperando la tesi del divieto di interpretazione estensiva *in malam partem* già formulata dalla penalistica liberale¹²⁴.

¹¹⁹ Per tutti, V. Omaggio, *Precomprensione della norma e costruzione del fatto*, in Carlizzi, Omaggio, *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 77 ss.

¹²⁰ Non sono mancati studi di più ampio respiro, tra i quali O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e precedente*, Giuffrè, Milano 2006.

¹²¹ R. Rampioni, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Cedam, Padova 2007, p. 71 ss., p. 82 ss. Cfr. L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale*, cit., p. 25 ss.

¹²² Rampioni, *Dalla parte degli «ingenui»*, cit., p. 116 ss. Cfr. anche E. Musco, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano 2004, p. 99 ss.

¹²³ M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 697 ss., p. 712 ss. Con un altro percorso argomentativo, ma muovendo sempre da premesse ermeneutiche, F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Jovene, Napoli 2012, p. 234 ss.

¹²⁴ Cfr. § 3. Un esplicito rimando a Carrara in M. Ronco, *Il principio di legalità*, cit., p. 168 ss. nota 170.

Si è però osservato che tale divieto potrebbe condurre a esiti grotteschi, ad esempio escludere la responsabilità penale di chi uccide volontariamente una donna perché per un verso l'omicidio doloso incriminato dall'art. 575 c.p. consiste nel cagionare «la morte di un uomo», per un altro il significato «certo» del termine si identifica «con l'essere umano di sesso maschile»¹²⁵. Andrebbe pertanto confermata la distinzione tra analogia *in malam partem* vietata e interpretazione estensiva ammessa, a seconda che sia stato o meno travalicato il confine del possibile significato letterale.

È proprio quest'ultimo punto ad aver suscitato le discussioni più vivaci. Ad avviso di Giorgio Marinucci, gli «spensierati teorici dell'interpretazione 'sempre analogica e creativa'» ignorerebbero le ragioni storiche che hanno determinato l'elaborazione del divieto di analogia, e in particolare le conseguenze della sua abolizione ad opera del legislatore nazista¹²⁶. Da parte sua Massimo Donini, che già negli anni Novanta del secolo scorso aveva ritenuto «in buona parte obbligata e urgente» la recezione penalistica dell'ermeneutica giuridica in campo penale¹²⁷, ha voluto prendere le distanze da quelle «“derive ermeneutiche”» che andrebbero a compromettere la possibilità di concettualizzare il confi-

¹²⁵ F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, cit., p. 521; cfr. anche M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, p. 153 in nota; G. Licci, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Giappichelli, Torino 2021, p. 20 ss.

¹²⁶ G. Marinucci, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLII (2007), 4, p. 1267.

¹²⁷ M. Donini, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Cedam, Padova 1996, p. 10 nota 14, sottolineando allo stesso tempo che tali risultati non potessero «essere 'importati' nel diritto penale senza pagare un necessario dazio al divieto di analogia».

ne tra analogia e interpretazione estensiva, e quindi di formulare regole metodologiche di tipo prescrittivo¹²⁸.

Tali obiezioni – ha però replicato Massimo Vogliotti – sarebbero prive di fondamento: innanzitutto, la pretesa di valutare la fondatezza dell’ermeneutica giuridica alla luce del divieto di analogia in materia penale sarebbe viziata da concettualismo, perché al contrario dovrebbe essere la sostenibilità teorica di quest’ultimo a dover essere valutata in base alle categorie ermeneutiche¹²⁹; inoltre, l’approccio ermeneutico al problema dell’analogia non sarebbe meramente descrittivo, perché la consapevolezza del carattere analogico/creativo di ogni interpretazione indurrebbe il giudice a motivare con maggiore attenzione le decisioni sfavorevoli al reo¹³⁰; infine, il discrimine tra analogia e interpretazione

¹²⁸ M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, rispettivamente a p. 103 nota 65 e a p. 76. Ampiamente V. Manes, *Dalla fattispecie al precedente: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in «Cassazione penale», LVIII (2018), 6, p. 2227 ss. Sulla metodologia giuridica quale forma di controllo del potere, B. Pastore, *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in «Ars interpretandi», XXI (2016), 2, p. 63 ss.

¹²⁹ Vogliotti, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., p. 142. Sulla necessità di rendere compatibili le teorie dell’interpretazione con gli artt. 1 c.p., 14 preleggi e 25 comma 2 Cost., cfr. invece V. Velluzzi, *Due (breve) note sul giudice penale e l’interpretazione*, in «Criminalia», 2012, p. 306. Evidenzia la funzione etica del divieto di analogia, G. Zaccaria, *L’analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXII (1989) p. 1556.

¹³⁰ Vogliotti, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., p. 144, sulla scia di A. Kaufmann, *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Decker & Müller, Heidelberg 1982 (prima ed. del 1965, con postfazione); tr. it. di G. Carlizzi, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli 2003, p. 88; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymanns, Köln 1968, tr. it. di G. Carlizzi, *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica*, Esi, Napoli 2007, pp. 242-243.

estensiva non andrebbe individuato in base alla tesi del possibile significato letterale, ma attraverso la categoria ermeneutica del *Typus*¹³¹.

7. L'ermeneutica giuridica e la tesi del possibile significato letterale

Premesso che l'ermeneutica giuridica non ha mai preteso di poter prescindere dal testo in vista della libera creazione del diritto¹³², va a questo punto chiarito che l'approccio ermeneutico al problema dell'analogia non si esaurisce nella teoria del *Typus*.

Lo stesso Arthur Kaufmann, che nel 1965 aveva individuato nel *Typus* lo strumento per tracciare i confini tra interpretazione (intrinsecamente analogica) e analogia vietata, nel 1982 ha ammesso che la capacità delimitativa della sua concezione non sarebbe nettamente superiore alla

¹³¹ M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 13 ss., 61 ss., 121 ss. (cfr. però le osservazioni sui limiti del testo a p. 65 ss., la presa di distanze da Humpty Dumpty a p. 97 e gli esempi a p. 118). Valorizzano il *Typus* da prospettive diverse, G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., p. 100 ss.; R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII (2015), 4, p. 1178 ss.

¹³² Cfr. H-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr, Tübingen 1986, tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica*, Bompiani, Milano 2001, p. 675 ss. della traduzione italiana, e su questo passo A. Di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in «Criminalia», 2014, p. 112 ss.; Kaufmann (1965), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 19; J. Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, Beck, München 1972, tr. it. di R. Di Giorgi, *La comprensione dei testi giuridici*, Esi, Napoli 1983, p. 52; Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 130 ss.; W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in «Ars interpretandi», II (1997), p. 172 ss.

tesi del possibile significato letterale¹³³. Inoltre, il Kaufmann del 1982 riconosce che gli altri esempi da lui formulati quasi vent'anni prima avevano giustamente dato l'impressione che i confini dell'interpretazione consentita da lui tracciati fossero troppo lati, e conclude associandosi «a coloro che insistono sulla stretta applicazione del principio *'nulla poena sine lege'*»¹³⁴. In questa operazione di grande onestà intellettuale, tuttavia Kaufmann non si preoccupa di chiarire la sua teoria del *Typus* spiegandoci perché avesse cambiato idea sulla possibilità di ricondurre l'energia elettrica nella nozione di cosa oppure di equiparare l'azione all'omissione in mancanza di un'esplicita indicazione normativa¹³⁵.

Altri penalisti di indirizzo ermeneutico hanno invece accolto, con le precisazioni del caso, la tesi del possibile significato letterale.

Karl Engisch esemplifica la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva attraverso un celebre esempio modellato sul diritto romano, il quale prevedeva una specifica *actio de pauperie* in caso di danni provocati da quadrupedi (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit*)¹³⁶. Ebbene, si dovrebbe ricorrere all'analogia per concedere l'*actio* a chi è stato danneggiato da uno struz-

¹³³ Kaufmann (1982), *Analogia e natura della cosa*, cit., pp. 86-87, e qui il rilievo che anche i c.d. concetti esatti non sarebbero idonei a vincolare la prassi giurisprudenziale, come nell'ipotesi in cui (secondo Kaufmann a torto) si ricomprendeva la perdita della capacità di concepire e di partorire nel paradigma del § 224 StGB all'epoca vigente, il quale parlava di «capacità di procreare» (*Zeugungsfähigkeit*): a riprova di quanto anche un 'antiformalista' come Kaufmann potesse essere 'formalista' su singole questioni!

¹³⁴ Kaufmann (1982), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 90.

¹³⁵ Sull'eccessiva vaghezza del *Typus* ai fini della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva, M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», VI (2016), 3, p. 21 nota 28; nonché (il primo) Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 361, p. 368 ss.

¹³⁶ D. 9. 1. 1.

zo¹³⁷, perché un tale animale può essere pericoloso come un quadrupede, e quindi sussisterebbe l'identità di *ratio*, ma «con tutte le buone intenzioni non può venir sussunto nel concetto di 'quadrupede'», ostandovi il senso letterale dell'espressione¹³⁸.

Anche Hassemer riconosce che la teoria del possibile significato letterale «è certamente sensata come confine interpretativo»¹³⁹, e nel riformulare l'esempio dello struzzo nei termini di un divieto di accesso ai quadrupedi in determinati luoghi¹⁴⁰, spiega che, rispetto a una definizione concettuale, esistono candidati positivi che vi rientrano (ad esempio, un suino è sicuramente un quadrupede), candidati negativi che invece ne sono esclusi (allo struzzo «mancano due zampe») e candi-

¹³⁷ Sull'inapplicabilità dell'*actio de pauperie* agli animali bipedi, e sulla soluzione adottata in via pretoria (D.9.1.4: *Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit*), M.V. Giangreco Pessi, *Ricerche sull'actio de pauperie dalle XX tavole ad Ulpiano*, Jovene, Napoli 1995, p. 160 ss. Sulle origini dell'esempio dello struzzo, che non si ricava direttamente dalle fonti romane, A. Wacke, *Der Vogel Strauß als frühes Beispiel für Gesetzesanalogie: ein Phantasma? Grenzfragen bei der römischen Tierhalterhaftung*, in «Fundamina», XX (2014), 2, p. 1015 ss.

¹³⁸ K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart 1968, tr. it. a cura di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, p. 238, il quale ammette la fluidità della distinzione. Un esempio affine in Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, cit., p. 700 (una disposizione che menziona cavalli e muli non può ricomprendere anche i cani, se non analogicamente). A favore della tesi del possibile significato letterale è anche K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg 1991, p. 320 ss., con le consuete precisazioni sul carattere tipologico e non concettuale del confine.

¹³⁹ Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 242 (e p. 238 nota 38), precisando tuttavia che tale teoria «sarebbe formulata in modo inesatto» perché ogni interpretazione sarebbe per definizione analogica.

¹⁴⁰ Ripreso anche da Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. I, cit., p. 171.

dati neutri, rispetto ai quali possono sorgere dubbi (e in tal caso, il più frequente, il concetto è vago)¹⁴¹.

Come si concilia tutto ciò con una tesi centrale dell'ermeneutica giuridica, quella del carattere analogico dell'attività interpretativa? Joachim Hruschka aveva intuito il problema dell'antinomia tra tale tesi e la necessità di descrivere «la funzione decisiva» che il principio di legalità in materia penale riveste «nella prospettiva dello stato di diritto», suggerendo di rinunciare «all'uso della parola analogia che in questo contesto è fuorviante» in favore della formulazione di nuovi concetti¹⁴².

Forse alcuni fraintendimenti si sarebbero potuti evitare se questa indicazione metodologica fosse stata seguita. Ad esempio, il Kaufmann di *Analogie und Natur der Sache* ricorre alla nozione di analogia per illustrare¹⁴³: a) la teoria della conoscenza, che avverrebbe attraverso somiglianze e differenze in quanto nessun ente è identico all'altro¹⁴⁴; b) il processo di realizzazione del diritto, che si svolge attraverso la corrispondenza tra due entità simili, l'essere e il dover essere, il fatto e la norma¹⁴⁵; c) il perno attorno al quale ruota la teoria del *Typus*, medio tra l'idea del diritto e il fatto storico¹⁴⁶; d) l'attività legislativa, con riferi-

¹⁴¹ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München 1990, p. 181 e p. 269. Più di recente, W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin 2009, tr. it. di D. Siciliano, *Perché punire è necessario*, il Mulino, Bologna 2009, p. 131 ss. Analogamente, F. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia*, in «Diritto penale e processo», 2021, 12, p. 1224 ss. (senza escludere che il *Typus* potrebbe «orientare l'interprete meglio del 'significato letterale' delle parole»).

¹⁴² Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 98.

¹⁴³ Una diversa lettura in G. Carlizzi, Analogia e «natura della cosa». *La prima tappa della ricerca ontologica di Arthur Kaufmann*, in Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. XXIII ss.

¹⁴⁴ Kaufmann (1965), *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 35 ss. A tal proposito, parla di analogia come «relazione ontica», G. Carlizzi, *Una teoria ermeneutica del diritto*, cit., p. 122.

¹⁴⁵ Kaufmann (1965), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 31 ss.

¹⁴⁶ Ivi, cit., p. 65 ss.

mento alle finzioni giuridiche e alla c.d. analogia esplicita¹⁴⁷; e) la critica alla teoria del possibile significato letterale, attraverso due argomenti: e1) le fattispecie sarebbero costruite con concetti (non univoci come i numeri, né equivoci come la parola tedesca *Strauss*, che può indicare uno struzzo, una contesa, un mazzo di fiori, bensì) analogici, dotati di un nucleo fisso ma allo stesso tempo aperti alla realtà; e2) lo stesso concetto di possibile significato letterale, in quanto né univoco né equivoco, sarebbe analogico¹⁴⁸.

Nel valutare le tesi ermeneutiche, bisogna pertanto tener presente che il principio di legalità ha qualcosa da dire solamente sugli ultimi due punti: al legislatore, sulla formulazione delle fattispecie ad analogia esplicita¹⁴⁹; all'interprete, sulla necessità di distinguere tra l'interpretazione ammessa e l'analogia vietata nel modo più chiaro possibile¹⁵⁰.

Con maggior rigore, Hassemer spiega che la comprensione della norma ha carattere analogico perché quest'ultima può rapportarsi con il fatto solamente per il tramite di un *tertium comparationis* rappresentato dal senso; di conseguenza, la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva non potrebbe stabilirsi *a priori*, dipendendo la negatività o la

¹⁴⁷ Ivi, cit., p. 39 ss., p. 68. A favore della tecnica legislativa esemplificativa, Vogliotti, *Dove passa il confine?*, cit., p. 118 ss., citando Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 232 ss.

¹⁴⁸ Kaufmann (1965), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 15 e p. 45. Ridimensiona il problema della polisemia, Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 380 ss.

¹⁴⁹ Sull'analogia esplicita, Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 181 ss. Sul carattere strutturalmente analogico (ma non per questo incostituzionale) di quelle definizioni legislative che ridefiniscono normativamente alcuni concetti (ad es., tempo di guerra: art. 310 c.p.), F. Ramacci, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, cit., p. 151 ss.

¹⁵⁰ Al solo fine di evitare altri equivoci, perché condivido la sostanza della tesi, tenderei quindi a non parlare di «analogia interna» (ammessa) e «analogia esterna» (vietata), come fanno Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., 535; Di Giovine, *L'interpretazione del diritto penale*, cit., p. 276 e Donini, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 103 nota 65.

neutralità di un candidato dal campo semantico, il quale a sua volta è delimitato attraverso il procedimento spiraliforme di concretizzazione del diritto; resta però fermo che «nel conflitto tra il significato letterale e il senso della norma, il divieto di analogia vota fermamente a favore del significato letterale»; tale divieto fornisce un argomento forte a favore di «coloro che sostengono lo stretto collegamento della decisione del giudice al testo della legge e lo scetticismo sull'attribuzione oggettivo-teleologica oggettiva del significato. Niente di più, ma neanche niente di meno»¹⁵¹. Pertanto il proprietario dello struzzo ha ottime ragioni per volersi sottrarre all'applicazione di un'eventuale disposizione incriminatrice relativa ai quadrupedi, per quanto irragionevole possa sembrare un tale esito: in realtà, tale irragionevolezza «mette in evidenza il fatto che il legislatore non ha svolto bene il suo lavoro e che non è compito del giudice rimediare successivamente a tale negligenza»¹⁵².

L'ermeneutica giuridica e la penalistica possono pertanto trovare un punto di incontro. Se da un lato Giuseppe Zaccaria dichiara che «la creatività dell'interpretazione si sviluppa entro la cornice dei possibili significati associabili all'enunciato interpretato, e dunque entro il perimetro disegnato dal principio di legalità»¹⁵³, dall'altro Ombretta Di Gio-

¹⁵¹ Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, cit., pp. 273-274. Osserva che un risultato interpretativo contrario all'uso linguistico è più falsificabile di quello fondato sul metodo teleologico, W. Hassemer, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in «Criminalia», 2007, p. 90. Ravvisa un'evoluzione del pensiero di Hassemer rispetto a *Tatbestand und Typus*, A. Nisco, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in «Archivio penale-Rivista Web», 2017, 3, p. 12. Nel senso della continuità, G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, in Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 37 nota 62.

¹⁵² Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., p. 132.

¹⁵³ G. Zaccaria, *La ragione dialettica dell'ermeneutica*, in «Ars interpretandi», XXV (2020), 2, p. 143-144, naturalmente nel solco della sua visione ermeneutica. Cfr. anche G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, in «Politica del diritto», XLVII (2006), 3, p. 469.

vine conferma come il penalista continentale «(ermeneutico o meno)» resti «necessariamente positivista e non potrebbe quindi prescindere dal testo legislativo i cui confini semantici reputa comunque invalicabili»¹⁵⁴. Anche la tesi ermeneutica della centralità del fatto ai fini della comprensione della norma potrebbe essere finalmente tematizzata¹⁵⁵, considerando che il penalista «è per cultura e quindi *forma mentis* molto legato ai ‘fatti’»¹⁵⁶.

D’altro canto, chi intende attualizzare la lezione di Beccaria si riferisce alla sostanza politica di quel modello¹⁵⁷ e sa bene che l’interpretazione non si esaurisce sul piano letterale, dovendosi operare in conformità alla Costituzione, all’ordinamento eurounitario, alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella lettura della Corte di Strasburgo (così attenta ai fatti...) e magari anche al sistema, o almeno a quel che ne resta¹⁵⁸.

¹⁵⁴ O. Di Giovine, *L’attuale, il frainteso e il superato dell’ermeneutica penale nel contesto italiano*, in «Ars interpretandi», XXV (2020), 2, p. 72, precisando che nella prospettiva ermeneutica tali confini sono «mutevoli, contestodipendenti e come tali suscettibili di essere definiti nel momento applicativo». La stessa Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 276; O. Di Giovine, «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in «Questione giustizia», 2016, 4, p. 57 ss., accoglie la tesi del possibile significato letterale pur evidenziandone i limiti. Sull’ermeneutica giuridica quale riflessione «neogiuridicistica», V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e ragione pratica*, in «Ars interpretandi», XXV (2020), 2, p. 31.

¹⁵⁵ Come fa ad es. G. Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in «Archivio penale», 2016, 1, p. 57 ss., a proposito dei rapporti tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*.

¹⁵⁶ Di Giovine, *L’attuale, il frainteso e il superato dell’ermeneutica penale*, cit., p. 71. Cfr. le suggestive osservazioni di A. Moro, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* (a.a. 1975/1976), Cacucci, Bari 2005, p. 266 ss.

¹⁵⁷ Ferrajoli, *L’attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., p. 146 ss.; Maiello, *Legge e interpretazione nel ‘sistema’ di Beccaria*, cit., p. 57 ss.

¹⁵⁸ Per tutti, G. Amarelli, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in «OsservatorioAIC», 2015, 2, p. 1 ss. Sul progressivo avvicinamento culturale tra dot-

Ad ogni modo, il penalista che assieme ad Alice voglia sostenere la tesi del possibile significato letterale non può cantare vittoria. Il livello assai modesto della determinatezza delle fattispecie penali attenua di molto la portata garantistica del divieto di analogia¹⁵⁹. La prassi giurisprudenziale presenta alcuni (molti?) “casi dello struzzo”, e cioè violazioni palesi del divieto di analogia¹⁶⁰, ma anche tanti “casi difficili” che non possono essere risolti con la «lettura del dizionario»¹⁶¹. La storia ha mostrato che la concezione liberale, quella tecnicistica e quella del possibile significato letterale si sono susseguite nel tempo senza una riflessione scientifica approfondita. Da Mario Porzio abbiamo appreso che le tesi metodologiche vanno esaminate sia sul piano politico sia su quello tecnico, e che quindi non basta sottolineare la sintonia che sussiste tra la concezione del possibile significato letterale e il principio di legalità. È ormai chiaro che le parole non hanno un «significato proprio», indipen-

trina e giurisprudenza, A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. Ambrosetti, Giappichelli, Torino 2017, p. 34 ss.

¹⁵⁹ Per tutti, Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, cit., p. 180; S. Moccia, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Esi, Napoli 2001, p. 29.

¹⁶⁰ Cfr. G. Balbi, *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in «Criminalia», 2015, p. 379 ss.; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in «Criminalia», 2016, p. 167 ss., e più di recente V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIV (2021), 4, p. 1241 ss. Sulla differenza tra “casi facili” e “casi difficili” è ritornato di recente M. Donini, *La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «Questione giustizia», 2016, 4, p. 84 ss. In senso diverso, O. Di Giovine, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), cit., p. 65 ss.; G. Pino, *L’interpretazione del diritto. Quasi un trattato*, Giappichelli, Torino 2021, p. 91 ss., p. 217 ss.

¹⁶¹ L’icastica formula è di D. Pulitanò, *Sulla interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, cit., p. 665, e qui riflessioni sul significato letterale meno radicali rispetto a Pulitanò, *Interpretazione «politica» della legge*, cit., p. 41 ss.

dente dall'uso e dal contesto¹⁶², e la stratificazione del linguaggio giuridico pone l'ulteriore difficoltà di capire se un termine (ad es., possesso) è impiegato nel senso comune o in quello tecnico¹⁶³. Allo stesso tempo, non mancano prospettive metodologiche che continuano a valorizzare il vincolo del testo¹⁶⁴. Insomma, il dialogo con Humpty Dumpty potrebbe proseguire partendo da ciò, e cioè che in un senso «le parole sono i nostri padroni, o la comunicazione sarebbe impossibile. In un altro, i padroni siamo noi; altrimenti non potrebbe esserci la poesia»¹⁶⁵.

¹⁶² R. Guastini, *Art. 101*, in L. Ventura, G. Carbone, R. Guastini, A. Pizzorusso, *Art. 99-100 - Gli organi ausiliari. Art. 101-102 - La magistratura*, Zanichelli, Bologna 1994, p. 153.

¹⁶³ Per tutti Pino, *L'interpretazione del diritto*, cit., p. 115 ss., p. 221 ss. Si sofferma sul solo significato comune Viganò, *La tutela della libertà individuale*, cit., p. 216 ss., e di conseguenza Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, cit., 1805. Non è neppure pacifica la nozione stessa di significato letterale: cfr. P. Chiassoni, *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another View of the Cathedral)* e T. Mazzarese, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, entrambi in V. Velluzzi (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, rispettivamente pp. 1 ss., 165 ss.

¹⁶⁴ Da prospettive diverse, B. Pastore, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. Velluzzi, cit., p. 137 ss.; L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., p. 32 ss.; A. Nisco, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale*, cit., p. 13 ss.; V. Velluzzi, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, cit., p. 307 ss.

¹⁶⁵ R.W. Holmes, *The Philosopher's Alice in Wonderland*, in «The Antioch Review», XIX (1959), 2, p. 137.

NOTE

FARE I CONTI CON RADBRUCH. SULLA RECENTE TRADUZIONE DELLA *FILOSOFIA DEL DIRITTO*

Giovanni Blando

1. La recente traduzione italiana della *Filosofia del diritto* di Gustav Radbruch¹ (d'ora in avanti semplicemente *Filosofia del diritto*) – corredata da due saggi dei traduttori Gaetano Carlizzi² e Vincenzo Omaggio³ – può essere colta come occasione per tornare a riflettere su uno dei filosofi del diritto più importanti del Novecento, noto – perlomeno in Italia – soprattutto per la “formula” contenuta in un celebre articolo del 1946⁴ che ha reso piuttosto diffusa l’opinione della conversione

¹ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Quelle & Mayer, Leipzig 1932; tr. it. di G. Carlizzi, V. Omaggio, *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 2021 (d’ora in avanti FD).

² G. Carlizzi, “Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico”. *Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in FD, pp. V-XL.

³ V. Omaggio, *Il relativismo di Gustav Radbruch*, in FD, pp. XLI-LXIV.

⁴ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Süddeutsche Juristen-Zeitung», (1946), pp. 41-48, tr. it. M. Lalatta Costerbosa, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, in G. Radbruch, *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis, Milano 2021, pp. 123-148, p. 138: «Il conflitto tra la giustizia e la certezza del diritto potrebbe essere risolto dando la precedenza al diritto positivo assicurato da statuizione e potere, anche se contenutisticamente ingiusto e disutile, a meno che il conflitto delle leggi positive con la giustizia non raggiunga una misura così intollerabile che la legge in quanto ‘diritto ingiusto’ debba cedere il passo alla giustizia. È impossibile tracciare una linea rigorosa tra i casi di legalità senza diritto e le leggi valide nonostante il contenuto ingiusto».

di Radbruch dal giuspositivismo al giusnaturalismo all'indomani della Seconda guerra mondiale e degli orrori perpetrati dal regime nazista⁵. Rileggendo le pagine della *Filosofia del diritto* – pubblicata per la prima volta in un tempo segnato da presupposti storici, culturali, giuridici e politici molto diversi da quelli che animano la discussione giusfilosofica odierna – ci si accorge subito della peculiarità di un pensiero difficilmente inquadrabile nelle schematiche, troppo spesso polarizzate, della filosofia del diritto. Dopo aver contestato apertamente il giusnaturali-

sto; un'altra delimitazione può però essere tracciata col massimo rigore: là dove la giustizia non viene nemmeno perseguita, là dove l'uguaglianza, che costituisce il nucleo della giustizia, viene consapevolmente rinnegata nella statuizione del diritto positivo, qui la legge non è solo 'diritto ingiusto', ma piuttosto essa è priva assolutamente di natura giuridica. Non si può pertanto definire diritto, anche il diritto positivo, se non come un ordinamento e una statuizione determinati dal loro senso di stare al servizio della giustizia». Come fa notare correttamente Carlizzi, "*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*", cit., pp. XXXI ss., sarebbe più corretto parlare di una "duplice formula di Radbruch" giacché Radbruch, nel passo appena citato, sembra riferirsi a due problematiche differenti. La prima riguarda la "validità giuridica" della legge "intollerabilmente ingiusta", mentre la seconda attiene alla "natura giuridica" della legge "volutamente ingiusta". Cfr. sul punto S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post War Papers*, in «Oxford Journal of Legal Studies», (2006), 1, pp. 17-40, spec. pp. 26 ss.; M. Borowski, *Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism*, in T. Spaak, P. Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge 2021, pp. 627-650, spec. pp. 630 ss.

⁵ M. Barberis, *Breve storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 30-32, ad esempio, parla a questo proposito di "neogiusnaturalismo postbellico". Ma l'ipotesi della "discontinuità" del pensiero radbruchiano non è l'unica: vi è anche quella della "continuità" nel segno del giuspositivismo – sostenuta dallo stesso Carlizzi ("Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico", cit., pp. XXVIII ss.) –, o quella della "continuità" in senso opposto – cioè "non-positivistico" – difesa, tra gli altri, da Robert Alexy (*Begriff und Geltung des Rechts* 1992; tr. it. F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997); Stanley Paulson (*Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», (1995), 3, pp. 489-500) e Martin Borowski (*Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism*, cit.).

simo – incapace, a suo modo di vedere, di riflettere quella necessaria “bidimensionalità del mondo giuridico” che rifiuta la delegittimazione operata dall’idea di un diritto naturale immutabile nei confronti del diritto positivo⁶ –, Radbruch parla in termini schiettamente negativi di quell’«epoca trascorsa del *positivismo giuridico*» – che «vide soltanto, con funesta unilateralità, la positività e la certezza del diritto», interrompendo «per lungo tempo la ricerca sistematica dell’utilità e persino della giustizia del diritto positivo»⁷. Dinanzi a quest’opera, allora, è forse opportuno sospendere momentaneamente il (pre)giudizio sulla collocazione del pensiero di Radbruch e confrontarsi più direttamente con le idee che egli vi espone. Quattro di esse mi sembrano particolarmente rilevanti e riguardano 1) il *concetto di diritto*; 2) la *validità del diritto*; 3) l’*interpretazione giuridica*; 4) il *relativismo morale*.

2. Radbruch si muove a partire da quell’“impianto di fondo” del neokantismo⁸ che – come ha ricordato di recente Francesco Viola – reca al suo interno “aporie non superabili”: se da un lato, infatti, i neokantiani non intendono mettere in discussione il diritto positivo, dall’altro essi ambiscono a «sottoporre la positività giuridica a condizioni logico-formali di tipo kantiano», ammettendo – più o meno esplicitamente – «l’insufficienza [della positività] alla definizione della natura del diritto»⁹. La *Filosofia del diritto* rappresenta, in questo senso, uno dei tentativi di fornire risposta a quella tormentata domanda che Emil Lask formula nelle primissime pagine della *Rechtsphilosophie* del 1905: «Deve veramente [...] ogni *filosofia* non empiristica del diritto coincidere con l’antica *metafisica* del diritto discredita da un abbagliante sviluppo

⁶ FD, p. 23.

⁷ FD, p. 86.

⁸ G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*”, cit., p. VIII.

⁹ F. Viola, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Giappichelli, Torino 2021, p. 25.

della scienza positiva?»¹⁰. Come Lask, anche Radbruch segue la via del “dualismo metodico”¹¹, ricordando l’insegnamento kantiano per cui «è impossibile desumere ciò che è *dotato di valore*, ciò che è *corretto*, ciò che *deve* essere da ciò che è»¹². Quest’insegnamento fa maturare in Radbruch il rifiuto della riduzione della filosofia del diritto alla scienza giuridica. Pur ammettendo che la seconda possa effettivamente riuscire a “produrre il concetto di diritto induttivamente” prendendo le mosse dai “fenomeni giuridici singoli”¹³, essa non potrà tuttavia “fondarlo” – cioè giustificarlo in termini assiologici. Questo compito spetta alla filosofia del diritto che deve approcciarsi al fenomeno giuridico in maniera differente, intendendolo come “opera dell’uomo” e quindi come prodotto della “cultura” che non può essere compreso prescindendo “dalla sua rispettiva idea”¹⁴. È quello che Radbruch definisce “atteggiamento riferito al valore” come impostazione metodologica che consente al filosofo del diritto di guardare al diritto come una (delle molteplici) «datità che ha il significato, il senso di realizzare valori»¹⁵. Ogni datità ha il proprio valore (“idea”) di riferimento e quello del diritto è la “giustizia”: «il diritto» – afferma Radbruch – «è la realtà che ha il senso di stare al servizio della giustizia»¹⁶. Robert Alexy ha provato a chiarire quest’affermazione di Radbruch, formulando il noto “argomento della giustizia” secondo cui «sistemi normativi che non avanzano né esplicitamente né

¹⁰ E. Lask, *Rechtsphilosophie*, in *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts*, Festschrift für Kuno Fischer, 2. Band, C. Winter, Heidelberg 1905; tr. it. di A. Carrino, *Filosofia giuridica*, ESI, Napoli 1984, p. 16. Dell’influenza di Lask su Radbruch riferiscono, tra gli altri, F. Viola, *1900-2020*, cit., p. 28 e S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post War Papers*, cit., pp. 29 ss.

¹¹ G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*”, cit., p. XI.

¹² FD, p. 13.

¹³ FD, p. 37.

¹⁴ FD, p. 10.

¹⁵ FD, p. 8.

¹⁶ FD, p. 40.

implicitamente una pretesa di giustezza non sono sistemi giuridici»¹⁷. Attraverso l'argomento della giustezza non si vuole affermare – si badi bene – che il diritto, nei fatti, sia sempre giusto ma piuttosto che il diritto, in quanto opera umana, non possa prescindere dalla giustizia come suo valore di riferimento. Bisogna allora chiarire cosa intenda Radbruch per giustizia. A suo avviso è possibile distinguere «la giustizia che viene apprezzata sulla base del diritto positivo» – ossia la “legalità” che vincola il giudice all'osservanza della legge – dalla «giustizia sulla base della quale il diritto positivo è apprezzato»¹⁸. Nel formulare il concetto (giusfilosofico) di diritto Radbruch si riferisce esclusivamente a questa seconda forma di giustizia che equivale – alquanto genericamente – ad un’“eguaglianza” di tipo formale improntata a criteri di “giustizia distributiva”. È questa – scrive Radbruch – «l'idea di giustizia alla quale deve essere rivolto il concetto di diritto»¹⁹. In realtà, però, l'idea di giustizia di Radbruch è molto più complessa e, per certi versi, ambigua²⁰. Volendo smarcarsi da un ideale di giustizia immutabile che rischierebbe di farlo ricadere tra le braccia del giusnaturalismo, Radbruch precisa che «la giustizia deve essere integrata da altri principi»²¹. Uno di essi è il principio di “utilità” – altrimenti detto di “conformità allo scopo”²² – che risponde all'esigenza di determinare contenutisticamente l'idea di giustizia. Questo principio, tuttavia, non risolve mai definitivamente le dispute tra “le differenti concezioni del diritto e dello Stato” sostenute dai partiti politici e, poiché «il diritto come ordinamento della vita non può essere abbandonato alla diversità delle opinioni dei singoli», si ren-

¹⁷ R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 33.

¹⁸ FD, p. 38.

¹⁹ FD, p. 39.

²⁰ S. Paulson, *Radbruch on Unjust Laws*, cit., p. 496.

²¹ FD, p. 40.

²² D. Pasini, *Il pensiero giuridico di Radbruch*, in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg 1947; tr. it. di Dino P., C.A. Agnesotti, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1959, pp. 15-79, p. 46.

de necessario un altro principio – quello della “certezza giuridica” che si esprime principalmente attraverso la “positività” del diritto²³. Questi tre principi – giustizia, utilità e certezza – si pongono in un rapporto di tensione costante, dando luogo ad “antinomie”, risolte, a seconda dell’epoca considerata, da “gerarchie” differenti²⁴. Ma a prescindere dalle loro possibili antinomie, è importante notare come giustizia, utilità e certezza si risolvano, in fin dei conti, in articolazioni di quel “criterio basale”²⁵ – secondo cui, appunto, «il diritto è la realtà che ha il senso di stare al servizio della giustizia». Quindi – quantomeno con riferimento al *concetto giusfilosofico di diritto* – Radbruch sembra sostenere una posizione molto diversa da quella del positivismo giuridico. Valga su tutti l’esempio di giuspositivismo – contemporaneo a Radbruch – della dottrina pura di Kelsen che, considerando la giustizia un “ideale irrazionale”, vuole occuparsi solamente “del diritto reale e possibile” rinunciando a quelle che ritiene essere semplici “tendenze ideologiche” sul “diritto giusto”²⁶.

3. Il discorso si complica volgendo lo sguardo al decimo capitolo della *Filosofia del diritto*. Qui Radbruch affronta il problema della *validità del diritto* che – come avverte Carlizzi – nel suo pensiero assume una connotazione peculiare. Quando parla di validità, infatti, Radbruch non si riferisce tanto al problema del «possesso dei requisiti legalmente stabiliti per un certo tipo di atto», ma piuttosto a quello dell’«obbligatorietà

²³ FD, p. 81 ss.

²⁴ Sull’importanza del discorso di Radbruch sulle antinomie v. più ampiamente G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un uomo gotico*”, cit., pp. XIX ss.

²⁵ S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post War Papers*, cit., p. 19.

²⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Verlag, Wien 1934, tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 59.

di un atto»²⁷. Allora, per comprendere adeguatamente l'impostazione offerta da Radbruch al tema dell'*obbligatorietà* bisogna riprendere quel passaggio molto significativo in cui egli afferma che «soltanto la morale è in grado di fondare [*bergründen*] la forza obbligatoria del diritto»²⁸. Partendo da questo presupposto Radbruch non può che ammettere la tesi del “delinquente convinto”, cioè di quel soggetto che – ritenendo “ingiusto (o disutile)” il diritto positivo – lo consideri per questo “invalido”²⁹. A questo soggetto «il diritto può provare [solamente] il proprio potere, ma mai dimostrargli la propria validità»³⁰. Chi non può comportarsi da delinquente convinto è invece il giudice cui “dovere di ufficio” è quello di “attuare la volontà di valere della legge” e di «sacrificare la propria sensibilità giuridica al comando autoritativo del diritto», chiedendosi esclusivamente «cosa rileva secondo diritto, giammai se esso sia anche giusto»³¹. Questa “duplice teoria della validità”³² è stata spesso utilizzata per sostenere l'adesione di Radbruch al positivismo giuridico giacché una delle due versioni – cioè la teoria della validità “dal punto di vista del giudice” – eliminerebbe la «correttezza morale quale criterio di identificazione del diritto valido»³³. Tuttavia, la convinzione radbruchiana per cui il giudice è sempre obbligato ad applicare la legge (anche quella *ingiusta*) non è dettata da una separazione rigida tra legalità e giustizia – che Radbruch non può sostenere a meno di non contraddire il *concetto giusfilosofico di diritto* proposto in precedenza –, ma piuttosto dalla convinzione che l'adesione del giudice ad una teoria della validità di tipo legalistico permetterebbe al diritto di realizzare al meglio un altro principio della giustizia, cioè quello della *certezza giu-*

²⁷ G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*”, cit., p. XXXII. Cfr. D. Pasini, *Il pensiero giuridico di Radbruch*, cit., p. 30.

²⁸ FD, p. 52.

²⁹ FD, p. 95.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² M. Borowski, *Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism*, cit., pp. 637-638.

³³ Ivi, p. 637.

*ridica*³⁴. Riletta alla luce di queste considerazioni, anche la “formula” del 1946 assume un tono meno radicale. La si può intendere piuttosto come sviluppo di un pensiero che assegna sempre al giudice il compito di garantire la certezza, a meno che quest’ultima non avalli, fagocitando gli altri principi, una “legalità senza diritto” – cioè “intollerabilmente ingiusta” – o, peggio ancora, una legalità che nemmeno si è posta il problema di perseguire la giustizia³⁵.

4. La distanza di Radbruch da qualsiasi forma di positivismo-legalistico è confermata dalla posizione che egli assume in materia di *interpretazione giuridica*, segnata da un rifiuto netto del *volontarismo* e quindi – seppur indirettamente – del *formalismo interpretativo*³⁶. Per Radbruch, infatti, l’interpretazione giuridica «non si ferma all’accertamento del senso inteso dal creatore della legge» perché alla sua formazione «ha preso parte una pluralità di autori, sicché può darsi una pluralità di opinioni

³⁴ Come spiega bene S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post War Papers*, cit., p. 19, «He writes there that the judge is bound in every instance to adhere to the statute, a doctrine yielding, to be sure, a positivistic result in the familiar sense. For it implies that the judge is bound to adhere to the iniquitous statute, too. Still, the reasons that Radbruch adduces on behalf of the doctrine do not suggest an endorsement of positivism qua separation principle; they are, rather, a reflection of his thoughts on the role of the judiciary». In senso diametralmente opposto si esprime T. Spaak, *Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch*, in «Law and Philosophy», (2009), 3, pp. 261-290, p. 278, secondo cui, invece, «the doctrine of judicial bindigness presupposes the separation thesis, and my guess is that Radbruch simply didn't see that his endorsement of the doctrine presupposed acceptance of the separation thesis». La distanza di Radbruch dalle tesi del “positivismo legalista” che, partendo da questi passaggi del decimo capitolo della FD, gli si vorrebbero attribuire è dimostrata ancora da S. Paulson, *Sobre la continuidad de la filosofía jurídica no-positivista de Gustav Radbruch*, in Id., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Marcial Pons, Madrid 2018, pp. 163-205, spec. pp. 181 ss.

³⁵ G. Radbruch, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, cit., p. 138.

³⁶ Sul legame tra volontarismo e formalismo v. V. Villa, *La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e antiformalismo*, in «Etica&Politica», (2006), 1, pp. 1-19, spec. pp. 5 ss.

di tali partecipi sul senso della legge»³⁷. Al rifiuto del volontarismo si accompagna la convinzione dell'esistenza di margini di *creatività* per l'interprete. Radbruch, infatti, rigetta la comparazione tra interpretazione "filologica" e "giuridica" perché, a suo modo di vedere, «l'interpretazione giuridica non è ripensamento di qualcosa che è stato compiutamente pensato [*Nachdenken eines Vorgedachten*], bensì compimento di qualcosa che è stato pensato [*Zuendedenken eines Gedachten*]]»³⁸. Avendo il compito di migliorare ciò che il legislatore ha pensato – giacché «l'interprete può comprendere la legge meglio di quanto hanno fatto i suoi creatori» –, Radbruch ritiene che l'interpretazione giuridica «attraverso passaggi impercettibili» possa condurre «da interpretazioni dello spirito del legislatore a regole che l'interprete stesso 'stabilirebbe in qualità di legislatore'»³⁹. Questa possibilità di miglioramento di un diritto che «resta suscettibile di rispondere con nuovi significati a nuove esigenze giuridiche»⁴⁰ – che Radbruch riprende con toni più pacati dal "movimento del diritto libero"⁴¹ – è comunque mitigata dalla consapevolezza che «l'interpretazione giuridica si distingu[a] da quelle forme intuitive di interpretazione per la sua natura senz'altro razionale»⁴². Quindi, se da un lato Radbruch dimostra grande sensibilità per l'intreccio tra elemento normativo e fattuale – anticipando, per certi versi, un aspetto che si

³⁷ FD, pp. 124-125. Si tratta di uno degli argomenti più utilizzati per criticare il riferimento nell'interpretazione alla "volontà" o "intenzione" del legislatore, riferimento che – come ha fatto notare di recente G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino 2021, p. 282 – è «tuttora ampiamente usato specialmente nell'interpretazione giudiziaria» sebbene «piuttosto screditato in sede teorica».

³⁸ FD, p. 125.

³⁹ *Ibidem*. Esattamente vent'anni dopo Tullio Ascarelli utilizzerà nello stesso senso un'espressione quasi identica parlando dell'interprete come "legislatore in tono minore" (T. Ascarelli, *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano 1952, p. XXVn).

⁴⁰ FD, p. 126.

⁴¹ Cfr. G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., pp. 186-189.

⁴² FD, p. 128.

rivelerà centrale nella corrente ermeneutica⁴³ –, dall'altro egli rivela piena consapevolezza della necessità di ricondurre l'interpretazione a criteri che, con un linguaggio aggiornato ai nostri tempi, definiremmo di *ragionevolezza*. Pur riferendosi a “leggi logiche” che permetterebbero di individuare il “senso oggettivo” della legge – espressioni che farebbero presagire un repentino ravvedimento in favore del formalismo –, Radbruch non intende affatto sottomettere l'interpretazione a criteri di tipo logico ma piuttosto riformulare il concetto stesso di “comprensione” del diritto, adeguandolo al “concetto giusfilosofico di diritto” prima elaborato. «Comprendere» – scrive Radbruch – «significa: fare proprio un fenomeno culturale proprio come fenomeno culturale, ossia nel suo rapporto al corrispondente valore culturale» e dunque «assimilare il diritto come realizzazione del concetto di diritto, ossia come una datità che ha il senso di realizzare l'idea del diritto, come un tentativo di realizzazione di quest'ultima»⁴⁴. I paragoni – e forse gli azzardi – qui potrebbero sprecar-

⁴³ Cfr. G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, in «Persona y Derecho», (2011), 1, pp. 83-119, spec. pp. 113 ss. L'attenzione rivolta da Radbruch al “fatto” diventerà ancora più evidente dopo l'esperienza vissuta in Inghilterra e il confronto con il sistema di *common law*, come dimostrato da due passaggi particolarmente significativi di G. Radbruch, *Des Geist des englischen Rechts*, Adolf Rausch Verlag, Heidelberg 1945; tr. it. di A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano 1962. Nel primo Radbruch afferma: «Qui vive ancora qualcosa di quella rappresentazione che fuori dell'ambito giuridico inglese è quasi andata perduta, secondo la quale il diritto sorgendo lentamente, come la lingua e il costume, al di là della nostra volontà, è indissolubilmente legato alle circostanze dei fatti del singolo caso e non può essere colto né dalla legge con il suo carattere generalizzatore né dall'intervento violento del rivoluzionario» (p. 48). Nel secondo, invece: «Il giurista inglese è convinto che l'interpretazione giuridica sia orientata più sicuramente alla natura dei fatti che all'idea del diritto. Egli è incline a credere che il singolo caso porta con sé già il suo diritto, e se la formula *'ex facto jus oritur'* (dal fatto sorge il diritto), è soggetta a certe difficoltà metodologiche, essa però pone giustamente l'accento sul fatto che la decisione di un caso concreto richiede da parte del giudice l'energia creatrice del diritto in un grado assai più alto dei fantasmi dei casi futuri solamente immaginati, quali ha dinanzi a sé il legislatore» (p. 52).

⁴⁴ FD, p. 131.

si: ma non è questo, in fondo, ciò che intende suggerire chi rilegge oggi il fenomeno giuridico come una “pratica sociale” di tipo interpretativo, distaccandola da una dimensione puramente normativistica?⁴⁵

5. Un altro elemento di interesse della proposta giusfilosofica di Radbruch è quello del *relativismo*, analizzato – molto più articolatamente di quanto posso fare io in questo spazio limitato – da Vincenzo Omaggio in uno dei due saggi che precedono la *Filosofia del diritto*⁴⁶. Qui mi limito perciò a segnalare che quello di Radbruch è un relativismo *sui generis*, sicuramente distante dall’accezione che si è soliti attribuire oggigiorno a questo concetto: «niente di più lontano» – come segnala lo stesso Omaggio – «da una forma di scetticismo nichilistico o paralizzante»⁴⁷. Ciò che conduce Radbruch ad una posizione relativistica è, *in primis*, la possibilità – già segnalata in precedenza – che in diverse epoche i tre principi serventi l’idea di giustizia possano caratterizzarsi per differenti relazioni di dipendenza gerarchica; e, *in secundis*, la convinzione che il conflitto tra concezioni assiologiche diverse non possa essere definitivamente risolto attingendo a criteri scientifici⁴⁸. Ma sia il primo che il se-

⁴⁵ Si prenda come esempio il post-positivismo di Manuel Atienza che in questo senso scrive: «Interpretar es una cuestión práctica y la resolución – justificada – de un problema interpretativo exige contar con una teoría que guíe ese proceso [...] y que no puede ser meramente descriptiva. O sea, interpretar es (debe verse como) una actividad que exige asumir lo que Dworkin ha llamado una ‘actitud interpretativa’: asumir que ese proceso tiene lugar en el contexto de una práctica a la que da sentido el logro de ciertos fines y valores, de manera que quien interpreta en el contexto de la misma ha de proponerse alcanzar el significado que mejor sirva a esos propósitos; pero permaneciendo dentro de la práctica, esto es, sin desconocer los materiales autoritativos (las normas válidas) que marcan en el Derecho un límite infranqueable: interpretar no es inventarse el Derecho» (M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, p. 21).

⁴⁶ V. Omaggio, *Il relativismo di Gustav Radbruch*, cit.

⁴⁷ Ivi, p. LI.

⁴⁸ J.M. Rodríguez Paniagua, *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, in «Revista de Estudios Políticos», (1963), 1, pp. 77-101, p. 82.

condo elemento relativistico si muovono in un contesto assiologico ben definito – che forse, con qualche azzardo, potrebbe definirsi di *oggettivismo morale minimo o moderato*. Il conflitto tra concezioni del diritto e quello tra visioni della giustizia, infatti, non può mai giungere alla conseguenza estrema – o, per utilizzare un termine più vicino a Radbruch “intollerabile” – di negare l’idea stessa del diritto che risiede nella giustizia. Nella *Filosofia del diritto* questa condizione sembra implicita ma leggendo l’articolo del 1934 *Le relativisme dans la philosophie de droit* – in cui Radbruch si dichiara “relativista” utilizzando toni piuttosto radicali – ci si accorge non solo che Radbruch è poco disposto a rinunciare a questa pre-condizione, ma anche di una sua adesione incondizionata ai valori del liberalismo che lo porta all’affermazione – piuttosto indicativa quanto alla sua distanza da qualsiasi forma di scetticismo radicale – che «*le relativisme débouche dans le libéralisme*»⁴⁹. Questa convinzione sarà resa ancora più forte dalle esperienze traumatiche della guerra e del nazismo, accrescendo nella seconda metà degli anni Quaranta la sensibilità di Radbruch verso la tematica dei diritti umani, inglobati – con linguaggio, a dire il vero, piuttosto ambiguo – nella sfera del “diritto naturale”⁵⁰: il segno, secondo alcuni, di un abbandono definitivo dell’elemento relativistico nella sua proposta giusfilosofica.

⁴⁹ G. Radbruch, *Le relativisme dans la philosophie du droit*, in «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique», (1934), 1-2, pp. 105-110, p. 107. Corsivo nel testo. In questo senso, si tratta di un relativismo molto differente da quello di Hans Kelsen. Come sottolineato da L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Chicago, 1940, tr. it. A. Porciello, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2015, p. 117n., infatti, la «filosofia relativista» di Radbruch «non presenta quel carattere di intransigenza e di mancanza di compromessi tipico del pensiero di Kelsen».

⁵⁰ Cfr. G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in «Rhein-Neckar Zeitung», (1945), 12, p. 3, tr. it. di M. Lalatta Costerbosa, *Cinque minuti di filosofia del diritto*, in G. Radbruch, *Diritto e no*, cit., pp. 117-121, p. 120; G. Radbruch, *Propeudentica alla filosofia del diritto*, cit., p. 234.

6. In queste pagine non ho fatto altro che proporre alcune suggestioni a partire da un'opera la cui traduzione ci chiama, forse, a fare definitivamente i conti con il pensiero di un autore che non può essere né ridotto alla "formula" del dopoguerra, né alla rigida dicotomia tra giusnaturalismo e giuspositivismo. Radbruch – testimoniando quella "crisi del metodo logico-formale dell'interpretazione" e di un "principio di legalità" puramente autoreferenziale che caratterizza le prime tre decadi del Novecento⁵¹ – ci invita a riflettere in maniera originale sul diritto con una proposta giusfilosofica volta a far emergere i benefici di una tensione costante tra valori come la giustizia, l'utilità e la certezza, che dovrebbe scoraggiare in partenza aneliti di sopraffazione reciproca in nome dell'una o dell'altra ideologia o corrente di pensiero. Come scrive Robert Alexy – il filosofo del diritto contemporaneo che più di tutti sembra aver colto l'insegnamento radbruchiano – "la formula di Radbruch" – ma aggiungerei, a questo punto, anche quel "criterio basale" che sostiene la struttura della *Filosofia del diritto* – «può essere messa in discussione solo da chi consideri la certezza del diritto come un principio assoluto. Il che, come del resto ogni perseguimento di principî assoluti, ha qualcosa di fanatico»⁵². E l'ultima cosa di cui abbiamo bisogno – specie in questi giorni difficili – è proprio il fanatismo^{53*}.

⁵¹ A. Baratta, *Per una apologia "giusnaturalistica" del positivismo giuridico*, in «Il politico», (1966), 3, p. 549.

⁵² R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 53.

^{53*} La recente invasione militare della Russia ai danni dell'Ucraina ci invita a rileggere come monito per il giurista l'ultimo capitolo della FD – dedicato proprio al tema della guerra – e, in particolare, l'ultima pagina. «Tuttavia, rassegnarsi alla guerra come sventura inevitabile è quanto di meno appropriato possa esserci per il giurista. Per lui si pone in primo luogo l'interrogativo se su questa terra, affidata a noi uomini, debba dominare il caso o la razionalità. Se dunque, laddove il destino decide delle sorti della terra, il diritto debba ritirarsi impotente di fronte all'anarchia anziché fondare il suo dominio completo. Se la cattedrale dell'ordinamento giuridico debba cadere in rovina prima di essere completata, oppure fermarsi alla sua altezza attuale come una misera costruzione di emergenza, oppure debba trovare conclusione e compimento in una cupola orgogliosa».

ARCHIVIO

ERMENEUTICA GIURIDICA*

Winfried Hassemer

1. L'universalità dell'ermeneutica

La storia del rapporto tra diritto ed ermeneutica è la storia di una lezione, di una fecondazione e di un arricchimento reciproci. Tale rapporto intercorre tra l'ermeneutica filosofica e quella giuridica, ma anche tra la teoria ermeneutica del diritto e la dogmatica giuridica. Il pensiero ermeneutico è simile a un legamento, capace di tenere insieme e di conferire un'unità di massima ad ambiti delle scienze, come pure della scienza e della prassi, che altrimenti si disgregherebbero.

Ciò non è casuale. L'ermeneutica non è un "settore" del lavoro scientifico, né è un ambito oggettivo o una disciplina; essa è piuttosto un metodo di approssimazione scientifica agli oggetti, un metodo di costruzione di teorie e di sistemi scientifici; è un fenomeno strutturale, che esige attenzione per ogni specie di attività scientifica, presuppone e sottende le singole scienze. Alla luce di ciò risulta senz'altro chiaro che le dimensioni dell'ermeneutica nulla hanno a che fare con i confini delle scienze¹, ossia che l'ermeneutica – e ciò avviene da tempo, sebbene in

* Traduzione, a cura di Gaetano Carlizzi, di W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1986, pp. 195-212.

¹ Ciò è evidente nel collettaneo da me curato *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, 1984, che offre contributi di filosofia, antropologia, filosofia del diritto, teoria del diritto, metodologia giuridica, retorica, didattica e letteratura.

forma mutevole – influenza le singole scienze e contribuisce a fondarle dal punto di vista gnoseologico: dalla scienza della storia², passando per la teologia³ e la scienza della letteratura⁴, fino ad arrivare alla “svolta postempirista” nelle moderne scienze della natura⁵, la quale comprende che non esistono “dati” indipendenti da una teoria o da un paradigma, dati “puramente” disponibili all’osservazione empirica.

Tutto ciò cade fuori dell’orizzonte di indagine prefissato con l’oggetto “ermeneutica giuridica”. Ma è nondimeno degno di nota, poiché l’universalità epistemologica dell’ermeneutica è ovviamente ricca di conseguenze anche per la sua recezione nella scienza e nella prassi giuridica: tale universalità non comporta soltanto che l’ermeneutica fornisce risposte anche a questioni di scienza giuridica; essa è altresì in grado di operare un collegamento epistemologico tra l’ambito del diritto e ulteriori ambiti oggettivi, di rimettere in discussione la scientificità della scienza giuridica e di fondarla criticamente⁶.

L’universalità dell’ermeneutica è stata continuamente rielaborata e resa fruttuosa da alcuni lavori prodotti nella cerchia della *Cátedra Francisco Suárez*. Nella prospettiva dell’ermeneutica giuridica, questi lavori ci hanno fornito soprattutto una comprensione approfondita e critica

² Fondamentale Droysen, *Historik*, 1937.

³ Cfr., ad esempio, Simons-Hecker, *Theologisches Verstehen. Philosophische Prolegomena zu einer theologischen Hermeneutik*, 1969.

⁴ Cfr., ad esempio, Nassen (Hrsg.), *Texthermeneutik. Aktualität, Geschichte, Kritik*, 1979.

⁵ Cfr., ad esempio, anche per ulteriori indicazioni, Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, 1981, pp. 161 ss. Lì si rileva giustamente che ciò non costituisce una novità per un’epistemologia non-analitica delle scienze naturali (p. 163).

⁶ Un esempio al riguardo: Arth. Kaufmann, *Einige Bemerkungen zur Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, in *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 67 ss., anche in Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 1984, pp. 119 ss.

della teoria delle norme⁷, la mediazione tra pensiero filosofico, scientifico-giuridico e sociologico⁸ o il confronto tra la formazione di una teoria da un punto di vista scientifico-giuridico e una prospettiva di tipo materialistico⁹.

Queste problematiche si collocano a un livello di elevata astrazione – costituiscono i frutti di una trattazione persistente e moderna di problemi epistemologici e teorico-giuridici fondamentali. Lo sviluppo dell'ermeneutica giuridica iniziò con problematiche più semplici e concrete, almeno sul versante della scienza e della prassi del diritto. Tali problematiche ricevettero impulsi e risposte nell'ambito dell'ermeneutica generale. Le risposte erano pronte; nel XX secolo l'ermeneutica generale si era interessata – oltre che di questioni fondamentali di scienza teologica, letteraria e storica – anche di questioni fondamentali di scienza del diritto¹⁰.

2. Origini

Se posto a confronto con l'interesse per altri ambiti oggettivi, l'interesse della teoria ermeneutica per il diritto fu tuttavia tardivo. Un'opera standard sull'ermeneutica generale del XIX secolo parla certamente

⁷ Ad esempio, López Calera, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, 1969, spec. pp. 129 ss.

⁸ Soprattutto nei lavori di Ollero, *Derecho y Sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía alemana actual*, 1973, spec. pp. 44 ss.; *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlegendendiskussion in Deutschland*, 1978, spec. pp. 29 ss.; *Interpretation del derecho y positivismo legalista*, 1982, *passim*, spec. pp. 100 ss., 170 ss., 246 ss.

⁹ Ad esempio, Saavedra, *Interpretacion del derecho e ideologia. Elementos para una crítica de la hermeneutica jurídica*, 1978, *passim*.

¹⁰ Cfr., ad esempio, le concettualizzazioni sul ruolo della comprensione nel diritto di Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl. (1975), pp. 307 ss., l'indagine più ricca sull'ermeneutica generale; sul punto, adesso, Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, 1984.

di ermeneutica teologica o storica, ma non di ermeneutica giuridica¹¹. D'altro canto, le metodologie giuridiche avevano familiarità col concetto di “*hermeneutica iuris*”; esse, tuttavia, lo impiegavano in un senso che, considerato nella prospettiva dell'ermeneutica giuridica attuale, non era specifico¹², ossia per indicare grosso modo le dottrine dell'interpretazione, che già Savigny aveva sistematicamente presentato nella sua lezione sui metodi del 1802/1803¹³ e che – con espressioni mutevoli – dominavano la metodologia del secolo scorso¹⁴. L'ermeneutica giuridica costituisce una filiazione comparativamente tarda della teoria ermeneutica generale.

Una teoria del diritto o metodologia che vincola a regole interpretative l'applicazione di norme legali a fatti è pur sempre un'antesignana dell'ermeneutica giuridica, ma non ancora la sua base: chi prescrive di trattare la legge tenendo conto della lettera, della connessione sistematica, della volontà del legislatore e del senso obiettivo della legge¹⁵; chi lega l'interpretazione della legge ai punti di vista dell'autonomia (oggettività) e dell'unità della legge, chi attribuisce rilievo all'origine, al significato materiale del testo e alla comparazione¹⁶ – costui muove pur sempre dall'idea che la legge sia suscettibile e bisognosa di inter-

¹¹ J. Wach, *Das Verstehen. Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, 3 Teile, 1916, 1929, 1933.

¹² Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, pp. 22 ss.

¹³ F.C. v. Savigny, *Juristische Methodenlehre* (ed. Wesenberg), 1951.

¹⁴ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4 Aufl. (1978), I, capp. 1-3.

¹⁵ In questo senso la “classica” suddivisione delle dottrine dell'interpretazione; vedi, ad esempio, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 307 ss.

¹⁶ A questo punto resta aperta la questione se sia mai stata formulata e sostenuta una giurisprudenza dei concetti così severa e chiusa; meritevole di lettura sul punto è Ogorek, *De l'esprit de légendes*, in «*Rechtshistorisches Journal*», 1983, pp. 277 ss., sull'ermeneutica di Montesquieu. Anzi, la giurisprudenza dei concetti serve alla metodologia attuale, anche all'ermeneutica giuridica, più come spauracchio che come oggetto di studio.

pretazione e che metodi di interpretazione diversi possano condurre a risultati interpretativi diversi. Una metodologia costruita sulle dottrine dell'interpretazione coglie dunque pur sempre l'apertura delle leggi e nega così i due assunti fondamentali di ogni giurisprudenza dei concetti in senso stretto, ossia che la legge sarebbe univoca e completa.

È stato soprattutto Coing¹⁷ che, sulla scia – tra gli altri – di Betti¹⁸, Bollnow¹⁹, Geny²⁰, nonché Gadamer²¹, ha elevato la lacunosità e mancanza di chiusura delle leggi a perno della propria dottrina dell'interpretazione, e ha chiarito in tal modo la tensione tra vincolo alla legge e creatività giuridica del giudice²². In questo modo fu formulato il problema di cui l'ermeneutica giuridica si è occupata fino a oggi e che la dottrina del diritto libero aveva risolto in maniera frettolosa e radicale²³: il problema di un “corretto” rapporto con la legge, della “corretta” applicazione della legge al caso. Questo problema, in genere, diventa visibile solo quando si ritiene che la legge non sia suscettibile di un'estensione puramente deduttiva nella decisione dei casi, quando si rifiuta di usarla come base di conclusioni (tauto)logiche: quando la legge è concepita

¹⁷ Ciò si trova, ad esempio, in Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. (1976), pp. 309 ss.; v. anche già Id., *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959.

¹⁸ Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, 1955; Id., *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962.

¹⁹ Bollnow, *Das Verstehen. Drei Aufsätze zur Theorie der Geisteswissenschaften*, 1949.

²⁰ Gény, *Methode d'interpretation et sources en droit prove positive*, 2. Aufl. (Neudruck 1954).

²¹ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., pp. 307 ss.

²² Cfr., in particolare, Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 329 ss., 334 ss.

²³ Cfr., soprattutto, H. Kantorowicz (pseudonimo: Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; sul punto, Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., p. 334 s.; Arth. Kaufmann, *Freirechtsbewegung – lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre*, in «Juristische Schulung», 1965, pp. 1 ss., anche in Id., *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2. Aufl. (1984), pp. 231 ss.

come direttiva decisoria non univoca, non completa e aperta al futuro. Infatti, solo allora si ha motivo di riflettere sul ruolo produttivo di chi “interpreta” o “applica” la legge, e, correlativamente a ciò, di ricercare i criteri della corretta interpretazione o applicazione.

3. Peculiarità

L'ermeneutica giuridica si accosta in maniera specifica al problema di un corretto rapporto con la legge (e già in ciò si distingue dalle altre teorie del diritto). La sua prospettiva è più ampia di quella delle teorie analitiche²⁴, ed è diversa dalla prospettiva di una dottrina sistemica del diritto²⁵.

3.1. Rispetto alla teoria analitica del diritto

L'ermeneutica non respinge l'interesse di stampo analitico alla precisione del linguaggio giuridico – dalle leggi, passando per le teorie scientifico-giuridiche, fino ad arrivare all'elaborazione del fatto –, nonché alla chiarezza e alla coerenza dei sistemi giuridici, bensì ne relativizza l'importanza.

Per l'ermeneutica giuridica le condizioni di correttezza del rapporto con i testi normativi si trovano su un piano più fondamentale di quello semantico. Chiarezza, precisione e coerenza in quanto tali non sono ancora una garanzia di correttezza, bensì presupposti di trasparenza e controllo soprattutto dell'agire giudiziario. Certo, la trasparenza e il controllo sono obiettivi centrali e irrinunciabili dell'odierna teoria, scienza

²⁴ Paradigmatico il collettaneo H.J. Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976.

²⁵ Paradigmatico Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. (1975); critico al riguardo, dal punto di vista ermeneutico, Esser, *Vorverständnis und Methodewahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. Aufl. (1972), cap. IX (“*Systemtheorie und Konsensproblematik*”), pp. 205 ss.

e prassi giuridica. Tuttavia, una teoria sufficientemente plausibile della corretta applicazione o individuazione del diritto [*Rechtsfindung*] deve fare i conti col fatto che un torto flagrante può presentarsi in vesti irreprensibili dal punto di vista analitico²⁶, e che i contrassegni del corretto parlare prescelti dalle teorie analitiche del diritto sono criteri storicamente mutevoli, agganciati alla nostra concezione empiricamente orientata del mondo e della scienza²⁷ e non convincenti per le altre culture giuridiche²⁸.

3.2. Rispetto alla dottrina sistemica del diritto

L'interesse di stampo sistemico alla produzione nel sistema giuridico di conseguenze vantaggiose per il sistema generale (assorbimento dei conflitti, adattamento dei partecipanti all'apprendimento cognitivo, incremento della complessità elaborabile e così via) non è estraneo all'orizzonte problematico ermeneutico, ma viene solo diversamente formulato e localizzato (e così, ovviamente, modificato) dall'ermeneutica giuridica.

L'ermeneutica giuridica condivide con la dottrina sistemica del diritto l'interesse scientifico per connessioni che trascendono il sistema giuridico; soprattutto i progetti ermeneutici di stampo ontologico e gno-seologico²⁹ rendono evidente che tale dottrina non si limita al rapporto tra legge e sentenza, bensì considera il sistema giuridico come una parte

²⁶ Numerosi esempi al riguardo si trovano in Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2. Aufl. (1973).

²⁷ Ulteriori ragguagli su questo collegamento nel mio lavoro sugli scopi della pena nel diritto penale sociologicamente orientato, in W. Hassemer-Lüderssen-Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 39 ss., 47 ss.

²⁸ Esempi istruttivi sul punto, ad esempio, in D. Simon, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, 1973, pp. 13 ss., 22 s.

²⁹ Un tale stampo dell'ermeneutica giuridica si trova nei lavori contenuti nella raccolta Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit.; cfr., ivi, *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957), pp. 1 ss.; *Gedanken zur Überwindung des Rechtsphilosophischen Relativismus* (1960), pp. 51 ss., 57 ss.; *Rechtspositivismus und Naturrecht in*

del mondo e della scienza. Inoltre, l'orientamento all'*output* del sistema giuridico³⁰, evidente dal punto di vista della teoria dei sistemi e sul quale si concentrano attualmente le discussioni tra i teorici e gli scienziati del diritto³¹, è – almeno ai miei occhi – un concetto presente nella tradizione dell'ermeneutica giuridica; la considerazione delle conseguenze dell'agire giuridico fa parte delle aspettative di giustizia e delle condizioni di consenso presupposte dal controllo ermeneutico di correttezza³².

Nonostante questi aspetti comuni alla teoria sistemica e alla teoria ermeneutica del diritto, non si può ignorare la fondamentale differenza esistente tra loro, dovuta alla fonte scientifica dalla quale derivano e alla quale sono di volta in volta legate.

La teoria funzionalista dei sistemi può tener conto dei valori giuridici e dei principî di eguaglianza, giustizia o autonomia solo nella qualità di funzioni sistemiche disponibili, mentre per una teoria ermeneutica essi costituiscono il fondamento e la guida della corretta individuazione del diritto. Sebbene la filosofia sociale e la teoria sociale descrittiva abbiano in comune aspetti molteplici e al momento in evoluzione sempre più manifesta, le tradizionali differenze si mostrano proprio nel rapporto tra

erkenntnistheoretischer Sicht (1961), pp. 69 ss., 93 ss.; *Die ontologische Struktur des Rechts* (1962), pp. 101 ss., 117 ss.; *Gesetz und Recht* (1962), pp. 131 ss., 152 ss.

³⁰ Sebbene Luhmann (in *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 31 ss.) non ritenga che il sistema giuridico – a mio avviso, troppo poco differenziato rispetto ai singoli ambiti del diritto – possa avere un sufficiente orientamento alle conseguenze, la sua raccomandazione di sviluppare «concetti giuridici adeguati alla società» (ivi, pp. 49 ss.) sfocia tanto per la costruzione sistematica, quanto per la prassi giuridica in un orientamento all'*output*; quest'ultimo si annida nella «adeguatezza sociale» dei concetti giuridici.

³¹ Cfr., ad esempio – di volta in volta con ampi riferimenti –, Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, 1981; W. Hassemer, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Festschrift für Coing*, 1982, vol. I, pp. 493 ss.

³² Sul punto, in particolare, Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., pp. 142 ss.

dottrina sistemica e teoria ermeneutica del diritto. La funzionalizzazione sistemica dei valori giuridici³³ è inaccettabile per una teoria ermeneutica del diritto, perché quest'ultima non può riformularla con i propri concetti di valore fondativi, perché alla propria tradizione appartiene in maniera esemplare la fondamentale distinzione tra essenza ed esistenza del diritto, tra giusnaturalità e positività, tra giustizia e certezza del diritto³⁴, e perché, di conseguenza, l'ermeneutica (con le categorie essenza, giusnaturalità, giustizia) delimita un ambito che non può essere adeguatamente concepito – appunto – attraverso descrizioni funzionaliste.

4. Fonti

Nella Repubblica Federale Tedesca, l'ermeneutica giuridica³⁵ è stata alimentata in origine da due fonti, che confluiscono in alcuni progetti, specialmente recenti; tali fonti sono, da un lato, la metodologia giuridica, dall'altro, la filosofia del diritto. È chiaro che questa distinzione è idealtipica – in verità, la stessa distinzione tra teoria del diritto, filosofia del diritto e metodologia è problematica³⁶. Tuttavia, proprio lo sviluppo dell'ermeneutica giuridica mostra che i punti-chiave della ricerca giusfilosofica e metodologica non sono chiaramente distinguibili tra

³³ Cfr., ad esempio, sulla giustizia come «complessità adeguata del sistema giuridico», Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in «Rechtstheorie», 1973, pp. 131 ss., spec. capp. V ss.

³⁴ Particolarmente chiaro Arth. Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, cit., *passim*.

³⁵ Una panoramica generale si trova anche in Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, 1976, pp. 429 ss.

³⁶ Sulla distinzione tra filosofia del diritto e teoria del diritto, Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in Kaufmann-Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4. Aufl. (1985), pp. 1 ss., 9 ss.; sulla distinzione tra teoria del diritto e metodologia, W. Hassemer, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, in Arth. Kaufmann (Hrsg.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, 1971, pp. 27 ss.

loro, e che i loro aspetti comuni documentano piuttosto la coerenza e la ricchezza delle questioni fondamentali della scienza del diritto.

4.1. Metodologia (fatto e norma)

Il punto di partenza dell'ermeneutica giuridica orientata ai metodi, nell'ambito della quale spiccano soprattutto i nomi di Esser³⁷ e Larenz³⁸, ma anche di Kriele³⁹ e di Friedrich Müller⁴⁰, è il rapporto tra norma⁴¹ e vicenda umana [*Lebenssachverhalt*]. Senonché, l'ermeneutica giuridica condivide questo punto di partenza con ogni teoria della produzione del diritto; in effetti, che il fatto si "adatti" alla relativa norma giuridica,

³⁷ In particolare: *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit.; *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in *Festschrift für L. Raiser*, 1974, pp. 517 ss.; *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, 1979; ora Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, 1984.

³⁸ In particolare: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., II, Systematischer Teil; *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965; *Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*, in *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, pp. 291 ss.

³⁹ In particolare: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2 Aufl. (1976).

⁴⁰ In particolare: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, 1966; *Juristische Methodik*, 2 Aufl. (1976); *Strukturierende Rechtslehre*, 1984.

⁴¹ Non si tratta, dunque, soltanto di norme legali, di diritto codificato. I precedenti di un *case law* costituiscono per una teoria ermeneutica un equivalente funzionale del diritto legale; su questo collegamento, cfr. il mio lavoro *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in Kaufmann-Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, cit., pp. 193 ss., 205 s.; Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, IV, *Dogmatischer Teil*, 1977, pp. 202 ss. (sulla «norma del caso»); Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, in Kaufmann-Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, cit., pp. 276 ss., 285 s.

che la norma sia “adatta” per la decisione del fatto – che sia in gioco dunque, come suol dirsi, la “sussunzione” del fatto nella norma – tutto ciò è patrimonio comune di ogni raffigurazione dell’applicazione normativa giuridica.

Il passo che va oltre questa ovvietà – e che solo rende “ermeneutica” una teoria – è orientato a uno specifico rapporto tra norma e fatto. Questo rapporto si lascia parafrasare come “relazione”, come “corrispondenza”, come “dipendenza da”. Nella metodologia giuridica recente, il concetto scientifico di tale rapporto è stato enucleato, in particolare, dai lavori di Engisch⁴², la cui spesso citata immagine dell’«andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore (cioè norma legale: W.H.) e vicenda umana»⁴³ fa vedere efficacemente di cosa si tratta. La norma e il caso (che, secondo la metodologia tradizionale, si combinavano solo dopo la sussunzione deduttiva del caso nella norma) devono esser condotti in una relazione, in modo graduale e reciproco, nell’atto di individuazione del diritto, devono svilupparsi in maniera concretizzante l’uno in funzione dell’altro, e sotto questo profilo si presuppongono a vicenda. In tal modo il rapporto tra norma e fatto si dinamizza. L’applicazione normativa diventa concretizzazione normativa (sul fatto); la decisione del fatto diventa costituzione del fatto (con l’ausilio della norma). Norma e fatto si stabiliscono l’uno con l’altro nel processo di applicazione normativa ovvero di decisione del fatto.

Prima di poter concepire e formulare questo rapporto tra norma e fatto, l’ermeneutica giuridica doveva eliminare la tradizionale “ideologia della sussunzione”. In base alla tesi della sussunzione, norma e fatto non potevano essere messi in movimento, perché per essa la decisione del fatto era già sempre contenuta (sebbene ignota) nella norma e perché, di conseguenza, l’applicazione normativa poteva essere pen-

⁴² In particolare: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. (1963); *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Aufl. (1968); *Einführung in das juristische Denken*, 7. Aufl. (1977).

⁴³ *Logische Studien*, cit., p. 15.

sata solo come sviluppo di un potenziale normativo disponibile; non era necessario mutare alcunché, ma solo concretizzare, attualizzare e concludere. All'eliminazione della tesi della sussunzione l'ermeneutica giuridica lavorò mano nella mano con alcune parti della teoria analitica del diritto⁴⁴, e si fece istruire dalle indagini della scienza linguistica sulla dipendenza del linguaggio dal contesto⁴⁵.

La lotta dell'ermeneutica giuridica contro la concezione secondo cui l'applicazione della legge sarebbe una mera sussunzione del fatto con l'ausilio di un'inferenza deduttiva è stata condotta su entrambi i piani dove la tesi della sussunzione credeva di aver trovato la propria certezza giuridico-concettuale: sul piano della lettera della legge e sul piano delle dottrine dell'interpretazione e dell'argomentazione. Questa tesi poteva essere scossa solo mostrando, da un lato, che il linguaggio della legge non ne determina (completamente) l'applicazione al caso, dall'altro, che le metodologie dell'interpretazione e dell'argomentazione non stabiliscono univocamente come deve procedere di volta in volta l'interpretazione del giudice.

4.1.1. Lettera della legge

Dell'idea che una legge possa essere tanto univoca quanto completa – entrambe le qualità sarebbero presupposti necessari di un'inferenza sussuntiva a partire dalla legge – si era già disfatta la giurisprudenza de-

⁴⁴ Al riguardo, cfr. il collegamento pregnante tra tipi di spazi semantici in H.J. Koch, *Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht*, in Koch (Hrsg.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, 1977, pp. 13 ss., 29 ss., 41 ss.; inoltre, tra gli altri, Priester, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre*, cit., pp. 155 ss.

⁴⁵ Sul punto, tra gli altri, il mio lavoro *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, pp. 66 ss.

gli interessi⁴⁶. L'ermeneutica giuridica, sorretta dalle acquisizioni della moderna scienza linguistica, è andata avanti su questa strada e ha mostrato che il linguaggio delle leggi condivide le stesse ambiguità della lingua parlata⁴⁷, ossia la dipendenza del significato letterale dalla situazione enunciativa, dalla struttura della proposizione e dai campi terminologici, e che è possibile distinguere i concetti ambigui presenti nel linguaggio del diritto a seconda della loro vaghezza, porosità, esigenza di integrazione assiologica e relazione a una disposizione interiore⁴⁸.

La quintessenza di queste indagini è la consapevolezza che la legge non può assicurare in maniera rigida la propria applicazione al fatto, ma tutt'al più guidarla. In ogni decisione di un fatto in base a una legge chi decide ha bisogno di informazioni che non emergono dalla legge stessa, ma nondimeno dirigono la decisione. Persino una novella legale che voglia arginare un'interpretazione giurisprudenziale della legge contrastante con la volontà del legislatore ricade sotto il controllo interpretativo della giurisprudenza, dato che le schiude necessariamente spazi esegetici⁴⁹. In definitiva, la legge non può mai "procurarsi" la propria interpretazione; l'interprete trova nella legge solo un'informazione incompleta che gli lascia spazi di decisione⁵⁰.

⁴⁶ Particolarmente chiaro Heck, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, appendice a Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929 (ristampa 1958), pp. 471 ss.

⁴⁷ Sul punto, Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 67 ss.; Arthur Kaufmann, *Recht und Sprache*, 1983; anche in Id., *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, cit., pp. 101 ss.

⁴⁸ Una esposizione concisa nel mio lavoro *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981: § 18 sul linguaggio quotidiano, § 19 sul linguaggio legale.

⁴⁹ Per sviluppi, v. il mio lavoro *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, cit.

⁵⁰ Sotto il profilo del vincolo del giudice alla legge, ciò comporta naturalmente conseguenze che sono già state discusse all'epoca della giurisprudenza degli interessi; sul punto, cfr., ad esempio, il confronto tra Stampe, *Rechtsfindung durch Interessenwägung*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 1905, pp. 713 ss., e Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, ivi, pp. 1140 ss. Sull'attuale stato della discussione, W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation*, cit.; Larenz, *Die Bindung des Richters*, cit.

4.1.2. Dottrine dell'interpretazione

Il secondo strumento per assicurare un rapporto specialistico con la legge è la metodologia, che, attraverso le regole interpretative e argomentative, formula direttive di correttezza della decisione, dell'inferenza e della motivazione. L'analogia e l'*argumentum e contrario*, le inferenze *a fortiori*, *a minore ad maius* o viceversa; il dovere di tener conto della lettera della legge, della connessione sistematica tra le norme, della volontà del legislatore o del senso obiettivo della legge, nonché il dovere di non superare in tali casi i limiti costituzionali – tutte queste cose vengono intese non solo come regole linguistiche, ma anche come regole decisorie finalizzate a stabilire e assicurare il collegamento tra norma e decisione del fatto. L'ermeneutica giuridica orientata ai metodi, direttrice nei lavori di Esser⁵¹, ha chiarito che per i precetti metodologici vale qualcosa di simile a quanto visto per la legge: essi non possono eliminare gli spazi dell'interpretazione legale e dell'individuazione del diritto, ma tutt'al più strutturarli.

Ad essere ritenuti disomogenei sono già le suddivisioni e i relativi contenuti delle varie dottrine dell'interpretazione⁵². Si distingue l'interpretazione dalla concretizzazione normativa, lo scopo dal mezzo dell'interpretazione, l'interpretazione soggettiva da quella oggettiva ecc., ma, ovviamente, suddivisioni diverse comportano contenuti diversi. Così, ad esempio, per interpretazione “storica” si intende qualcosa di diverso a seconda che le si accosti⁵³ o no⁵⁴, in funzione limitativa, un'interpretazione “genetica”. Ne deriva che questa parte della metodologia non procura un sistema regolativo che consenta di interpretare *more geome-*

⁵¹ In particolare, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., pp. 124 ss. e *passim*.

⁵² Sul punto e su quanto segue, istruttivo Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, cit., pp. 288 ss.

⁵³ Così, ad esempio, Müller, *Juristische Methodik*, cit., pp. 160 ss.

⁵⁴ In questo senso la dottrina tradizionale e tuttora comune, così come viene trasmessa dalle discipline dogmatiche; cfr., ad esempio, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. (1978), § 17 IV, che si richiama soprattutto a Engisch.

trico; infatti, chi intende applicare la legge per mezzo di una dottrina dell'interpretazione deve dapprima compiere una scelta tra i diversi sistemi di interpretazione, dunque ha bisogno per decidere di informazioni che la metodologia non gli fornisce affatto.

Ancora più importante per la costituzione di spazi interpretativi è la circostanza che la metodologia contiene, sì, regole, ma non meta-regole interpretative.

È comprensibile dal punto di vista teorico ed è riconfermato con chiarezza dalla prassi giudiziaria⁵⁵ il fatto che la scelta di una determinata regola interpretativa è ricca di conseguenze; decidere secondo la volontà del legislatore, secondo la lettera della norma oppure secondo il suo senso produce, di solito, risultati interpretativi diversi. Pertanto, le regole interpretative potrebbero assicurare un “vincolo” del giudice solo se, anziché limitarsi a prescrivere di volta in volta – come fanno – un determinato risultato interpretativo, prescrivessero inoltre – come non fanno – quale regola si debba applicare in quali situazioni decisorie: dunque solo se contenessero una meta-regola per la loro applicazione. Ma questa regola non esiste. Il tentativo, talvolta intrapreso⁵⁶, di disporre le regole interpretative in un ordine razionale ovvero di inserirle in una gerarchia non è convincente in teoria, né è tenuto in considerazione in pratica. Dunque le regole interpretative non sono in grado di determinare il risultato. Esse propongono di legittimare risultati desiderati (e individuati altrimenti): di legittimarli in quanto conformi alla volontà del legislatore, alla lettera della legge e così via; sono mezzi per presentare l'interpretazione della legge, non certo per stabilirla.

⁵⁵ A questo riguardo, ricco materiale è stato riportato alla luce dal progetto monachese di ricerca «*Argumentationstheoretische Aspekte höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen*», condotto da Arthur Kaufmann, Ulfrid Neumann e Jochen Schneider e i cui risultati non sono stati ancora pubblicati.

⁵⁶ Ad esempio, in Larenz, *Methodenlehre*, cit., pp. 332 ss.

4.1.3. Dottrine dell'argomentazione

Le cose non stanno diversamente per le regole argomentative della metodologia giuridica, le inferenze *a fortiori*, *a similibus ad similia*, e *contrario* e così via⁵⁷. Anche questi procedimenti presuppongono, ma non contengono, una precedente decisione sui criteri. Tale decisione concerne la comparabilità (somiglianza, dissomiglianza) delle costellazioni che vengono comparate in via inferenziale. Le regole argomentative non dicono alcunché a questo proposito, ma – simili in ciò alle regole interpretative – rendono possibile la presentazione e la legittimazione professionale di una decisione che ha già stabilito la somiglianza (quale presupposto di un'inferenza analogica) ovvero la dissomiglianza (quale presupposto di un'inferenza *e contrario*) tra le due costellazioni.

In tal modo il rapporto tra norma e fatto fu liberato dall'irrigidimento concettuale-giuridico e aperto a una correlazione. Non fu più possibile concepire a legge e le regole metodologiche come grandezze fisse da cui la decisione dei fatti conseguiva meccanicamente. Piuttosto, dato che si volle evitare l'espedito teoricamente ingenuo, praticamente pericoloso e costituzionalmente precluso di consentire al giudice di riempire arbitrariamente, secondo il proprio gusto personale, gli spazi aperti dell'interpretazione della legge, la consapevolezza dell'apertura dei programmi decisori giuridici costrinse a interrogarsi ulteriormente sulle reali possibilità di concretizzazione della legge rispetto al fatto da decidere. Concretizzazione tramite il riferimento della legge al fatto finì per essere il programma metodologico⁵⁸ di una dottrina dell'interpreta-

⁵⁷ Cfr., ad esempio, Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes. Ein Lehrbuch*, 1981, num. marg. 69.

⁵⁸ La consapevolezza dell'apertura della legge comportò, accanto al programma metodologico, anche un programma sociologico-giuridico, che non si interrogava sul riempimento "corretto" degli spazi decisori giudiziali, bensì su quello "effettivo", sicché si trovò dinanzi ad attitudini, inclinazioni, moventi inconsapevoli, giochi di ruolo e così via; sul punto, cfr. Rottleuthner, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristi-*

zione per la quale fu chiaro che né la stessa legge né le regole metodologiche possono mettere al sicuro da sole l'interpretazione legale.

4.2. Filosofia del diritto (essere e dover essere)

Il programma della concretizzazione della legge attraverso il riferimento al fatto fu elaborato nella Repubblica Federale dall'altra fonte dell'ermeneutica giuridica, quella giusfilosofica. Anche qui il teorema della concretizzazione fu al centro delle riflessioni, le quali condussero ugualmente – ma lungo altre vie – a una nuova comprensione di norma e fatto, collegata alle acquisizioni metodologiche dell'ermeneutica giuridica e fondata in modo più profondo⁵⁹.

Punto di partenza dell'ermeneutica giuridica giusfilosoficamente orientata, la quale – specie in collegamento a Radbruch⁶⁰ – è stata elaborata soprattutto da Arthur Kaufmann⁶¹, ma nella quale possono essere annoverati anche i teorici della natura della cosa⁶², delle strutture

schen Dogmatik, 1973, Zweiter Teil, pp. 161 ss. («sulla sociologia dell'agire giudiziario»); sull'ermeneutica giuridica, cfr. *ivi*, pp. 32 ss.

⁵⁹ Esposizione concisa, con ulteriori indicazioni, nel mio lavoro *Der Begriff des positiven Rechts*, in «Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft», 1978, *sub* B. (pp. 102 ss.).

⁶⁰ Soprattutto: *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. (1973, ed. H.P. Schneider u. E. Wolf); *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1948 (nuova edizione 1960); *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. (1965, ed. Arth. Kaufmann).

⁶¹ Cfr. soprattutto i lavori contenuti nelle raccolte *Juristische Hermeneutik*, *cit.*, e *Rechtsphilosophie im Wandel*, *cit.*

⁶² Soprattutto Maihofer, *Die Natur der Sache*, 1958; Bobbio, *Über den Begriff der "Natur der Sache"*, 1958; Baratta, *Natur der Sache und Naturrecht*, 1959; Schambeck, *Der Begriff der "Natur der Sache"*, 1960; tutti ristampati in Arth. Kaufmann (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, pp. 52 ss., 87 ss., 104 ss., 164 ss.

logico-materiali⁶³ o del «diritto naturale con contenuto mutevole»⁶⁴, è il rapporto tra diritto e legge, tra *essentia* [*Essenz*] ed *existentia* [*Existenz*], tra essenza [*Wesenheit*] ed esistenza [*Dasein*], tra dover essere ed essere. Questo rapporto viene concepito come “differenza ontologica” e parafrasato come “campo di tensione”, come “corrispondenza”.

Ciò che nella variante metodologica dell’ermeneutica giuridica fu lo scioglimento del rigido rapporto tra norma e fatto, nella variante giusfilosofica fu lo scioglimento di un rapporto di deduzione tra diritto naturale e diritto positivo (legge), ovvero la questione se potesse darsi un diritto “corretto [*richtig*]” dopo il tramonto del diritto naturale astratto, vigente ovunque e per sempre. Anche la variante giusfilosofica emerse dunque dalla critica alla fiducia illusoria nell’individuazione della decisione giuridica corretta, dalla critica alla possibilità di una semplice deduzione della decisione da principi sovraordinati. Anche la variante giusfilosofica dell’ermeneutica giuridica si rifiutò, dopo il tramonto delle prescrizioni decisorie giusnaturalistiche, di accettare positivisticamente come “corretta” qualsivoglia decisione arbitraria del legislatore. Anche tale variante si interrogò poi sulle possibilità di concretizzare il “diritto corretto” rispetto al fatto da decidere. Anch’essa cercò la risposta a questa domanda in una relazione, quella tra dover essere ed essere, tra essenza ed esistenza, e mise così in movimento il rapporto tra regola e oggetto della decisione, dopo che la dottrina del diritto naturale e il positivismo lo avevano concepito in modo puramente meccanico⁶⁵.

«Diritto è la corrispondenza tra dover essere ed essere» – questa tesi programmatica porta a compimento l’ermeneutica giusfilosofica. È la

⁶³ Soprattutto Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, 1957, pp. 7 ss., 28 ss.; Welzel, *Wahrheit und Grenzen des Naturrechts*, 1963, pp. 13 ss.

⁶⁴ Soprattutto Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2. Aufl. (1926).

⁶⁵ Su questa connessione e su quanto segue, v. più in dettaglio il quadro che fornisco nel mio lavoro *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 1 ss., 3 ss., 7 ss.

tesi centrale dello scritto che, nella letteratura tedesca, ha integrato reciprocamente la variante metodologica e quella giusfilosofica dell'ermeneutica giuridica⁶⁶. La corrispondenza è ontologicamente fondata sul carattere analogico dell'essere e della conoscenza⁶⁷. Ogni individuazione del diritto ha una struttura analogica⁶⁸, essa è un «condurre-in-corrispondenza» la vicenda umana e la norma⁶⁹.

Con ciò si stabilisce il collegamento tra la variante metodologica e quella giusfilosofica dell'ermeneutica giuridica. Il rapporto tra norma e fatto, messo in movimento dopo l'abbattimento della tesi della sussunzione, trova dal canto proprio una corrispondenza nel rapporto tra dover essere ed essere. L'ermeneutica giuridica individua il proprio oggetto specifico in questo rapporto, nonché nel riferimento reciproco tra le categorie dello stesso rapporto. È proprio a partire da ciò che essa sviluppa la propria teoria dell'interpretazione della legge e della decisione del fatto storico.

5. Punti-chiave

Senonché, il rapporto tra fatto e norma, tra essere e dover essere, può dinamizzarsi solo per mezzo di un elemento capace di collegare le sue due categorie in modo non meramente occasionale [*situativ*] e casuale. Dover essere ed essere, norma e fatto possono diventare reciprocamente produttivi solo se si supera la loro separazione metodico-dualista, se si mostra un ponte tra essi che non solo li collega, ma al quale sono essi stessi sempre collegati in maniera indissolubile. L'ermeneutica giuridica trova questo ponte, da un lato, nei progetti di un “diritto naturale concreto”, dall'altro, nella dottrina della comprensione.

⁶⁶ Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. Aufl. (1982), p. 18.

⁶⁷ Ivi, pp. 29 ss.

⁶⁸ Ivi, pp. 37.

⁶⁹ Ivi, p. 38.

5.1. Diritto naturale concreto

La ricerca di un “diritto naturale concreto”, che, da un lato, ha superato l’ingenuità gnoseologica del tradizionale, astratto e metastorico pensiero giusnaturalistico (e in ciò è “concreto”), ma, dall’altro, rispetto al positivismo, difende il carattere del “giusto [*Gerechten*]” e del contentutisticamente “corretto [*Richtigen*]” (e in ciò resta “diritto naturale”), si è compiuta lungo diverse vie: nelle dottrine della “natura della cosa” o delle “strutture logico-materiali” oppure nelle dottrine istituzionali del diritto⁷⁰. Comuni a tutte queste dottrine sono i seguenti assunti di fondo: una rigida separazione tra essere e dover essere (dualismo metodico) è possibile dal punto di vista analitico, ma è falsa da quello fenomenologico; essa contraddice l’intera esperienza umana. Piuttosto, non può darsi un puro dover essere, né un puro essere. Ogni essere è previamente – sebbene diversamente – valutato, ogni dover essere necessita di un prolungamento nei fatti per poter essere in genere compreso. La lingua che parliamo, le istituzioni in cui e con cui viviamo sono necessariamente determinate tanto dall’essere quanto dal dover essere. Anche il diritto non può intendersi come “pura” correttezza o come mero fatto. Non è solo la positività che ha bisogno della giustizia, ma è anche la giustizia che ha bisogno della positività.

Fu così stabilito un collegamento tra essere e dover essere che necessariamente li rimandava l’uno all’altro. Posto che un dover essere privo di collegamento ai fatti (e viceversa) era impensabile, alla filosofia del diritto fu assegnato il compito di attuare la mediazione tra giustizia e

⁷⁰ Una concisa esposizione riepilogativa, con ulteriori indicazioni, in Arth. Kaufmann, W. Hassemer, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, pp. 18 ss., 23; cfr. anche Ellscheid, *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, in Kaufmann-Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, cit., pp. 171 ss., 186 ss. (3.5), nonché Arth. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, ivi, pp. 82 ss.

positività del diritto, mentre alla metodologia giuridica quello di sviluppare un procedimento di avvicinamento tra vicenda umana e norma.

5.2. Dottrina della comprensione

Questa determinazione di compiti della metodologia giuridica emerse dalla recezione dell'ermeneutica generale, soprattutto di quella elaborata da Schleiermacher⁷¹, Dilthey⁷² e Gadamer⁷³, ma anche da Heidegger⁷⁴. Senza prendere in considerazione le differenze tra queste elaborazioni⁷⁵ – pur significative per l'ermeneutica generale –, l'aspetto essenziale dell'ermeneutica giuridica è il seguente: l'interpretazione della legge è comprensione testuale. La comprensione testuale è soltanto un modo della comprensione quale forma generale dell'esistenza umana e della connessione effettuale storica. La comprensione presuppone un'anticipazione di senso, l'inquadramento della parte da comprendere in un insieme anticipato. Comprendere è dunque un processo progressivo di avvicinamenti, un processo che muove tanto il soggetto comprendente quanto l'oggetto da comprendere l'uno verso l'altro, e di conseguenza modifica l'uno con l'altro. Questo processo si sviluppa nel tempo; esso mette dunque in gioco l'individuo comprendente insieme alla sua storia di vita e alla tradizione [*Überlieferungszusammenhang*] della società cui appartiene (“precomprensione”). Poiché non è una visione (di un

⁷¹ Cfr. soprattutto sez. 1, vol. 7 delle *Sämtliche Werke*, 1838 (ed. Lücke), pp. 143 ss.

⁷² Cfr. soprattutto vol. VII delle *Gesammelte Schriften*, 1966 ss.

⁷³ Cfr. *supra*, nt. 10.

⁷⁴ *Sein und Zeit*, 11. Aufl. (1967), soprattutto pp. 148 ss., 310 ss.

⁷⁵ Sul punto, cfr. l'esposizione riepilogativa in Schroth, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, 1983, pp. 23 ss.; Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, cit., pp. 32 ss.; in generale Wittmann, *Der existentialontologische Begriff des Verstehens und das Problem der Hermeneutik*, in W. Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 41 ss., nonché U. Neumann, *Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, ivi, pp. 49 ss.

soggetto che si trova di fronte a un oggetto), bensì un avvicinamento progressivo, esso procede in modo circolare o, per meglio dire⁷⁶, spirale: soggetto e oggetto si muovono l'uno verso l'altro nel processo della comprensione, si presuppongono a vicenda sui vari livelli dell'avvicinamento. Questo movimento esclude la possibilità di misurare e rimisurare una comprensione riuscita (una conoscenza “vera”). Poiché *res* e *intellectus* non si trovano l'uno rispetto all'altro nel rapporto statico della visione, bensì in quello dinamico dell'avvicinamento, la “verità” non può essere “*adaequatio rei et intellectus*”; essa è, piuttosto, un fenomeno dialogico, consensuale e procedurale⁷⁷.

Si nota la vicinanza dell'ermeneutica generale all'immagine di Engisch dell'«andirivieni dello sguardo»⁷⁸, ma anche alle moderne dottrine del diritto naturale concreto. Si tratta sempre di un avvenimento concreto, di un processo di avvicinamento tra soggetto e oggetto, tra dover essere ed essere, tra norma e fatto; ciascun polo dell'avvicinamento viene sempre concepito come aperto all'altro polo, e il risultato dell'avvicinamento non si può mai calcolare *more geometrico*.

5.3. Tre topoi

La teoria del diritto e la metodologia giuridica hanno fatto uso in vari modi questa acquisizione. Tale uso si estende alla prassi giudiziaria⁷⁹, alla retorica giuridica⁸⁰ e alla didattica⁸¹. Qui non è possibile esporlo in

⁷⁶ W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 107 s.

⁷⁷ Sviluppato in modo più dettagliato nel mio *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., § 16 II 3, Exkurs 2.

⁷⁸ Cfr. *supra*, nt. 42 e 43 e passi da esse corredati.

⁷⁹ In generale Baratta, *Über Juristenrecht*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 57 ss.

⁸⁰ Haft, *Juristische Hermeneutik und Rechtsrhetorik*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 91 ss.

⁸¹ Philipps, *Juristische Hermeneutik und Lehrtechnologie*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 103 ss.

dettaglio. Piuttosto, in conclusione, ci si deve limitare a tratteggiare i tre *topoi* attorno ai quali ruota attualmente l'ermeneutica giuridica: concretizzazione della norma e costituzione del fatto; precomprensione; comprensione scenica.

5.3.1. Concretizzazione della norma e costituzione del fatto

L'opinione secondo cui l'applicazione della legge consisterebbe nella sussunzione di un fatto in una norma si fonda su una prospettiva non solo ingenua sul piano teorico⁸², ma anche angusta su quello pratico. È la prospettiva del giudice di cassazione, cui è assegnato il fatto già definito, e che quindi ha solo il compito di controllarne l'inquadramento giuridico. Questa è solo una piccola porzione della prassi giuridica. In questa prospettiva si trascura l'attività, tra l'altro, delle parti e degli avvocati, la funzione, tra l'altro, dell'autorità inquirente e del giudice di merito, che consiste nel definire il fatto da giudicare secondo diritto.

I fatti non sono predati, né si stabiliscono da sé, ma sono piuttosto il risultato di un procedimento costruttivo al quale partecipa produttivamente chi intende applicare la legge. L'ermeneutica giuridica ha enucleato in modo chiaro questa nozione e l'ha discussa ampiamente⁸³. I poli del processo della comprensione giuridica che devono essere avvicinati reciprocamente, condotti in corrispondenza, sono la norma di legge e la vicenda umana. La norma non può essere intesa senza la rappresentazione delle circostanze alle quali deve "adattarsi"⁸⁴. Chiunque immagini il contenuto di un dover essere lo collega a fatti – pensati o constatati –.

⁸² Sul punto, cfr. *supra*, § 4.1.

⁸³ Fondamentale Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, 1965.

⁸⁴ Si confronti la bella immagine di Radbruch, che mostra di nuovo la corrispondenza tra filosofia del diritto e metodologia di stampo ermeneutico: «l'idea artistica varia a seconda che debba realizzarsi nel marmo oppure nel bronzo. Questa relazione tra idea e materia può chiamarsi determinatezza materiale dell'idea» (*Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, p. 17).

La norma astratta da qualunque essere ci “è” tanto poco quanto ci “è” il fatto astratto da qualunque norma. Anzitutto, sarebbe insensato includere qualunque “fatto” nella considerazione giuridica; per tale considerazione rilevano di solito solo quelle circostanze che possono avere un significato giuridico, e un “significato giuridico” è inconcepibile senza una rappresentazione delle disposizioni giuridiche⁸⁵. In secondo luogo, ed è quel che più conta, i fatti sono sempre il risultato di una selezione e di una strutturazione di informazioni. In ogni situazione pratica, le circostanze del mondo esterno sono così numerose e complesse da non poter esser percepite nella loro totalità. Esse vengono piuttosto connesse in un “tutto”, in una “forma [*Gestalt*]”, che produce un “senso”; ma questo non significa altro che esse vengono di volta in volta selezionate e condotte in una connessione strutturale. La percezione e il linguaggio umano che non operino una selezione e strutturazione sono impensabili.

Anche un “avvenimento del mondo esterno” diventa una “vicenda umana” e poi un “fatto giuridico” attraverso processi di selezione e strutturazione. Ma, dal canto loro, selezione e strutturazione sono impensabili senza principî guida della percezione e della decisione, senza sapere cosa debba valere come “significativo” e cosa come “non significativo”, cosa debba essere centrale e cosa periferico. Per la costituzione di un fatto questi principî sono le norme cui lo stesso fatto va condotto in corrispondenza.

Dunque tanto la norma quanto il fatto non possono essere compresi né stabiliti senza l’altro polo di turno. La concretizzazione della norma può esser sviluppata solo gradualmente, mentre si stabilisce il fatto.

⁸⁵ Così, ad esempio la situazione reddituale di una persona ha un rilievo giuridico del tutto diverso a seconda che venga considerata nell’ottica del diritto tributario, del diritto elettorale o del diritto penale; nel diritto elettorale, l’irrelevanza è una conquista storica; nel diritto penale, questa situazione è di solito priva di rilevanza per l’accertamento della colpevolezza, mentre può essere significativa per la commisurazione della pena, ad esempio quando si tratta di commisurare una pena pecuniaria: ma a decidere della significatività è sempre il programma normativo giuridico.

L'ermeneutica giuridica caratterizza pertanto l'individuazione del diritto come «dispiegamento della fattispecie e del fatto l'uno sull'altro nella forma della sincronia»⁸⁶.

5.3.2. Precomprensione

Se la costituzione del fatto procede con l'ausilio della norma giuridica, sorge un ulteriore problema. Infatti, al di fuori del concreto procedimento interpretativo, la norma non è certo disponibile quale unità di misura definita, bensì costituisce a sua volta un fenomeno da sviluppare dinamicamente nel processo interpretativo. A ben vedere, dunque, non si può parlare di “norma”, bensì di “comprensione della norma” da parte di chi vuole intenderla. Questa comprensione della norma è un fenomeno non-statico e non-obiettivo; essa muta necessariamente durante il processo della comprensione ed esprime un'attitudine [*Potenz*] della persona che lo conduce. Dunque – proprio nell'ambito del diritto, dove la comprensione o l'incomprensione ha conseguenze tipicamente dolorose per altri esseri umani – ci si deve interrogare criticamente sul modo in cui tali processi di comprensione possono giustificarsi come “corretti”, sul modo in cui i terzi interessati possono controllarli e difendersi dalla in-comprensione. L'ermeneutica giuridica risponde a questa domanda con la categoria della «precomprensione», mutuata dall'ermeneutica generale e resa fruttuosa per le proprie problematiche⁸⁷.

La consapevolezza che l'individuazione del diritto costituisce un processo di comprensione costituisce già una buona ragione di cautela e di critica verso lo sviluppo e il risultato di tale individuazione. La comprensione, infatti, è prima di tutto insostituibile e irripetibile, è una prestazione (riuscita o censurabile) di un individuo nel tempo: un diver-

⁸⁶ W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 108.

⁸⁷ Fundamentale Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., pp. 136 ss. e *passim*; con altri accenti, anche W. Hassemer, *Einführung*, cit., § 14, 15 I Exkurs I.

so individuo avrebbe forse compreso altrimenti e altro, e lo stesso vale per il primo individuo in una diversa situazione. Inoltre, nessun essere umano comprende qualcosa “puramente” o addirittura “oggettivamente”; egli vede piuttosto l’oggetto con i propri occhi, in base alle speranze, alle delusioni e alle paure legate alla propria storia di vita, seleziona e struttura⁸⁸ con l’ausilio delle proprie aspettative personali di senso, delle proprie precomprensioni individuali. Vista così, la categoria della precomprensione si trova sullo stesso livello deterioro del pregiudizio o addirittura della prevenzione: l’interpretazione della legge sarebbe «il risultato del suo risultato», per dirla con le parole di Gustav Radbruch⁸⁹, l’aspettativa di senso produrrebbe quest’ultimo.

Questa visione della precomprensione è in sé corretta, eppure incompleta. Essa esprime giustamente che non si dà comprensione senza aspettativa di senso legata alla storia di vita. Tuttavia, trascura che la precomprensione non è un fenomeno legato esclusivamente alla storia di vita e perciò individuale. Suscita pertanto la falsa impressione che vi sia un’alternativa alla precomprensione, ossia che possa darsi una comprensione “libera dal pregiudizio”.

Le aspettative di senso, le precomprensioni sono solo in fondo attitudini di individui singoli. Esse sono anzitutto contrassegni sociali e culturali, risultati della “connessione effettuale” storica in cui si trovano di volta in volta non soltanto gli esseri umani, ma anche il loro diritto. A tal riguardo, esse non sono occasionali, individuali e spontanee, bensì oggettive e durature. Inoltre, le precomprensioni derivano anche da una socializzazione professionale; la formazione giuridica si può pro-

⁸⁸ Cfr. *supra*, § 5.3.1.

⁸⁹ Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7 u. 8. Aufl. (1929), p. 129. L’espressione rientra nel seguente contesto: «l’interpretazione è il risultato – del suo risultato, il mezzo interpretativo viene scelto solo dopo che il risultato è già stato fissato, i cosiddetti mezzi interpretativi servono in verità solo a fondare in via postuma a partire dal testo ciò che era stato già trovato nella sua integrazione creativa».

priamente considerare come il tentativo di tramandare e di elaborare aspettative di senso.

Alla luce di ciò, sarebbe ingenuo e pericoloso obbligare il giudice a un'interpretazione della legge "libera da pregiudizi", pretendere che egli eviti le precomprensioni. Dato che non è in grado di farlo, non trovandosi al di fuori della società e della storia, nella prassi questa raccomandazione sfocerebbe nelle tattiche giudiziarie della dissimulazione e della reticenza. Anche l'ermeneutica generale ha ironizzato sul tentativo di eludere il circolo ermeneutico, e ha raccomandato «di non tirarsi fuori dal circolo, bensì di entrarvi nel modo corretto»⁹⁰. Per la prassi giudiziaria ciò non può significare altro che essa porta alla luce le precomprensioni, rendendole così comunicabili e controllabili, dunque che si impegna alla completezza della riflessione e dell'argomentazione⁹¹. Se la precomprensione costituisce una condizione di possibilità della comprensione, la correttezza del procedimento giudiziario non può essere realizzata ed esaminata sostanzialmente, ma solo proceduralmente.

5.3.3. Comprensione scenica

Si arriva così al piano a partire dal quale l'ermeneutica giuridica può compiere oggi un ulteriore progresso: il piano del procedimento⁹².

Malgrado l'ermeneutica generale – in particolare con Dilthey⁹³ – abbia evitato ben presto di concentrarsi sulla sola comprensione testuale, annoverando piuttosto tra gli oggetti di comprensione anche le espressioni di vita o le condizioni spirituali estranee, l'ermeneutica giuridica

⁹⁰ Heidegger, *Sein und Zeit*, cit., p. 153.

⁹¹ Più in dettaglio sul punto, cfr. il mio lavoro *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 135 ss.

⁹² Primi elementi nel mio *Einführung*, cit., § 16 II 3 («comprensione scenica»), 16 III («principi di procedura penale: modello della comprensione scenica»).

⁹³ Cfr., ad esempio, Dilthey, *Die Entstehung der Hermeneutik*, in *Gesammelte Schriften*, 1966 ss., vol. V, pp. 317 ss.

non ha prestato attenzione a questa tradizione; essa si è bensì concepita come ermeneutica testuale, ha limitato il proprio interesse al rapporto tra norma e fatto e, all'interno di questo rapporto, si è occupata più dell'interpretazione della legge che della fissazione del fatto.

Questa limitazione non è adeguata all'oggetto.

L'agire giuridico – anche giudiziario – è solo in fondo lavoro sui testi, lo è in sostanza solo nella discussione e nell'individuazione della decisione giudiziaria. Per prima cosa è essenzialmente comunicazione e interazione tra esseri umani, è processo, avvenimento transitorio e non riproducibile nel tempo, è rapporto anche con la parola parlata e non soltanto col testo scritto, è azione in sequenze pratiche e strategie. In questa fase scenica dell'agire giudiziario, la concretizzazione della norma e la costituzione del fatto accadono realmente, le precomprensioni diventano ricche di sviluppi.

L'ermeneutica giuridica è ben preparata per una feconda teoria della comprensione scenica. L'arsenale concettuale e metodico di cui dispone per la comprensione della corrispondenza e della sincronia, il suo interesse alla dinamizzazione dei rapporti polari, la sua concezione procedurale della comprensione riuscita e del giudizio corretto fanno sperare che essa fornisca un contributo importante alla moderna teoria del procedimento.

Finito di stampare nel mese di settembre 2022
da Impressum S.r.l. - Marina di Carrara (MS)
per conto di Pisa University Press - Polo Editoriale CIDIC - Università di Pisa

Il presente fascicolo verte principalmente su quella che si propone di chiamare “*koinè* ermeneutica italiana”. Esso intende mostrare fin dove i cultori dei suoi dialetti si incontrano tra loro, e da dove procedono per conto proprio. Per quanto rassicurante, l’idea di un irenismo ermeneutico in Italia, sempre che sia stata davvero condivisa, va abbandonata per la sua carica di equivocità, che rischia di penalizzare tutti gli approcci in esame. Per orientarsi in questo *mare magnum* è necessario ricostruire gli itinerari che hanno condotto alla nostra *koinè* ermeneutica e i profili salienti sotto i quali essa ha finito per distinguersi da altre forme di riflessione sulla comprensione giuridica.

In questo numero saggi di:

Giovanni Blando, Gaetano Carlizzi, Winfried Hassemer, Tommaso Gazzolo, Gianluca Gentile, Baldassare Pastore.

€ 25,00

