

Introduzione

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, l'ermeneutica giuridica si è imposta come una delle principali correnti della filosofia del diritto contemporanea, tanto in Italia quanto nel contesto internazionale. Il successo di questo indirizzo di ricerca ha radici complesse. Per un verso, l'ermeneutica giuridica ha avuto la capacità di fornire strumenti concettuali utili per comprendere le trasformazioni del diritto nella seconda metà del Novecento, strumenti che hanno fatto al contempo da catalizzatore per tali trasformazioni, contribuendo a modificare il modo di pensare dei giuristi. Oltre a sottolineare la centralità del momento interpretativo nella prassi giuridica, l'ermeneutica ha infatti veicolato un modo nuovo di concepire il ruolo del giudice, ha per prima sottolineato la centralità dei principi all'interno degli ordinamenti contemporanei, ha evidenziato come il "diritto positivo" non sia riducibile ad atti di volontà compiuti da chi esercita poteri pubblici ma costituisca, piuttosto, il risultato di un'attività cooperativa suscettibile di essere governata da ragioni. Per altro verso, sul versante più squisitamente filosofico-giuridico, l'ermeneutica ha percorso una via mediana tra la tradizione giuspositivista e quella giusnaturalista, mostrando i limiti della loro secolare contrapposizione e fornendo, al contempo, spunti per una loro rivisitazione. Spunti che fanno in primo luogo leva sulla centralità riconosciuta dall'ermeneutica al linguaggio e alla costruzione dialogica dei contenuti di senso, la quale ha luogo in contesti caratterizzati da scelte di valore attorno alle quali si coagulano le comunità dei parlanti.

Se osserviamo il panorama contemporaneo, tuttavia, l'ermeneutica giuridica sembra, ad un primo sguardo, aver esaurito la sua funzione storica o perlomeno la sua capacità di far da traino al dibattito filosofico-giuridico. Molte delle acquisizioni dell'ermeneutica sono state metabolizzate dai giuristi, diventando patrimonio comune del sapere giuridico. L'interpretazione ha definitivamente perso il ruolo ancillare che per lungo tempo le era stato attri-

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università Bocconi.

** Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Milano.

buito dalla teoria del diritto, la centralità dei principi all'interno degli ordinamenti è diventata un'ovvietà riconosciuta da tutti, al pari dell'importanza della dimensione dialogica del processo. Rimangono per converso irrisolti alcuni problemi per i quali l'ermeneutica è stata talvolta accusata di non avere soluzioni. Si pensi, ad esempio, al problema dei limiti dell'interpretazione nel contesto degli stati di diritto, o a quello dei conflitti tra valori all'interno delle società pluraliste fortemente polarizzate, nelle quali un orizzonte comune di senso sembra irrealizzabile. Allo stesso tempo, nel dibattito filosofico-giuridico contemporaneo il linguaggio del diritto ha perso la centralità che per lungo tempo gli è stata riconosciuta. La "svolta linguistica" che aveva favorito l'affermarsi dell'ermeneutica nei più diversi ambiti del dibattito filosofico è stata oggi soppiantata da una "svolta ontologica" che ha condotto anche i filosofi del diritto a considerare i contenuti di senso del linguaggio giuridico come semplici epifenomeni dipendenti da fatti normativi più fondamentali, la cui conoscenza richiedono l'uso di strumenti di indagine nuovi.

L'impressione che l'ermeneutica giuridica sia incapace di dar conto dell'evoluzione del diritto contemporaneo, o di fornire ancora un contributo fruttuoso al dibattito filosofico e culturale, è tuttavia erranea. Proprio perché una delle chiavi di volta dell'ermeneutica risiede nel suo "pensare per problemi", proponendosi come uno stile di indagine piuttosto che come un insieme di posizioni dogmatiche, questo indirizzo di ricerca continua ad offrire, tanto al giurista quanto al filosofo, percorsi di riflessione preziosi. Appare nondimeno oggi opportuno approfondire quale sia il lascito dell'ermeneutica novecentesca nella cultura filosofica, nella filosofia del diritto e nelle scienze giuridiche contemporanee, indicando al contempo quali indicazioni e stimoli questa tradizione di pensiero offra in prospettiva futura.

Traendo spunto da un convegno tenutosi presso l'Università Bocconi e l'Università Statale di Milano nel dicembre del 2019, dedicato all'opera di Giuseppe Zaccaria, questo numero di "Ars Interpretandi" raccoglie una serie di contributi che tentano di fornire una risposta ai quesiti appena formulati, concentrando l'attenzione tanto sul rapporto tra ermeneutica e filosofia contemporanea, quanto al rapporto tra ermeneutica giuridica e le diverse branche del diritto positivo.

Nel saggio *Dal dialogo ermeneutico a riconoscimento*, Lucio Cortella osserva come il presunto tramonto dell'ermeneutica filosofica tragga alimento, nel dibattito contemporaneo, da una erronea identificazione delle coordinate di fondo di questa tradizione di ricerca. Tali coordinate sono costituite dal carattere dialogico dell'esistenza umana, dalla fedeltà a un ideale razionale che si manifesta nella dialettica tra domanda e risposta, e infine dalla valorizzazione del tema della storicità e dunque della nostra appartenenza a una tradizione storica. A partire dal lascito di Gadamer, Cortella tematizza queste linee di fondo focalizzando l'attenzione sul concetto di habermasiano di *Lebenswelt*

per evidenziare come, a partire da esso, sia possibile delineare un'etica del riconoscimento che ci invita a considerare i nostri interlocutori come soggetti meritevoli di rispetto. L'etica del riconoscimento che emerge dalle tradizioni ermeneutiche consente così di ripensare la libertà, la moralità e la responsabilità a partire dalle condizioni intersoggettive e sociali che le rendono possibili.

Vincenzo Omaggio nota che l'apporto dell'ermeneutica giuridica è particolarmente apprezzabile sul fronte della trasmissione dei contenuti, più che riguardo alla loro fondazione o giustificazione. Prendendo avvio dal riconoscimento della complessità della ragione giuridica operata dall'ermeneutica, Omaggio osserva che la teoria ermeneutica non è riducibile a una teoria dell'interpretazione. Più in particolare l'interpretazione è un passaggio che rivela il farsi del diritto, della sua positivizzazione. Il processo di positivizzazione si realizza soltanto attraverso la connessione tra norma e caso da decidere, connessione che è il precipitato della generale dialettica tra elemento normativo ed elemento fattuale. È questa dialettica, secondo l'autore, il perno attorno al quale ruotano tutte le altre tesi dell'ermeneutica giuridica intesa come scuola o movimento. Tra queste tesi è opportuno ricordare: la precomprensione della norma e la ricostruzione del fatto quali poli della menzionata dialettica; la codeterminazione di fatto e norma; la decisione giuridica come agire pratico. Dopo aver ripercorso questi (e altri) tratti fondamentali dell'ermeneutica giuridica, Omaggio conclude affermando che un'ermeneutica giuridica desiderosa di mantenere la propria vitalità, deve mostrarsi sempre più attenta al controllo degli interpreti, ai doveri e ai vincoli della decisione giuridica.

Aldo Schiavello muove dal rilievo che la svolta interpretativa tipica della filosofia del diritto degli ultimi decenni è un angolo visuale privilegiato per osservare la contrapposizione tra la filosofia analitica del diritto e l'ermeneutica giuridica. La contrapposizione in questione non è più, oggi, al centro del dibattito giusfilosofico, soprattutto grazie a svariate e reciproche convergenze maturate negli anni. Tuttavia, le richiamate convergenze non hanno sgombrato il campo dalle divergenze, in particolare a livello metodologico ed epistemologico. Secondo Schiavello, le divergenze dipendono, essenzialmente, dalla mancata rinuncia da parte dei filosofi analitici del diritto alla tesi della neutralità, tesi propria del giuspositivismo metodologico ed estranea all'ermeneutica giuridica. Sul piano epistemologico, ciò vale anche per le versioni più recenti e sofisticate della tesi della neutralità. Per l'autore la tesi della neutralità non è convincente, ed è indiscutibile e importante il contributo dell'ermeneutica giuridica alla caratterizzazione in senso interpretativo della conoscenza giuridica. Proprio questo tratto rende l'approccio ermeneutico adatto alle società contemporanee pluralistiche e multiculturali. Tuttavia, le società pluraliste e multiculturali sono attraversate da divergenze genuine non componibili razionalmente, ed è inevitabile, dunque, misurarsi con l'incommensurabilità dei

valori e delle culture. Se così è, sostiene Schiavello, l'ermeneutica giuridica si mostra incoerente col profilo "interpretativista" laddove sposa una meta-etica oggettivistica.

Secondo Pasquale Femia, l'attività interpretativa, per non trasformarsi in un atto di "calunnia" nei confronti del testo interpretato, deve assumere quest'ultimo nella sua irriducibile oggettualità, in modo da "chiuderne" il senso, oggettivarne la distanza rispetto al flusso delle sue possibili interpretazioni. Nella prospettiva difesa da Femia, l'interprete si contrappone dunque al testo normativo in modo da farne emergere l'alterità, la differenza che questo genera nel tessuto del diritto. Secondo l'autore, la struttura oppositiva che caratterizza il rapporto tra testo e interpretazione riflette quella propria della normatività giuridica, vale a dire l'opposizione tra la norma e la realtà sociale che questa pretende di regolare. Nella parte conclusiva del saggio, Femia si sofferma infine sul carattere democratico che contraddistingue l'ermeneutica dell'opposizione, la quale rivendica la pari dignità delle diverse oggettivazioni interpretative realizzate dagli operatori giuridici. L'ermeneutica dell'opposizione non si configura pertanto come cieca reverenza nei confronti dell'autorità quanto piuttosto come riapertura del testo giuridico a un confronto aperto tra le sue diverse oggettivazioni.

Quanto è penetrata l'ermeneutica giuridica nell'ambito della cultura giuspenalistica italiana? È con questo interrogativo che si può riassumere l'avvio delle riflessioni di Ombretta di Giovine. La constatazione iniziale è la seguente: l'attenzione dei giuspenalisti per l'ermeneutica giuridica è stata piuttosto ridotta. Le ragioni vanno rintracciate nella specificità della materia penale, nell'incidenza degli esiti dell'interpretazione giuridica delle disposizioni penali incriminatrici sulla libertà personale. Di Giovine osserva che, probabilmente, la resistenza all'ingresso delle tesi ermeneutiche in ambito penale è dipesa da una sovra-stima dell'impatto delle tesi in questione sulle garanzie tipiche del diritto penale contemporaneo. Di Giovine indica nell'approccio descrittivo impiegato dai penalisti ermeneutici e rivolto a riconoscere il contributo della giurisprudenza alla formazione del diritto una delle principali ragioni della diffidenza della restante giuspenalistica verso l'ermeneutica giuridica. Ciò premesso, l'autrice percorre un articolato cammino all'interno dei recenti cambiamenti subiti dal diritto penale su vari fronti (dalle fonti alla bioetica, per fare due esempi). Questo percorso di indagine evidenzia mutamenti importanti del diritto penale e l'insufficienza delle categorie giuridiche "tradizionali" a catturarne gli aspetti fondamentali. Dovrebbe essere l'assenza di categorie giuridiche adeguate, e non le tesi dell'ermeneutica giuridica, a preoccupare il giuspenalista legato alle (superate) categorie giuridiche tradizionali. L'analisi fa emergere, invece, che l'ermeneutica giuridica può tentare di raccogliere la sfida del "nuovo" diritto penale.

Gattini si sofferma un aspetto piuttosto trascurato dalla dottrina internazionalistica: il problema delle norme internazionali discriminatorie. Sebbene l'idea stessa di norma di diritto internazionale quale fonte di discriminazione sembra scontrarsi con uno dei principi strutturali del diritto internazionale, quello dell'uguale sovranità degli Stati, non di meno tali norme – sostiene Gattini – non sono infrequenti. Il saggio indaga due aspetti di questo fenomeno. In primo luogo le situazioni in cui la norma internazionale è immediatamente discriminatoria e i margini di intervento concessi all'interprete per mitigarne gli effetti in sede di interpretazione e applicazione del diritto. In secondo luogo, le situazioni nelle quali è l'attività interpretativa a generare effetti discriminatori, in particolar modo ove si ricorra alla tecnica del *distinguishing*.

In *La ragione dialogica dell'ermeneutica*, Giuseppe Zaccaria riprende e discute le osservazioni e i rilievi critici formulati da Cortella, Omaggio, Schiavello, Femia, Di Giovine e Gattini nei loro contributi, delineando quali sono gli aspetti più importanti del lascito dell'ermeneutica giuridica novecentesca nel dibattito filosofico-giuridico contemporaneo. Tra di essi assumono una particolare rilevanza la stretta relazione tra norme e fatti nell'attività interpretativa; l'attenzione per il problema del controllo razionale degli esiti interpretativi, la quale ha aperto il campo alle teorie dell'argomentazione giuridica; l'esigenza filosofica, oltre che pratica, di assumere l'esistenza di un orizzonte comune di senso per spiegare il conflitto delle interpretazioni e i disaccordi morali; la valorizzazione della tradizione, intesa come trasmissione dei significati, in quanto luogo in cui si attua il dialogo ermeneutico.

Carlo Nitsch offre infine uno spaccato originale del rapporto tra Emilio Betti e Benedetto Croce, ricostruendo il dibattito tra il giurista marchigiano e il filosofo napoletano sviluppatosi a ridosso della pubblicazione di *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928). Distanziandosi dalla lettura storiografica prevalente, Nitsch pone in luce le significative divergenze tra Betti e Croce. Tali divergenze riguardano, principalmente, il carattere *sui generis* che Betti riconosce alla ricerca storica nel campo del diritto, e il ruolo che in essa svolgono i giudizi classificatori della dogmatica giuridica, a cui Betti, diversamente da Croce, attribuisce una fondamentale funzione di orientamento per lo storico. Secondo Betti, solo l'inquadramento dogmatico dei rapporti e degli istituti giuridici consente di comprenderne il significato e il valore storico, e di coglierne dunque il senso immanente. Questa presa di distanza da Croce getterà le basi degli sviluppi futuri dell'opera di Betti nel campo della teoria dell'interpretazione giuridica.

