

LA RECENSIONE

L'INTERPRETAZIONE INESAURIBILE OVVERO DELLA NORMALE CREATIVITA' DELL'INTERPRETE.

A proposito di F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 480

Mai come in questo caso le prospettive di approccio e di accesso ad un testo sembrano e sono così «multiple» e tutte legittime dato che in esso complessità e semplicità intimamente si armonizzano. Per amore di simmetria si potrebbe sostenere che il lavoro di Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria suggestiona fin da subito il lettore alla concretizzazione ermeneutica, a divenire parte attiva del circolo ermeneutico [cfr. ad es. le pp. 232-237]. Né vogliamo allora sottrarci alla necessità di trascogliere fra i punti di vista, pur consapevoli del molto anche di rilevante che rimarrà per forza di cose inesplorato o non detto, perché tale scelta è comunque un modo per sottolineare la dimensione fondamentalmente dialogica — e non vogliamo certo alludere soltanto alla felicità con la quale si integrano in unità di finalità e risultati gli stili di pensiero e di scrittura dei due autori, che pure è storicamente segno di un lungo dialogo scientifico e personale che non può non essere segnalato all'attenzione sullo sfondo di un costume accademico per solito purtroppo assai più incline a degli invero poco petrarcheschi soliloquia — che ci sembra costituire una delle «cifre» più significative della proposta dei nostri; non per caso infatti ci imbattiamo in pagine come questa: «il senso del testo “normativo” [...] si precisa a partire da una logica di domanda e risposta. Che un certo testo sia sottoposto ad interpretazione implica già di per sé un rapporto essenziale con la domanda da esso rivolta all'interprete» [p. 189]. E partecipare a questa proposta di dialogo — ricordiamo ancora che «nell'esperienza

ermeneutica, come hanno chiarito Heidegger e Gadamer, superando la prospettiva psicologista di Schleiermacher, il significato è sempre *intersoggettivo*, si produce e si chiarisce all'interno di un *dialogo* interpretativo, per cui il comprendere è sempre primariamente un aprirsi, e quindi un rapportarsi» [p. 121] — è forse il miglior modo di onorarlo. Anzitutto qualche osservazione forse ovvia ma non rinunciabile sui contesti di origine e sul genere letterario di «appartenenza». In un certo senso, forse non l'unico ma altrettanto sicuramente non marginale, si potrebbe definire l'intrapresa di *Diritto e interpretazione* come un coronamento. Il coronamento, non più posponibile o evitabile, di quella che non esitiamo a definire una delle iniziative culturali complessive più segnalate della scienza giuridica — non usiamo per caso questa formula (anche se taluno si sarebbe forse aspettato «filosofia del diritto») — italiana non soltanto sul piano nazionale, ma anche e propriamente internazionale: è quasi inutile specificare che stiamo facendo riferimento alla fondazione della rivista *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica* che data al 1996 e che manifesta anno dopo anno sempre più chiaramente il grado di maturità e, appunto, di visibilità internazionale della corrente ermeneutica della filosofia giuridica italiana. Per richiamare un nome glorioso, spesso, ormai e purtroppo, mal conosciuto o sottovalutato¹, ma che invece ricorre spesso opportunamente nelle pagine che stiamo leggendo, quello di Emilio Betti, potremmo forse parlare anche di una sorta di rinnovato «manifesto», di una «rivendicazione» della tradizione ermeneutica giuridica italiana: in piena autonomia, è bene dirlo subito, a evitare equivoci, anche dalle posizioni, pur a nostro avviso ancora degne di riflessione, dello storico maestro, come risulta del resto chiaramente da tutta una panoplia di riferimenti caratterizzanti o talora costitutivi ad autori come Gadamer, Esser, Larenz Coing, Kriele, Kaufmann, Hassemer, Hruschka, Dworkin, Ricoeur, Apel, MacCormick etc. Ma quel richiamo ci è utile anche in relazione alla collocazione del genere letterario, o sarebbe meglio dire della sua «duplicità». Siamo infatti senz'altro dinanzi anche ad un «Manuale» con la «m» maiuscola, come da tempo nel settore non se ne vedevano, e questa nostra considerazione non scaturisce già dal solo ovvio fatto della collocazione editoriale: nonostante l'opera sia e pretenda d'essere anche altro, come subito diremo,

¹ Cfr. G. Crifò, *Presentazione* in E. Betti, *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano 1991, pp. V-XVIII.

la sua limpida strutturazione in capitoli — I. Le ragioni del diritto; II. Una definizione d'interpretazione; III. Come interpretare? La buona e la cattiva interpretazione; IV. Cosa interpretare?; V. Perché interpretare? —, la distesa completezza d'informazione sulle teorie dell' ieri e dell'oggi, la capacità d'illustrarne senza chiusure preconcepite, eppure senza alcuna rinuncia all'esercizio della critica, gli aspetti d'interesse e d'attualità, come anche le lacune o gli eccessi d'unilateralità (esemplari in questo senso, ad es. le disamine del normativismo e giuspositivismo, o quelle del proceduralismo e del movimento *Law and Literature*), la razionale scansione delle argomentazioni ricostruttive in un discorso «a gradi» che non trascura mai di rendere palesi i presupposti del percorso che si intende affrontare, la chiarezza degli assunti e del loro ricorsivo riepilogo nella interconnessione delle varie parti, e, non da ultimo, il carattere «aperto», di stimolo culturale verso ulteriori approfondimenti (agevolati da sintetiche note biografico-storiche a piè pagina sui più significativi autori o correnti richiamate e dall'apprezzabilissima idea di dotare ogni paragrafo di una sua essenziale bibliografia di riferimento), tutti questi profili ci sembra concorrono a fare di questo volume uno strumento didattico di prim'ordine proprio anche in riferimento alle esigenze dell'imminente riforma universitaria. Se ci fosse anzi passata un'osservazione maliziosa — evidentemente nei confronti di quest'ultima —, tanto più ne fanno uno strumento didattico prezioso, quanto meno gli autori indulgono (ovvero per nulla) agli aspetti deleteri di riduzione o «bignamizzazione» (siamo consapevoli che storicamente il Bignami aveva in mente un rispettabilissimo progetto di diffusione «popolare» della cultura e che, soprattutto, oggi i nomi da fare sarebbero altri) del livello culturale «alto» in pro di più che fantomatiche esigenze del mercato o delle professioni: ché, anzi, il ruolo professionale del giurista — che è poi uno dei protagonisti dell'opera — risulta assolutamente valorizzato dall'approfondimento costante ed acuto della sua sempre necessaria, ma «oggi, in ragione della crisi della sovranità e dei fenomeni crescenti di globalizzazione» [p. 81] addirittura ancor più indispensabile, e irrinunciabile, dimensione culturale. E in tempi di «pensiero unico» e di protagonismo se non di dittatura delle varie forme di pensiero «debole» a quello sostanzialmente subalterne, fa indubbiamente piacere riflettere su di una proposta «forte» come quella che individua nell'ermeneutica l'elemento essenziale di tale dimensione; anzi, come recita l'intitolazione che G. Zaccaria ha voluto dare al quinto paragra-

fo del secondo capitolo, della stessa dimensione essenziale del diritto nel suo complesso: in una parola la «centralità dell'interpretazione nel fenomeno giuridico» [pp. 129 ss.]. Perché se il volume è indubbiamente un manuale — che finalmente ripriviligia lo studente come attore non passivo della sua formazione, e però che dovrebbe tuttavia trovare attenti lettori anche tra i cosiddetti «pratici» del diritto, giudici, avvocati, notai, membri della pubblica amministrazione, che, tutti, potrebbero trovarvi occasione non soltanto per il recupero di una maggiore autoconsapevolezza sulle procedure interpretative di fatto quotidianamente impiegate, ma anche strumenti per elaborarle su di un piano di maggiore congruenza e persuasività² — esso è appunto anche, contemporaneamente e forse primariamente, un autonomo saggio di filosofia del diritto e come tale andrà valutato, sia nella sua prospettiva critica, sia in quella ricostruttiva.

Per accennare ai percorsi della prima, vorremmo partire da alcune notazioni che lasciano anche trasparire almeno alcuni aspetti della soggettività — per inciso, altro tema essenziale della problematica ermeneutica, e uno dei suoi punti di maggior forza e debolezza al contempo [cfr. ad es. il paragrafo sesto del capitolo II: «Diversi soggetti, diverse interpretazioni», pp. 133 ss.] — per così dire «autoriale» dei nostri e rinviano altresì al problema della «qualità» della creatività del giurista-interprete che un certo tipo di reazione, specie di origine statunitense (J.B. White, S. Levinson, S. Fish, etc.), appunto alla crescente professionalizzazione e specializzazione dei giuristi ha voluto rileggere, provocatoriamente, ma non solo, diremmo noi, sullo sfondo dell'analogia o addirittura della paradigmaticità con l'interpretazione artistica o critico-letteraria [p. 260]: «È vero che la personale reinterpretazione di ciò che si deve eseguire viene, nei casi di interpretazione performativa, incorporata nell'esecuzione e contribuisce creativamente a definirne l'identità e le caratteristiche, quelle per cui si può dire ad esempio che l'interpretazione decadentistica e romantica di Svatoslav Richter del Concerto n. 2 di Johannes Brahms è diversa da quella razionale e oggettiva di Arturo Benedetti Michelangeli; ed è vero che anche nel diritto, come nella musica, abbiamo costantemente a che fare con attività ermeneutiche, che pongono un problema, assai rilevante e difficile, di “fedeltà all'originale”. D'altra parte, proprio

² H.-G. Gadamer, *Persuasività della letteratura*, Transeuropa, Ancona-Bologna 1988.

perché alla sua stessa struttura è inerente la circostanza di dover essere tipicamente e applicato, il diritto si differenzia anche da altri ambiti, nei quali l'interpretazione rappresenta un modo importante del comprendere, ma in cui non è così cruciale l'aspetto applicativo» [p. 124]. Così ancora a caratterizzare il rapporto che intercorre fra identificazione-reperimento del diritto applicabile e suo necessario sviluppo imposto «dall'*inesauribile* novità delle circostanze storiche di fatto» reincontriamo il richiamo all'esempio dell'interpretazione artistica: «La tensione dialettica tra le polarità della conservazione e dell'innovazione, che d'altronde si ritrova in ogni interpretazione artistica (del Re Lear o della Tosca, ad esempio) è perciò un elemento strutturale delle decisioni giudiziali così come, su un piano più ampio, è propria dell'intero fenomeno giuridico [...]» [p. 127]. Questi testi, e ovviamente la loro modalità di connessione con il discorso complessivo, ci sembrano significativi sotto molti profili, sia nell'individuazione dell'atteggiamento soggettivo così metodologico come sostanziale che sta al fondo dell'intrapresa, sia anche del principale bersaglio critico che essa è, si potrebbe quasi dire, necessitata ad individuare. La modalità soggettiva del pensiero — ribadiamo ancora una volta che vista la qualità e profondità dell'armonizzazione, seguitiamo a parlare impropriamente senza individualizzare puntualmente i contributi, cosa che del resto potrebbe essere agevolmente realizzata a partire dalla precisa indicazione di p. VII — cui facevamo cenno, potrebbe riesprimersi come rifiuto di tutte le teorie radicali o estremistiche, anche qualora appartengano al campo discorsivo che si frequenta o addirittura si condivide. Vi è insomma un movimento del pensiero che potremmo definire dialettico — la parola ricorre frequentemente, più però, se non andiamo errati, nel senso della filosofia antica che in quello hegeliano —, una moralità del «giusto mezzo», tendente a «salvare» il nocciolo delle intuizioni utilizzabili dalle radicalizzazioni astratte e puramente concettuali e a riportarle nell'alveo di un «senso comune» (per inciso, altra parola chiave) condivisibile sia al filosofo che al giurista pratico. Come avevamo avuto occasione di accennare, infatti, pur mettendone a profitto le intuizioni e le indubbie suggestioni, vengono rifiutati, dopo averli sottoposti ad accurato vaglio, tutti gli approdi negazionisti, scettici, relativistici propri, con diverse sfumature, a tutte quelle correnti decostruzioniste, «narrative», «post-moderne», che mirano insomma, mediante una talora suggestiva operazione di dissolvimento dei confini tra l'agire interpretativo del giurista, dell'artista o

del critico letterario e la conseguente impossibilità di qualunque stringente differenziazione tra diritto e letteratura — movenza di pensiero la quale, come aveva ben visto A. Badiou³, rispecchia una concezione nichilistica ed estetizzante degli accadimenti vitali e delle forme di cultura che, a sua volta, richiama il «padre nobile» di tutti i postmoderni, ovvero il Nietzsche dell'affermazione dell'esistenza delle sole interpretazioni e non dei fatti [cfr. per queste critiche pp. 265-266] — a rendere assolutamente labili i vincoli «oggettivi» ai quali l'interprete potrebbe sottoporsi. Si tratta, come non è difficile capire, di uno snodo estremamente delicato per la tenuta discorsiva dell'impostazione degli autori che, se non andiamo errati — e lo vedremo subito di nuovo —, nel loro ambito proprio, sono molto in sintonia con un punto del programma che inaugurava qualche anno fa il cammino di una rivista storico-giuridica fiorentina, quello del «colloquio (con, ma meglio) *tra giuristi*»⁴: un colloquio «esigente» d'ambo le parti non può allora non richiedere una sofisticata strategia di «posizionamento» nel quadro delle varie prospettive ermeneutico-filosofiche disponibili, anche e non da ultimo perché a vera e propria teoria ermeneutica del diritto che Viola e Zaccaria propongono ha di fronte a sé il compito tutt'altro che agevole di costituire altresì una presa di distanza critica e un profondo ripensamento del passato storico, di quel passato, in breve, che ha fatto sì che «per tutto l'Ottocento e parte del Novecento il modello del buon legislatore “abbia” prevalso nettamente su quello del buon interprete» [p. 147]. E in chiusura, se possibile con un focalizzazione ancora più ampia, il potenziale critico della proposta tende non per caso a coinvolgere e a smascherare globalmente e nettamente, senza superflui giri di parole, quelle che vengono descritte come «le “perdite” antropologiche che la modernità giuridica, pur con le sue importanti conquiste di uguaglianza di trattamento e di imparzialità, latrici di una valutazione depersonalizzata delle situazioni umane, ha portato necessariamente con sé» [p. 423].

³ A. Badiou, *L'être et l'événement*, Seuil, Paris 1988 e cfr. P. Cappellini, *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, pp. 162-182.

⁴ Vedi da ultimo P. Grossi, *Consideraciones sobre la recepcion de los Quaderni*, in P.F. Albaladejo-C. Alvarez Alonso (Coords.), *Stile fiorentino. Veinticinco años de los Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, UA Ediciones, Madrid 2000, pp. 193-204.

Infatti la «preliminare e solo apparentemente ovvia caratterizzazione dell'interpretazione come discorso che si inserisce tra il soggetto interpretante e la “cosa” da interpretare» [p. 115]⁵ conduce certamente alla conclusione che «il diritto è positivo solo in quanto è interpretato (Hruschka), nel senso che individuare una norma come giuridicamente positiva non può non connettersi con un'operazione ermeneutica» [p. 184]; ciò semplicemente equivale a dire che «legislatore e giudice lavorano dunque, se pure in modi diversi, a processi di produzione del diritto»: anzi l'equilibrio istituzionale tra i due deve essere più realisticamente ridisegnato, visto che ormai «a partire dalla teoria della norma si può comunque osservare che il legislatore “pone” e produce soltanto i tenori letterali delle norme, *ma non pone vere e proprie norme*. I tenori letterali dei testi, le prescrizioni in essi contenute, non sono che la punta emergente di un *iceberg*, di un complesso argomentativo che verrà sviluppato solo in un secondo momento e grazie all'aiuto indispensabile di soggetti diversi (Müller). In quanto fondanti le decisioni, le norme giuridiche possono essere prodotte soltanto nel caso concreto» [p. 159]. Queste prese di posizione teoriche implicano tuttavia — è questo il «bersaglio» storico-critico, il benjaminiano paesaggio di macerie che l'*angelus novus* ermeneutico trae con sé nel vortice verso il futuro — una loro storia, che è appunto storia critica dei tentativi convergenti, dalle concezioni illuministiche alla Scuola storica alla Pandettistica, di rendere l'ermeneutica ancillare, rispettivamente a visioni meccanicistiche e sillogistiche dell'agire interpretativo fondate sull'illusoria trasparenza e intemporale razionalità esautistica della legge [p. 116 e *passim*], ovvero rispetto alla sistematica e dogmatica giuridica [p. 168 e *passim*]. L'assunzione teorica ci pare di molto momento e del resto non smentisce la natura fortemente storicizzante dell'impostazione ermeneutica qui praticata: la teoria giuridica ermeneutica per fondarsi solidamente deve praticare una *sua* storia ed anche, ci torneremo fra un attimo, un *suo* dialogo con gli storici del diritto. A chi legga spassionatamente le pagine recentissime significa-

⁵ Così, può essere interessante ricordarlo, si esprimeva uno scrittore di *Hermeneutica* legale agli inizi dell'Ottocento, riepilogando una lunga tradizione: «Interpretatio definiri potest = Humani intellectus opera, qua actus controversi verborum significatione deprehensa, Auctoris mentem vel obscuram, vel ambiguam, certa aut probabili ratione declaramus. Cum autem, ad interpretationis cujuslibet naturam et indolem adstruendam, vel diversa Interpretis persona, vel diversi effectus spectari soleant, hinc per summa capita ejus divisio I. a persona Interpretis: II. Ab Effectu».

tivamente intitolate *Mitologie giuridiche della modernità*⁶ in una con molte di quelle su cui veniamo riflettendo, non potrà assolutamente sfuggire, pur nella diversità dei linguaggi, la convergenza e comunanza di *orizzonte* e di *intenzionalità*, in assonanze inequivoche: «Se non considerassimo l'attività interpretativo-applicativa come parte integrante ed irrinunciabile del fenomeno giuridico, ridurremmo quest'ultimo a realtà astrattamente precostituita e totalmente predefinita rispetto al momento applicativo (Zaccaria). *Il diritto non è affatto, a differenza di quanto ci è stato fatto credere da molta metodologia giuridica degli ultimi due secoli, una realtà già prodotta ed in certo senso già perfetta prima ancora che intervenga l'interprete*» [p. 125]. Anche per i nostri i (perlomeno molti dei) dogmi giuridici della modernità otto-novecentesca, formatisi sotto l'imperare dell'egemonia positivista, della sovranità nazionale e della «completezza» dell'ordinamento giuridico, vanno sottoposti per forza di cose a «radicale revisione» — potrà a tal proposito esser sufficiente un esempio illustrativo di un simile tipo d'approccio: «in molti casi [...] il principio della separazione dei poteri si rivela oggi come uno strumento del tutto inadeguato al fine di segnare i confini di legittimità della posizione di diritto da parte del giudice (Ipsen)» [p. 159] — perché ormai, e qui il richiamo, significativamente non corredato di un riscontro bibliografico puntuale ma anche limitante, si fa esplicito, «l'asse centrale del diritto positivo, ma anche della prassi giuridica si è [...] spostato, in modo netto, dal terreno della legislazione a quelli della giurisdizione ordinaria e della giustizia costituzionale. Non senza fatica la scienza giuridica si sforza di uscire dalla marginalità nei confronti dello sviluppo sociale, in cui l'ideologia statalista del legalismo moderno l'aveva confinata: e cerca di recuperare, nel nuovo orizzonte sovranazionale, un ruolo propulsivo nel meccanismo di produzione del diritto (Grossi)» [p. 172]. Se il quadro che la composizione o, meglio ancora, la fusione delle dimensioni storiche e teoriche, giunge a delineare, si presenta, anche tenuto conto della duplice prospettiva del testo, più che convincente, resta forse, in vista anche di auspicabilissimi futuri approfondimenti, aperta la strada ad un doppio ordine di considerazioni, che va a nostro avviso strettamente connesso ad un'altra notazione, di carattere più metodologico-pragmatico, ed altresì, almeno ci pare, più problematica, laddove cioè, collocando al suo livello proprio di discorso la teoria ermeneutica, se

⁶ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001.

ne ribadisce il carattere di «distanziamento» critico, intendendo però la critica forse un po' limitativamente come «purificazione» del (di un?) senso del diritto dalle «incrostazioni» storiche, e almeno apparentemente escludendo che possa fungere da «liberazione» da un intero «orizzonte culturale»: «Mettere in discussione i canoni ermeneutici significa prendere coscienza della *cultura giuridica entro cui si articola l'attività interpretativa e sottoporla a critica* (Balkin, Levinson). *Non si tratta di liberarsene*, perché altrimenti la stessa impresa giuridica della coordinazione sociale sarebbe impossibile, *ma di purificarla da tutte quelle incrostazioni storiche che possono intercettare e deviare il senso del diritto*, cioè le ragioni di fondo per cui è bene che vi sia il diritto» [p. 103]. Sembrerebbe imporsi, a questo punto, il rischio — al di là della questione di come possa darsi il (un) senso del diritto, che abbiām visto non essere realtà già data prima dell'intervento di concretizzazione, che consideri il suo esserci fuori dalla storicità — del riproporsi della subalternità dell'ermeneutica rispetto all'orizzonte culturale formalistico-positivistico, qualora di fatto questa cultura risultasse, come talora sembra risultare, ancora non trascesa (e «quindi» non trascendibile); ma non è questo l'aspetto che adesso ci preme.

In questo contesto non sarebbe infatti del tutto fuori luogo richiamare, nei termini in cui è stata recentemente formulata, una questione radicale a proposito del rapporto tra impostazione filosofico-giuridica ermeneutica e «domanda di storia» che essa, da qualunque parte la si affronti, necessariamente postula: «Vi sono anche, certamente, numerosi problemi di metodo. Quali “ritmi” storici organizzano questi “stati” del diritto? Quali grandi movimenti (di civiltà?) li provocano?... Significa, anche, che in seno a una particolare civiltà, il “diritto” è sempre già diritto? E tuttavia, sebbene queste siano tutte domande importanti, non esauriscono la questione del diritto: parlare di diritto, infatti, cosa significa? Ne abbiamo, tra l'altro storicamente, parlato sempre alla stessa maniera? E se già, parlare di un certo diritto (di una certa epoca) consisteva nell'identificare questo stesso momento storico (almeno in parte)? E se, in altri termini, l'affermazione di senso, il “diritto”, in un certo momento storico, fosse prima di tutto elaborazione di senso, e, in secondo luogo, un'elaborazione di senso che ci riguarderebbe “oggi”, poiché, dopotutto, quel narratore che è il metodologo prima di dire la storia, è (nella) storia? *E quindi, se nella ricerca sulla questione del diritto non sembra esistere un percorso tracciato in anticipo, ciò comporta un vantaggio non trascurabile di*

non avere alcuna direzione che possa pretendere di imporsi da sola: dalle "tracce" cercheremo dunque di risalire ai processi cognitivi che, secondo noi, determinano cos'è il diritto. Facciamo presente che un tale percorso non deve imporsi necessariamente gli oggetti utilizzati quotidianamente, per esempio dalla dogmatica giuridica: questi oggetti, infatti, sono già costituiti proprio da quei processi che ci proponiamo di ritrovare. Da essi, dunque, non potremmo risalire a nulla. Per esempio, la moderna "teoria del diritto" dell' '800 e del '900, anglo-americana o europeo-continentale che sia, si è sempre definita come una specie di teorizzazione di una pratica sociale *positiva* (la pratica dei giuristi, ciò che dicono e ciò che fanno). Invece una filosofia del diritto non è tenuta in nessun modo a sentirsi legata da questa abitudine, non deve riconoscere imperativamente quell'oggetto che si imporrebbe da sé, e che si riconosce dunque, più o meno precisamente, col nome di dogmatica giuridica»⁷. Naturalmente, a nostro avviso — e crediamo anche che lo sarebbe dei due autori — la frase finale non può essere intesa, e non lo vuole neppure, come dimissione di responsabilità rispetto alle pratiche giuridiche; in ogni caso la critica dell'atteggiamento dogmatico-formalistico (Cfr. ad es. pp. 163 ss. e 409 ss.) costituisce parte integrante anche della proposta di Viola e Zaccaria. Quello quindi che vogliamo ricavare dalla formulazione appena richiamata, e al di là dell'accettazione o meno della radicalità dell'impostazione complessiva — i nostri, è bene ricordarlo, sottoscrivono opportunamente la critica wittgensteiniana al rischio «sotteso alla prospettiva dell'ermeneutica radicale, ovvero quello dell'interpretazione come rinvio infinito, esclusivamente consistente nel sostituire ad un segno altri segni» [p. 108] — è una suggestione diversa. Gli autori a più riprese e sistematicamente — e questo «dialogo storiografico», come più volte sottolineato, costituisce uno dei meriti del volume — fanno uso di risultati storiografici in merito alla ricostruzione delle principali correnti di pensiero giuridico dell'ieri e dell'oggi: ora, mentre le ricostruzioni delle correnti contemporanee, in particolare quelle analitiche ed ermeneutiche si fondano su di una letteratura aggiornatissima di cui si rende anche partitamente conto e sono sovente, per non dire sempre, magistrali nella sintesi e focalizzazione dei momenti teorici decisivi, si ha talora l'impressione che per quello che riguarda l'ottocento e i primi del novecento (Scuola storica,

⁷ P. Nerhot, *L'ipotesi perduta della legge*, CEDAM, Padova 1994, pp. 2-3.

Savigny, Pandettistica, A. Merkel e la teoria generale del diritto etc.) i riferimenti e la scansione di continuità e differenze siano legati a richiami certo 'classici' e ben conosciuti nell'ambito disciplinare (Wieacker, Larenz, Wilhelm, Mengoni principalmente) ma «generazionalmente» risalenti: una presa in considerazione della «nuova storiografia» europea, tedesca e italiana in specie (J. Schroder, D. Norr, J. Ruckert, M. Herberger)⁸ potrà certamente portare nelle prossime edizioni a interessanti messe a punto in relazione a temi rilevanti come ad esempio quello del metodo sistematico⁹ (cfr. p. 175 ss., 344 ss., 369 ss., 409 ss.), alla postulata continuità tra giurisprudenza dei concetti degli allievi di Savigny, sistema logico come piramide concettuale da questi in ipotesi postulato e concezione logico-formale del diritto (cfr. p. 177 e *passim*) o anche della dogmatica giuridica in generale (ancora specialmente p. 168 ss. e 409 ss.). Ma nell'affermare, a ulteriore titolo di merito della ricerca di cui si discute, che la novità dei «lineamenti» di teoria ermeneutica postulano e debbono stimolare un percorso che non deve per forza ricalcare le problematiche storiografiche tradizionali, e anzi dare un senso alle nuove acquisizioni che si vanno spesso sparsamente accumulando, vogliamo segnalare anche un aspetto che ci pare anche più decisivo: il giungere a maturità della nuova ermeneutica giuridica italiana pone a se stessa, ma la sfida riguarda ovviamente (in collaborazione) gli stessi storici del diritto, la domanda e il compito di iniziare a progettare (finalmente) *una vera e propria storia dell'ermeneutica giuridica (moderna)* della quale sinora esistono solo sparse e *disiecta* membra¹⁰. Ci sembra che la suggestione a questo

⁸ J. Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, V. Klostermann, Frankfurt am Main 1979; M. Herberger, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, V. Klostermann, Frankfurt am Main 1981; J. Ruckert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Gremer, Ebelsbach 1984; D. Norr, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, V. Klostermann, Frankfurt am Main 1994; M. Wolf, *Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker. Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre*, Aktiv Druck und Verlag, Ebelsbach 1996.

⁹ Cfr. P. Cappellini, *Systema iuris*, 2 voll., Giuffrè, Milano 1984-1985.

¹⁰ Per un iniziale tentativo vedi P. Cappellini, *Der Wille zur Wahrheit. Qualche ipotesi preliminare su "storia della verità" e origini dell'ermeneutica giuridica liberal-borghese*, in F. Tomas y Valiente et alii (eds.), *De la Ilustracion al Liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, pp. 67-120.

compito affascinante costituisca un inter-testo che percorre in filigrana tutto l'itinerario dei nostri: l'ineludibilità del quale per la stessa tenuta dell'impostazione teorica è pari alla sua difficoltà.

Avviando alla conclusione il nostro dialogo ci corre l'obbligo di tornare seppur soltanto a delineare alcuni spunti trascelti tra le indicazioni propositive che appaiono più feconde e suscettibili di sviluppi. Se dunque il superamento del modello giuspositivistico, irretito nella sua difficoltà palese a render ragione dell'invocato «senso fatto palese», visto che, come ben notava Dworkin, in molti di quei casi che la letteratura giuridica chiama «casi difficili» non è affatto dato un significato palese delle parole, se dunque tale superamento è un elemento acquisito, rimane aperto proprio sul nuovo piano l'eguale e speculare problema del controllo dell'«arbitrio» che non può più essere «confidato» al legislatore, poiché il «procedimento interpretativo [...] in quanto operazione conoscitiva e valutativa complessa, può essere solamente orientato, ma non rigorosamente disciplinato dal legislatore». Essendo «in linea di principio la distanza che separa l'universalità della legge e la concreta situazione giuridica nel caso singolo [...] incolmabile, se non nel momento dell'applicazione» e «il significato strettamente intrecciato alle circostanze ai fattori *vitalmente* determinanti del contesto», bisogna allora prendere atto della «produttività del caso particolare» e della stessa «funzione interpretativa, per porre sotto controllo teorico lo spazio di gioco che si apre all'interprete» [p. 183]. Questa esigenza di controllo si fa tanto più pressante, in quanto gli autori — sintomaticamente riesumando Francisco Suarez, uno dei corifei di quella Seconda Scolastica che già anni fa in un primo convegno fiorentino veniva indicata per molteplici aspetti come all'origine del diritto moderno¹¹ — sono anche sociologicamente consapevoli dei fenomeni di riallocazione delle «competenze» che si vanno da ultimo sviluppando nelle società industriali occidentali cosiddette «avanzate», laddove si «pretende che l'intervento del giudice si manifesti come correttivo “quia legislator peccavit”: al giudice verrebbe cioè demandato quanto il legislatore politico preferì non trattare, quasi che il diritto giudiziale costituisse un'*enclave* extraterritoriale

¹¹ Cfr. P. Grossi (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio – Firenze 17-19 ottobre 1972. Atti*, Giuffrè, Milano, 1973 e vedi anche F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Giuffrè, Milano 1984.

rispetto al continente del sistema giuridico codificato. In questa tesi, nonostante non ne sia più valido l'implicito presupposto, quello della norma come "dato" totalmente predeterminabile e definitivo, vi è paradossalmente un elemento di verità. Nella legislazione contemporanea, frutto della mediazione instabile tra interessi e spinte divergenti e spesso contrapposti, a fronte di norme sociali che si fanno via via più fluide e sensibili, si adotta volentieri la tecnica di affidarsi in partenza a formulazioni letterali volutamente ambigue, per scaricare in altre sedi l'onere dello scioglimento forzoso dell'ambiguità» [p. 145]. La «creatività del giudice» o «della giurisprudenza» — che recentemente è stata vista «all'opera» nella sua forza costitutiva del fenomeno giuridico anche da Guido Alpa¹² — assume allora certo una sua centralità, ma, ammoniscono gli autori, si tratta di una «creatività dell'interprete» che «è sempre una creatività derivata, mai una creatività originaria», anche se «è opportuno non dimenticare che non è possibile identificare il diritto senza creare nuovo diritto, almeno nel senso che un aspetto di creatività è intrinsecamente connaturato all'identificazione, meglio al reperimento del diritto esistente» [p. 127]. Come che sia, rispetto a questa *creatività normale o continua*, come mi verrebbe fatto di definirli, prendendo a prestito gli aggettivi rispettivamente da Kuhn e dal malebranchismo di Hoyle, si pone la questione del controllo di accettabilità delle varie alternative interpretative, insomma dei parametri valutativi di ragionevolezza e giustizia, e brettianamente della *buona interpretazione* (cfr. p. 119 e cap. III). La critica alle teorie «letterarie e artistiche» radicali, che, sia detto di passata, i nostri acutamente e con buona ragione trovano negli esiti assolutamente simili a posizioni in apparenza (anche politicamente) agli antipodi, quali quelle di Richard A. Posner e quelle dei *Critical Legal Studies* (p. 261), consentono di evidenziare nel modo migliore l'elemento differenziale, sulla base del quale costruire una solida risposta al problema: «L'impresa interpretativa di un grande interprete di Brahms o di Beethoven indubbiamente arricchisce il patrimonio culturale dell'umanità nel suo complesso, ma non incide direttamente sui rapporti sociali: il che avviene invece nell'interpretazione giuridica» [p. 131]. Il diritto come pratica sociale, al quale Viola dedicò nel 1990 una autonoma monografia, è allora la risposta. Una pratica sociale complessa nella quale l'interpretazione si presenta come il luogo del senso del diritto (pp.

¹² G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari 1996.

459 ss.) e la cui razionalità non può trascurare, nel prendere decisioni, gli aspetti di necessaria «ripersonalizzazione» della prassi giuridica e dei suoi risultati a fronte delle carenze antropologiche della modernità giuridica (cfr. la a nostro avviso decisiva p. 423, in cui ci piace ricordare il riaffiorare del nome in certi ambienti troppo dimenticato di Capograssi), e perciò non farà più affidamento cieco su soluzioni monologiche e assolutistiche, ma su di una soggettività-oggettività del comprendere garantita e controllata all'interno di un contesto comunitario nel quale il diritto viene elaborato e vissuto, la «comunità interpretativa» o «comunità dell'interpretazione giuridica» (p. 192): «Nel discorso pubblico gli argomenti ragionevoli per applicare e giustificare una norma hanno possibilità di essere accettati soltanto tra partner ragionevoli. In questo senso quanto viene elaborato, sostenuto e approvato dalla comunità dei giuristi richiama senza dubbio alla mente gli *éndoxa* aristotelici (Perelman): si tratta infatti di opinioni notevoli, espresse dai più, o comunque da coloro che in un determinato ambito sono autorevoli. Ma proprio qui si scopre anche il loro limite: a meno di non ritenere tali *éndoxa* come strumenti di arbitrio, in mano a coloro che in quell'ambito specifico, proprio perché autorevoli, finiscono per risultare i più forti, essi vanno visti invece come elementi topici, da cui debbono muovere la riflessione e l'argomentazione. La dialogicità deve muoversi alla ricerca di una comune misura intersoggettiva di razionalità, che tenga conto delle differenze e delle situazioni particolari. La razionalità non è più appannaggio di un singolo soggetto individuale — il solo legislatore, il solo giudice — ma configura un lavoro articolato, che ha bisogno della collaborazione di una pluralità di soggetti, e che giustamente, per vedere riconosciute le proprie buone ragioni, non può più riferirsi ad un'unica, esclusiva ragione, capace di dar conto di tutto» [pp. 193-194]. Pur essendo evidente nelle parole che abbiamo appena ascoltato, oltre che la «traduzione moderna» di nozioni come tradizione giuridica e simili — sarebbe anzi di molto interesse che entrambi, storici e filosofi, riflettessero sui probabili nessi tra la nozione di «comunità interpretativa» (specie se incentrata, certo molto poco schmittianamente, nel bene e nel male, sui «casi emblematici», e accettati da tutti «piuttosto che sui casi “di crisi”, che come “casi periferici”, a loro volta, appariranno come esempi impoveriti o mancanti di qualcosa o, comunque, dubbi», così come si legge a p. 458) e quella di *communis opinio doctorum* — anche l'assenza di qualsiasi accentuazione identitaria (o di assolutismi specularmente so-

stitutivi rispetto a quello legislativo), talchè di una *comunità plurale* dovrebbe discorrersi, non sono mancate, dicevamo, al di là del riconoscimento della sua fecondità euristica, perplessità sulla sua adeguatezza rispetto al tempo storico che stiamo vivendo: l'originale e feconda idea di «comunità interpretativa» solleva qualche riserva in chi guardi le società occidentali, miste di lingue, di etnie, di costumi e di religioni; e perciò creda soltanto possibile, o almeno necessario, il vincolo esteriore della legalità. Un vincolo, che, in difetto di altri, stringe gli uomini intorno a criteri di condotta, a tavole di fondazione della convivenza. È ardito immaginare una «comunità interpretativa» proprio dove si svolgono impietosi conflitti di individui e di gruppi, e dove gli estremi bisogni dell'uomo rifiutano le voci del «razionale» e del «ragionevole» (così Natalino Irti in una recensione intitolata *Il senso del diritto nella pratica sociale* sul Corriere della Sera). Noi siamo più inclini a ritenere, con Alasdair MacIntyre, che tali perplessità — che del resto non rammemorano come la cultura medesima a partire dalla quale si originò l'Europa medesima che ora si vuol giuridicamente (ri)costruire sia il frutto del lavoro di «salvataggio» di tali comunità sorte proprio frammezzo a impietose invasioni e conflitti — non siano, in effetti, che la lucida e consapevole presa d'atto «che la politica moderna non può basarsi su un autentico consenso morale». E infatti non vi si basa. La politica moderna è la guerra civile proseguita con altri mezzi. La verità a questo proposito fu dichiarata da Adam Ferguson: «Non bisogna aspettarsi che le leggi di un qualsiasi paese debbano essere articolate come tante lezioni di morale [...] Le leggi, siano esse civili o politiche, sono espedienti tattici per conciliare le pretese delle diverse parti, e per assicurare la pace delle società. L'espediente è commisurato alle circostanze specifiche» (*Principi di scienza morale e politica* II, 144). La natura di una qualsiasi società non deve dunque essere decifrata unicamente a partire dalle sue leggi, ma da queste intese come indice dei suoi conflitti. Ciò che le leggi mostrano è la misura e il grado in cui i conflitti devono essere soppressi. Ma se è così un'ulteriore virtù è stata spodestata¹³. Se allora la comunità ermeneutica ha un senso, lo assume al di fuori di questa che può anch'essa, a sua volta, apparire come l'espressione di una tradizione culturale, paradossalmente elaborata dalla «comunità degli individualisti» (di cui pe-

¹³ A. MacIntyre, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Feltrinelli, Milano 1988, p. 302.

raltro la letteratura illuministica, fiera e non reticente sulle sue origini, è piena, in salotti e castelli o «conventi» più o meno giacobini): «quindi tutto sommato l'opposizione morale fondamentale rimane quella fra l'individualismo liberale nell'una o nell'altra delle sue versioni e la tradizione aristotelica nell'una o nell'altra delle sue versioni»¹⁴. Si potrebbe obiettare che spesso l'apertura di un'ermeneutica giuridica che riconosce, assai poco modernamente in verità, la sua limitatezza, si rivolge a filosofie «idealistiche» e tutt'altro che aristoteliche: «Bisogna riconoscere che è difficile per la filosofia ermeneutica custodire questa prospettiva radicalmente storica senza cadere nel relativismo culturale, che impedirebbe qualsiasi definizione universale (e quindi anche quella del diritto). Come conciliare l'affermazione della storicità dell'esperienza umana con la pretesa che i testi parlino di qualcosa di cui sono essi stessi la manifestazione e il prodotto, cioè con la pretesa della priorità del senso sul testo? È proprio la difficoltà di rispondere in modo convincente a questa domanda che ha spinto la filosofia ermeneutica del diritto a coniugarsi e completarsi con altre concezioni filosofiche, a volte inclinate più verso lo storicismo e altre volte più propense all'idealismo assoluto o all'ontologia». E tuttavia proprio con questo gesto di vera e filosofica «modestia» (di nuovo «dopo la virtù», in una sua nuova ricerca) essa si riapre la strada verso una «rinascita della filosofia pratica»: «In ogni caso con ciò stesso l'ermeneutica ha ammesso la sua insufficienza in quanto filosofia, dando ragione a quelli che vogliono ricondurla alle sue più modeste origini di “arte dell'interpretazione” e nulla più» [p. 457]. Sarebbe a questo punto eccessivo parlare, alla ricerca, magari, di una «bella» immagine anche storicamente significativa, di «aristotelismo padovano»? A rigore, e in ossequio alle comunque diverse provenienze degli autori, forse sì. Quel che è certo è che questo testo è un importante tassello, una forte e tesa testimonianza razionale, in quello che ci sembra come il sempre più necessario sforzo di creazione di una mentalità antiassolutista nel ceto dei giuristi italiani ed europei, oltre che una prestazione teorica di primo livello, come al meglio possono palesare le sue parole conclusive, che dovrebbero restare impresse nella memoria di ognuno che abbia a cuore le sorti del sapere giuridico all'aprirsi del nuovo secolo: *«Il diritto richiede l'interpretazione perché tende*

¹⁴ *Ivi*, p. 308.

alla giustizia, non solo e non tanto perché è il prodotto della volontà di un'autorità legittima» [p. 463].

PAOLO CAPPELLINI