

$$\frac{A_{12}}{138}$$

Stefano Berni

Ermeneutica giuridica e postmoderno

Per una posizione del problema



Copyright © MMVII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-0973-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2007

INDICE

Premessa	p. 7
I. Dall'ermeneutica al postmoderno. Una breve ricostruzione del problema	» 11
II. Interpretazione e giudizio	» 43
III. Interpretazione e tradizione	» 53
IV. Ermeneutica, morale e giustizia	» 73
V. Diritto e postmoderno	» 85
VI. La produzione del diritto	» 93
VII. Complessità e creatività del diritto	» 101
VIII. Interpretazione e precedenti giudiziari	» 109
IX. Il problema delle lacune	» 121
Conclusione	» 129

PREMESSA

Il presente lavoro intende avvicinarsi alle tematiche classiche della teoria dell'interpretazione del diritto, o ermeneutica giuridica, ponendole in riferimento a quel tipo di sensibilità filosofica che da qualche tempo viene definita 'postmoderna', volendo con ciò utilizzare un termine apparso per la prima volta in ambito letterario e storico-artistico e poi sviluppatosi nel corso del dibattito filosofico da ormai oltre trent'anni.

In Europa, il dibattito filosofico si è svolto principalmente in Francia e in Italia tra quegli esponenti della filosofia «continentale», come Lyotard, Derrida, Foucault, i quali, a torto o a ragione, tenevano ad autodefinirsi tardo-moderni o post-moderni. Il terreno su cui poggia il pensiero della 'postmodernità' era comunque già stato dissodato e preparato da tempo in sede di filosofia generale dalla corrente dell'ermeneutica, che – da Schleiermacher in poi – considerava l'interpretazione non staticamente o filologicamente, ma piuttosto come un'attività in continuo divenire, valorizzando ed enfatizzando il punto di vista del soggetto-interprete. Risulta allora opportuno che la filosofia giuridica 'postmoderna', ai fini di una adeguata autocomprensione, risalga a quei filosofi che per primi avevano sollevato in questi termini il problema interpretativo e che perciò si erano scontrati fin da subito con la concezione prevalente nel razionalismo moderno, caratterizzata dalla credenza nell'esistenza di «assoluti razionali», luoghi «oggettivi» del pensiero, che – come la certezza, la verità, la giustizia – erano destinati ad assurgere a veri e propri metavalori del discorso filosofico. Contro questa illusione del razionalismo filosofico moderno, il 'postmoderno' rispondeva negli ultimi decenni del Novecento approfondendo una metodologia critica di tipo genealogico e decostruttivo.

La trattazione procede da un approccio generale ad uno più individuale e concreto. Dopo una breve introduzione al tema dell'ermeneutica e dopo un altrettanto breve esame degli autori che ad essa – sia pure criticamente – si richiamano, vengono analizzati alcuni concetti generali ricorrenti nella riflessione teorica della giurisprudenza come il giudizio, la tradizione, la dimensione morale del ragionamento. Dopo di che vengono affrontati singoli aspetti pratici della metodologia giuridica, come la produzione del diritto, i precedenti, le lacune – concetti tutti il cui significato risulta, per quanto in maniera diversa a seconda dei casi, alquanto modificato alla luce della tematica postmoderna.

Sul tema che lega il 'postmoderno' al diritto sono apparsi da vari decenni, anche in Italia, studi dotati di sicuro valore e degni di interesse. Noi proviamo qui a condensarne i punti salienti, coscienti del fatto che il lavoro necessario al fine di approfondire adeguatamente i vari aspetti della questione è ancora lungo. Si è quindi ben lontani dal ritenere di essere pervenuti, con il presente saggio, ad una sistemazione soddisfacente degli argomenti trattati. Ci permettiamo tuttavia di confidare di aver messo insieme in queste pagine un utile materiale preparatorio, non privo di qualche valenza per la didattica e tale in ogni caso da fornire al lettore un'idea complessiva dello stato attuale della questione sul tema generale della teoria dell'interpretazione e su quello più particolare dell'interpretazione giuridica alla luce di quella controversa categoria filosofica che viene denominata 'post-modernità'.

Colgo qui l'occasione per ringraziare alcuni amici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena con cui discuto ormai da anni su questi temi, la collaborazione con i quali si è tramutata nel tempo in un sodalizio non solo professionale. In particolare la mia riconoscenza va ad Emanuele Castrucci, ma desidero ringraziare in questa sede anche Giovanni Cosi, Gianni Bernardini,

Carlo Lottieri e Laura Passero. I difetti del presente saggio sono però ovviamente da imputare solo a me stesso.

S.B.

I. DALL'ERMENEUTICA AL POSTMODERNO. UNA BREVE RICOSTRUZIONE DEL PROBLEMA

Il concetto di ermeneutica deriva dal nome greco *Hermes*, il messaggero, colui che «mette in contatto», da cui il latino *interpres*, che indica chi negozia, media, espone, commenta, traduce. Nei filosofi greci, almeno fino ad Aristotele, l'arte dell'interpretazione riguardava il problema stesso del linguaggio: *era* il linguaggio. Hermes è infatti per i Greci il messaggero tra gli dei e gli uomini, colui che ha portato la parola agli uomini. Ma ciò che mette in contatto due soggetti è il discorso stesso. Non è un caso che lo scritto di Aristotele sull'interpretazione appartenga all'*Organon*, a quell'insieme di testi che – predisponendo una logica categoriale – rispondono al compito di affrontare correttamente ogni possibile argomento filosofico.

Tuttavia, come dimostra egregiamente Gusdorf, dopo Aristotele, in epoca alessandrina, «l'ideale ermeneutico della intelligibilità critica si annulla [...]. Il dio Hermes spezza il circuito della comprensione e diventa patrono dell'*ermetismo*, cioè della conoscenza nascosta», della gnosi per iniziati. «In questa atmosfera sorgerà il cristianesimo»¹. La patristica cristiana si approprierà del concetto di ermeneutica come «corretta manifestazione del significato delle sacre scritture, [...] assumendo così il significato di ministero della verità»².

Forse non è stato finora messo sufficientemente in luce il significato di tale rivoluzione. Vi è una discontinuità, una rottura epistemologica tra la grecità e il cristianesimo. Ciò che si modifica

¹ G. GUSDORF, *Storia dell'ermeneutica*, Roma 1989, p. 28.

² *Ivi*, p. 40.

non è tanto la parola, *flatus vocis*, ma l'oggetto stesso dell'ermeneutica. Laddove presso i Greci l'interrogazione verteva sul linguaggio, sull'uomo fonte di conoscenza, nel cristianesimo l'interpretazione avviene tra uomo e oggetto, oggetto particolare perché costituito dal *positum* della rivelazione – il Nuovo Testamento, parola di Cristo (messaggero, come Hermes, di Dio) – ma pur sempre oggetto: la Sacra scrittura, un libro.

Il diritto riflette tale cambiamento: se i Greci non avevano bisogno di un codice che non fosse quello dettato dalla consuetudine e dalle leggi considerate naturali, i cristiani redigono un Testo, costruito a partire dal testo biblico che concentra in sé le leggi. Il giudice non è un più un arbitro, negoziatore, diplomatico che ascolta i due contendenti di una contesa, ma è il testimone sacerdotale di una verità che trascende la realtà, di una messa in funzione di un testo posto al di fuori della relazione che regola i rapporti tra i contendenti. Il giudice-sacerdote non crea pace tra i contendenti ma li conduce agli *exempla* e alle parole del testo della legge, sorta di specchio autentico e *più vero* della realtà stessa. Di qui discendono alcune conclusioni filosofiche piuttosto importanti: *a*) la verità non è ciò che si vede o che accade disvelandosi nel reale, l'*alétheia*, ma ciò a cui bisogna credere a partire dal testo sacro, la *fede*; *b*) in secondo luogo tale verità è conoscibile solo da esperti, i sacerdoti; *c*) la verità non è una funzione soggettiva, connessa all'attività di un soggetto libero ma riguarda un dato esterno, un Testo canonico oggettivo su cui poi, inevitabilmente, i commenti e le esegesi si moltiplicano e proliferano.

Il Rinascimento e la Riforma proseguono nella discussione di questa «ermeneutica biblica». Riconsiderando il problema esegetico, si auspica un ritorno al testo autentico, alla fonte, senza far riferimento alle varie interpretazioni. Tale ricerca filologica dell'originalità di un Testo unico di cui avvalersi, appartiene allo stesso paradigma conoscitivo della rivoluzione scientifica. Anche Galileo

guarda alla natura come un Testo da interpretare, da decifrare e da conoscere. È vero che la Bibbia perde così via via il suo valore trascendente e diventa un testo come tanti altri da commentare secondo una ricostruzione storico-antropologica, ma la scienza naturale si libera dell'ermeneutica mantenendo inalterato il valore di verità universale che dovrebbe coincidere con la realtà stessa. In fondo si tratta sempre di conoscere *oggettivamente* qualcosa che è dato esternamente al soggetto che indaga. Anche la scoperta cartesiana del *cogito* rimanda ad una verità oggettiva e conoscibile, e pertanto razionale, del soggetto stesso: la coscienza altro non è che autocoscienza.

Il romanticismo, con la riscoperta della storia, avrà bisogno dell'interpretazione come strumento per decifrare e fornire di senso gli accadimenti umani del passato. Tale attenzione per gli eventi passati è ciò che distingue il metodo ermeneutico romantico da quello proprio degli scienziati naturali: l'oggetto studiato, nella sua storicità, modificherà sostanzialmente il metodo di questi ultimi. A quali conclusioni porterà tale fondamentale innovazione? Alla conclusione: *a)* che la verità si modifica nel corso del tempo; *b)* che il soggetto non è certo di sé e può avere in sé qualche lato oscuro o non conoscibile; *c)* che la verità è una costruzione storica del soggetto; *d)* che l'uomo è un essere irriducibilmente diverso dalla natura o perlomeno più complesso nelle sue manifestazioni culturali; *e)* che «tutte le scienze, e dunque anche le scienze della natura, sono scienze dell'uomo, ossia hanno l'uomo per autore, strumento e destinatario. L'uomo è al tempo stesso il soggetto e l'oggetto del sapere»³.

³ *Ivi*, p. 234.

Considereremo ora brevissimamente il profilo di alcuni tra i principali teorici dell'ermeneutica europea, tra fine Ottocento e Novecento.

1. *Nietzsche*

Come tutte le correnti che generano un nuovo modo di cogliere la realtà, anche l'ermeneutica ha ricercato, per la propria autofondazione, il contributo di quegli autori che in certa misura avevano già proposto nel passato una visione fortemente critica della verità. Uno degli autori che per certi versi è considerato il caposcuola dell'ermeneutica contemporanea è Nietzsche. Nietzsche svolge una decisiva, radicale e duplice critica della storia, intesa ora come progresso ora come tradizione. «Per Nietzsche occorre criticare nella maniera più incisiva la propria tradizione»⁴. La sua visione soggettivistica della realtà distrugge le certezze della ragione e della morale che vogliono poggiarsi su verità e credenze ritenute incontrovertibili; distrugge la certezza del soggetto sicuro di sé; distrugge la certezza della scienza convinta di quei nessi causali che sono invece il prodotto della sua immaginazione. Ricordiamo qui la famosa e più volte citata frase ormai divenuta quasi il manifesto della filosofia ermeneutica:

«Contro il positivismo, che si ferma ai fenomeni: ci sono soltanto fatti, direi: *no, proprio i fatti non ci sono, bensì solo interpretazioni*. Noi non possiamo constatare nessun fatto in sé; è forse un'assurdità, volere qualcosa del genere: Tutto è soggettivo, dite voi; ma già questa è un'interpretazione il soggetto non è niente di dato, è solo qualcosa di

⁴ F. MONCERI, *Dalla scienza alla vita*, Pisa 1999, p. 62.

aggiunto con l'immaginazione, qualcosa d'appiccicato dopo. È infine necessario mettere ancora l'interprete dietro l'interpretazione? Già questo è invenzione, ipotesi.

In quanto la parola conoscenza abbia senso, il mondo è conoscibile; ma esso è interpretabile in modi diversi, non ha dietro di sé un senso, ma innumerevoli sensi. Prospettivismo.

Sono i nostri bisogni che interpretano il mondo: i nostri istinti e i loro pro e contro. Ogni istinto è una specie di sete di dominio, ha la sua prospettiva, che esso vorrebbe imporre come norma a tutti gli altri istinti»⁵.

Diversamente da ciò che accadrà con Dilthey, Nietzsche cerca di abbandonare il kantismo. La cosa in sé scompare. Anche l'interiorità, la biografia, la soggettività, la tradizione, la Morale, se in Dilthey si allacciano convulsamente con la vita, in Nietzsche sono considerate sospette. Di qui l'esaltazione della vitalità, della volontà di potenza, degli istinti, della forza.

Alla concezione nonostante tutto ancora scientifica di Dilthey, in cerca di un dato *oggettivo* da rintracciare e da trovare attraverso uno scavo archeologico all'interno della tradizione, Nietzsche oppone una radicale critica, rifuggendo e oltrepassando l'intera questione per risalire genealogicamente all'origine extramorale dei concetti di valore. Di qui l'ambiguità di certa ermeneutica che, pur riconoscendo il debito nei confronti di Nietzsche, si guarda bene dal considerare il filosofo tedesco come fondatore dell'ermeneutica, privilegiando il più cauto e per certi versi più scientifico Dilthey.

In una storia dell'ermeneutica, ormai consolidata, il pensiero di Nietzsche, anche se spesso citato, non è in realtà quasi mai approfondito. Tale atteggiamento rivela a nostro avviso una veri-

⁵ F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi*, 1886-1887, n. 7, 60, in *Opere di Friedrich Nietzsche*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Milano 1968, p. 235.

tà non avvertita dagli interpreti: benché Nietzsche sia un filosofo ermeneutico, egli giunge per tanti aspetti alla sostanza ontologica dell'uomo: rivela al fondo una credenza in forze corporee, istintive e naturali che attraversano e guidano l'agire umano. Non a caso molti interpreti di Nietzsche si trovano a commentare le prime frasi dell'aforisma precedentemente riportato, dimenticandosi di aggiungere qualcosa circa la conclusione che appare di una chiarezza straordinaria. Tra questi filosofi esemplare è il caso di Vattimo, il quale, insistendo giustamente nel porre Nietzsche all'interno della corrente ermeneutica che da Dilthey, attraverso Heidegger, conduce a Gadamer, si guarda bene però dal sostenere una teoria degli istinti.

Insomma, ad una più attenta analisi si rileva che la maggior parte dei filosofi appartenenti alla corrente ermeneutica ha considerato Nietzsche come un autore scomodo. Questo sostanzialmente per due motivi intimamente connessi: la reimpostazione del problema morale e la scoperta degli istinti. Riguardo al primo aspetto l'ermeneutica si propone di rivalutare la componente morale tradizionale in quanto di fatto incancellabile. Di qui discende anche la negazione di forze extramoralì la cui esistenza dimostrerebbe l'infondatezza stessa della tradizione cui ci si appella. Infatti, per Nietzsche, dietro ogni fenomeno morale, etico e giuridico risiede una forza extragiuridica, di tipo vitalistico ed istintuale. Per lui il diritto era sorto dalla necessità di regolare i rapporti di forza tra individui che hanno «forza pressoché uguale»: di qui «sorge il pensiero di mettersi d'accordo e di negoziare le reciproche pretese: il carattere dello *scambio* è l'originario rapporto della *giustizia*»⁶.

⁶ F. NIETZSCHE, *Umano troppo umano*, I, in *Opere*, cit., Milano 1964, p. 158. Sulla critica di Nietzsche al diritto si vedano: R. ESCOBAR, *Nietzsche politico*, Milano 2003; A. BALLARINI, *Essere collettivo dominato. Nietzsche e il problema della giustizia*, Milano 1982; L. ALFIERI - D. CORRADINI, *Abissi. Me-*

Il diritto sarebbe venuto in essere quando l'altro, resistendo, ha fatto sì che si verificasse una sorta di compromesso. Oggi però si è perduto questo ricordo e «vi è la necessità che esista un diritto, e ci accontentiamo anche di diritti arbitrari», confidando su una loro presunta logica, che suona come imparziale. I concetti desunti dal diritto provengono, per Nietzsche, dall'eredità cristiana: colpa, responsabilità, libero arbitrio. Essi svolgono un incessante lavoro di omologazione delle coscienze in cui la legge interviene al fine di raddrizzare, punire, marchiare coloro che non si assoggettano e che sono considerati pericolosi in primo luogo per la sicurezza della società nel suo complesso.

Dietro il diritto, secondo il filosofo tedesco (e questo lo rende se non un pensatore ermeneutico, sicuramente il precursore della tematica del postmoderno), si cela una volontà di potenza cieca e inarrestabile «la quale non sta ferma e immobile, ma genera lotte e visioni del mondo, prospettive di vita, interessi economici e politici»⁷.

2. Dilthey

Wilhelm Dilthey conosce a fondo l'opera di Nietzsche, e lo cita espressamente ponendolo correttamente fra quei filosofi critici della civilizzazione i quali, come alcuni poeti e scrittori, si rivolgo-

ditazioni su Nietzsche, Milano 1992; P. VALADIER, *Nietzsche. Cruauté et noblesse du droit*, Paris 1998; M. C. FORNARI, *La pena come rappresaglia e vendetta*, in *La trama del testo*, Lecce 2000; AA.VV. *Nietzsche und das Recht*, fascicolo speciale dell'«Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Stuttgart 2001, n. 77, 2001.

⁷ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004.

no a riflettere sulla vita stessa dell'uomo, sulla storicità della loro esperienza personale, vicini in ciò ai sofisti, ai cinici, agli epicurei, agli stoici, agli scettici. Tale tipo di filosofia sarebbe riconoscibile inoltre perché non ha come obiettivo finale la conoscenza in sé ma intende migliorare solo la vita personale dell'uomo. Questo atteggiamento permette a Dilthey di depotenziare la critica nietzscheana alla tradizione e utilizzarla in termini più psicologici. Si deve riconoscere allora che la frase secondo cui «le condizioni che rendono possibili i sistemi di cultura sorgono sul terreno della volontà di potenza»⁸ vale per Nietzsche ma non per Dilthey. Si potrebbe affermare che per quest'ultimo permane un residuo positivista, se per positivismo intendiamo la credenza in 'fatti' in parte conoscibili, insomma una velata fiducia che gli eventi del passato possano riemergere intatti. Dilthey vuole sfuggire al rischio di un soggettivismo radicale e fonda una disciplina che imponga un metodo attraverso il quale stabilire determinate conoscenze.

Per Dilthey il diritto rientra tra quelle particolari scienze idiografiche che sono le scienze dello spirito. Esso solidifica, attraverso l'organizzazione sociale, le esperienze vissute (*Erlebnisse*). Per il filosofo tedesco, «il diritto viene ad essere infatti ciò che lega l'organizzazione sociale al sistema di cultura, ossia ciò che esprime in forma oggettiva, istituzionalizzata, esteriore, un fatto di coscienza, un complesso di fini e di valori»⁹. Qui oggettivo significa appunto ciò che si concretizza in una istituzione e trova forma derivata da uno stile di vita. Le leggi sono comprensibili proprio perché si riferiscono e derivano dal vissuto psico-storico dei soggetti. L'individuo le comprende dentro di sé in quanto appartenente esso stesso ad una

⁸ G. CACCIATORE, *Politica, diritto e Stato in Dilthey*, in *Dilthey e il pensiero del Novecento*, a cura di F. Bianco, Milano 1985, p. 146.

⁹ G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna 1988, p. 188.

tradizione, e nel contempo è capace di interpretarle dal suo punto di vista soggettivo. Perché l'interpretazione? Occorre tenere conto della mutabilità della vita sociale e il rincorrere del diritto che si coagula per diventare organizzazione. Tale rincorrere mostra bene per Dilthey la precarietà e la contingenza del diritto che si presenta, per dirla con Betti, come ideale, appunto perché praticamente difficile da raggiungere: «qui la vita dello spirito coglie e comprende la vita storica»¹⁰. Tuttavia se «il diritto in Dilthey non è fatto ma trovato»¹¹ si capisce perché, sebbene vi sia un'empatia, un sentire comune tra individui, occorre che il punto di vista del presente si sintonizzi sulla volontà dell'Altro e traduca in un proprio linguaggio il linguaggio dell'altro. In altre parole, all'interno delle scienze sociali è più forte il bisogno di interpretare, laddove le scienze della natura, non avendo a che fare con uomini o con scritti di uomini, tendono ad omettere i reali bisogni e interessi umani.

La messa in chiaro di tali punti cruciali determineranno un nuovo modo di concepire l'uomo, emancipato dalle ristrettezze in cui la scienza naturale lo aveva posto come oggetto di studio. Spetta a Dilthey proporre un metodo che sia in grado di comprendere il comportamento umano più chiaramente di quanto stavano tentando di capire le scienze sociali, sviluppatesi sulla base del metodo naturale. Era logico supporre che il positivismo, spinto dai successi della scienza illuministica, proseguisse nel lavoro intrapreso applicando comparativamente lo stesso tipo d'indagine all'uomo, ma era evidente altresì che ciò avrebbe trovato enormi difficoltà di realizzazione. Così Dilthey, pur non abbandonando del tutto l'idea di

¹⁰ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1990, p. 142.

¹¹ G. CACCIATORE, *op. cit.*, p. 146. Sul diritto in Dilthey si veda anche G. CALABRÒ, *Dilthey e il diritto naturale*, Napoli 1968, e A. ANDRONICO, *Ermeneutica e diritto da Dilthey a J. Esser*, in AA.Vv., *Spicchi del Novecento*, a cura di B. Montanari, Torino 1998.

poter capire le manifestazioni umane nel suo complesso, si convince di costruire un metodo *ad hoc*. Anziché una scienza nomologica, occorre una scienza idiografica; alla *spiegazione* di nessi causali, bisogna sostituire una *comprensione* dell'esperienza degli eventi e dello scorrere della vita. Per intendere il sentimento e la cultura di un popolo si deve ripercorrere la sua storia, come per capire un individuo bisogna ricostruire la sua biografia. Proprio per il carattere peculiare della storia occorre che il lavoro dello storico «poggi sull'interpretazione dei resti che si sono conservati... Ogni interpretazione quindi implica un'arte ermeneutica»¹².

La storia per Dilthey non coincide con quell'idea provvidenzialistica che ha accomunato la cristianità fin dai tempi di Gioacchino da Fiore e che in parte ritroviamo nella visione ottimistica di un Hegel o del positivismo inglese e francese. Per il filosofo tedesco la storia è contingente e implica «la coscienza storica della finitudine di ogni fenomeno storico, di ogni situazione umana e sociale, la coscienza della relatività di ogni forma di fede»¹³.

3. Heidegger.

È merito di Heidegger avere fatto convergere il pensiero di Dilthey con quello di Nietzsche. Se nell'opera del 1927, *Essere e tempo*, il problema da affrontare era quello già sollevato da Dilthey di superare una metafisica della presenza e temporalizzare l'accadere storico, in un generale riconoscimento della comprensione, solo dopo aver affrontato il pensiero nietzscheano Heidegger diviene

¹² W. DILTHEY, *Critica della ragione storica*, Torino 1982, p. 375.

¹³ *Ivi*, p. 383.

più consapevole di quali potessero essere i nodi della modernità, in particolare il confronto critico con la tecnica e linguaggio positivistico scientifico. Come ben delinea Gadamer nella sua ricostruzione storica dell'ermeneutica, «lo sforzo diltheyano di rendere comprensibili le scienze dello spirito in riferimento alla vita e di partire dall'esperienza della vita non era mai pervenuto a confrontarsi davvero con il concetto cartesiano di scienza cui rimaneva legato [...]. Il vero precursore della posizione heideggeriana del problema dell'essere non poteva perciò essere né Dilthey né Husserl, ma prima e più profondamente Nietzsche»¹⁴.

Heidegger non affronta direttamente il problema del diritto. Egli approfondisce però la critica al soggettivismo promossa da Nietzsche e da Kierkegaard. In particolare la coscienza è ricondotta esistenzialmente, almeno in *Essere e tempo*, alla fatticità, all'autoprogettarsi. L'io è un guscio vuoto col quale si denomina il fluire delle esperienze, che vanno a loro volta comprese dal soggetto chiamato ad interpretare continuamente se stesso. Egli è chiamato ad un incessante lavoro circolare ed ermeneutico di autocomprensione. Il fondamento sostanziale ma anche formalistico kantiano spariscono nell'ipotesi heideggeriana, così l'essere è chiamato alla *cura di sé*. Il tal senso, sostiene Heidegger, la legge – «il rendersi colpevole, calpestando il buon diritto» – va compresa tenendo presente non tanto le manchevolezze di un soggetto quanto una chiamata ad una *decisione*. Nei termini heideggeriani: «L'esser colpevole, nell'ultimo significato di violazione di un'esigenza morale, è un modo di essere dell'Esserci... l'idea di colpa non solo deve

¹⁴ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano 1997. Gadamer, dopo l'importante frase citata, non tornerà però più su Nietzsche. In un carteggio con Leo Strauss quest'ultimo gli rimprovera giustamente: «lei dedica un capitolo a Dilthey, ma nessun capitolo a Nietzsche» («Micromega», n. 5, 2003: «Carteggio su Verità e metodo», p. 298).

essere sottratta al dominio del prendersi cura calcolante, ma anche deve essere sciolta dal riferimento al dovere e alla legge»¹⁵.

Il soggetto è costitutivamente un essere angosciante, un essere per la morte. Le sue possibilità, il suo pro-gettare il mondo, provengono da necessità, dall'essere gettato. Così, prosegue Heidegger, «ogni agire effettivo è necessariamente senza coscienza». La frase ricorda quella di Nietzsche posta all'inizio della *Seconda inattuale* che sosteneva: «Per ogni agire occorre l'oblio». Tuttavia, appunto, nella decisione il soggetto si apre a se stesso, al mondo e agli altri. Nell'agire, nella pratica, il soggetto ritrova le cose e il mondo che lo circonda, si affranca dalle teorie che lo obbligano e lo condizionano senza permettergli la possibilità di creare e di formare il proprio destino.

Così, per affrancarsi dallo «spirito di gravità», per riappropriarsi del proprio agire occorre prendere consapevolezza che il soggetto non è un essere stabile, proprietario di una coscienza, di un cogito di cartesiana memoria, scisso dai sensi, dal corpo e dalla tradizione. Per comprendere la natura della soggettività occorre considerare in primo luogo l'essere nella sua temporalità: «L'esserci è storico».

Al di là del contributo nietzscheano, in Heidegger si fissano chiaramente le posizioni già evidenziate da Dilthey: occorre interrogare l'essere che è l'uomo, porsi in ascolto per ritrovare la sua autentica voce, riconoscere che il soggetto è all'interno di «un orizzonte di comprensione», in un accadere temporale dato storicamente. Per far ciò si dovrebbe risalire ad un linguaggio meno rigido, più poetico non solo volto al conoscere ma «al prendersi cura». Contro la visione tecnocratica che tratta l'essere uomo come ente tra enti, oggetto tra gli oggetti, criticata già da Nietz-

¹⁵ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano 1976, p. 542.

sche ne *La gaia scienza* e riaffermata da Husserl ne *La crisi delle scienze europee*, Heidegger propone una visione olistica dell'essere che avvii quella comprensione intesa «come apertura totale... progettarsi nella possibilità... ascolto della situazione emotiva». In tal senso l'interpretazione non è un mero rapporto tra soggetto attivo e oggetto passivo: «L'interpretazione si fonda esistenzialmente nella comprensione... L'interpretazione non consiste nell'assunzione del compreso, ma nella elaborazione delle possibilità progettate nella comprensione».¹⁶ In termini più semplici, Heidegger ci invita ad uscire dalla mera presenzialità dell'oggetto qui e ora inteso come funzione e strumento di un calcolo, e porre l'uomo nella sua relazione autentica con l'Altro. Per far ciò occorre essere consapevoli che noi siamo già immersi in un orizzonte linguistico, storico culturale, gettati nel mondo, e che pertanto ogni nostro giudizio è in larga misura un pre-giudizio, una pre-comprensione. Tale è il senso del circolo ermeneutico. Si tratta di comprendere che le relazioni esistenti tra un soggetto e l'Altro, tra soggetto e oggetto e tra soggetto e testo, si trovano già in una situazione data. Noi apparteniamo ad un orizzonte socio-culturale di cui è quasi impossibile sbarazzarsi. Ciò non significa che non possiamo apprendere niente di nuovo, che siamo in un circolo vizioso, una sorta di tautologia da cui diventa impossibile uscire. Semplicemente significa che gli avvenimenti accadono attraverso un continuo riaggiustamento delle nostre posizioni sulla base di un *feedback* continuo col mondo: siamo in un con-testo. Essere consapevoli di ciò ci fornisce la possibilità di comprendere meglio chi ci è vicino. Come sostiene più chiaramente Gadamer: «È necessario essere consapevoli del proprio preconetto affinché il testo si presenti

¹⁶ *Ivi*, p. 189.

nella sua alterità e possa così esibire la sua verità oggettiva rispetto alle presupposizioni dell'interprete»¹⁷.

4. Betti

In un'analisi delle teorie ermeneutiche del diritto non può mancare Emilio Betti, che pionieristicamente in Italia anticipa certi temi cari all'ermeneutica in particolare nel suo scritto, *Teoria generale dell'interpretazione*. Egli, basandosi sulle teorie di Kant, Dilthey, Nietzsche e l'esistenzialismo, arriva a concludere che nella filosofia, e in particolare nella filosofia del diritto, «l'interesse del giurista, come quello del teologo, non può prescindere da un'esperienza personale e da una presa di posizione valutativa»¹⁸. Tuttavia, diversamente da altri autori ermeneutici Betti non radicalizza la posizione del soggetto mantenendosi in una zona mediana tra la concezione positivista e analitica e la posizione di un Nietzsche o di un Heidegger. Insomma siamo di fronte ad un kantismo critico dove il soggetto non sparisce ma permane quale fondamento del suo agire nel riconoscimento semmai di una volontà piuttosto che della sola ragione.

Betti, come la maggior parte dei filosofi ermeneutici, riconosce, dietro l'agire, non un comportamento disinteressato e neutro, volto alla ricerca di una presunta verità, bensì l'interesse egoistico. Scrive Betti proprio all'inizio del suo capolavoro: «Anche nelle sue forme più elevate l'attività conoscitiva scaturisce da impulsi metateorici, il primo dei quali è l'interesse: e non già un interesse al sapere in generale. Interesse, codesto, che in siffatta generalità

¹⁷ H.-G. GADAMER, *Sul circolo ermeneutico*, in *Margini dell'ermeneutica* («aut aut», 217-218, gennaio 1987, p. 16).

¹⁸ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 792.

indistinta non è neppure comprensibile, e difatti non sussiste se non nel senso di un appetito (Nietzsche) che non ha ancora assunto uno specifico riferimento»¹⁹.

Noi siamo, prosegue Betti, all'interno di un proprio limitato orizzonte, siamo all'interno di una nostra prospettiva, e illuminiamo la realtà soltanto parzialmente come con un «cono di luce». Il soggetto risulta pertanto in costruzione, in movimento continuo. Gli stessi valori umani sono storicamente condizionati, e il soggetto, piuttosto che esserne la fonte, risulta «il loro custode». Tuttavia tale tradizione, tale passaggio, tra una generazione e l'altra si modifica in base all'interpretazione e al ricordo anche di fronte ad un supporto materiale che da un lato permette la conservazione di un patrimonio culturale, ma dall'altro conduce ad una valutazione continua. «Insomma, i valori dello spirito oggettivati in forme rappresentative non sono rievocabili nella loro storica identità se non mediante un'interpretazione di tali forme»²⁰.

Per ciò nella comunicazione umana, nell'intendere un messaggio, il rapporto è sempre *triadico*, avviene cioè sempre attraverso un medium: i soggetti sono immersi in un *milieu*. L'esistenza degli individui avviene continuamente interpretando: «non c'è esistenza senza interpretazione». Necessario è quindi l'intendere, il comprendere, rispetto alla spiegazione che si presume oggettiva e che è, per così dire, *duale*. Da questo punto di vista Betti non si esime dal criticare la corrente ermeneutica più intransigente, quella che partendo da Dilthey viene ripresa da Heidegger e da Jaspers, perché confonderebbe e mescolerebbe senza più distinguere la comprensione dalla spiegazione generando il paradosso secondo cui tutto sarebbe passibile di comprensione, come nell'illuminismo

¹⁹ *Ivi*, p. 19.

²⁰ *Ivi*, p. 20.

dove tutto era passibile di spiegazione. Ciò comporterebbe una confusione tale da scivolare in pericolose posizioni relativistiche e persino mistiche. Appartenendo allo stesso orizzonte spirituale, preesistendo all'in-terno dello stesso legame vitale, tale visione soggettivistica si servirebbe dell'interpretazione semplicemente «per collaudare il preventivo intendere che ne è il presupposto»²¹.

Dal punto di vista dell'applicazione in campo giuridico le conclusioni a cui perviene Betti sono le seguenti: *a*) rifiuto della logica che svaluta i 'giudizi di valore' e le norme particolari sempre presenti nel soggetto che indaga e da cui non può liberarsi o prescindere; *b*) consapevolezza da parte del giurista dei «tipi di interessi che hanno formato oggetto di disciplina legislativa»²²; *c*) interpretazione storica e tecnica per indagare la logica dei rapporti sociali in quanto «l'ordine giuridico non è ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera d'assidua interpretazione»; *d*) compito di integrare l'interpretazione svolgendola e risolvendola «nell'azione pratica». Questo perché, come sostiene il filosofo italiano, «l'interpretazione che interessa il diritto non può appagarsi di una ricognizione teorica, ma deve andare oltre, sia per rendere il precetto assimilabile alla vita, sia per sottoporre il fatto a una diagnosi giuridica»²³; *e*) esigenza di porsi sempre «dal punto di vista sistematico e normativo dell'ordine giuridico oggi in vigore e quindi anche dal punto di vista della società contemporanea»²⁴.

²¹ *Ivi*, p. 251. In effetti, il rischio, più volte segnalato dai critici dell'ermeneutica postmoderna è quello di diluire al tal punto la soggettività all'interno di pratiche sociali cosicché tutto diventa giustificabile e comprensibile depotenziando quegli strumenti che potrebbero permettere una risoluzione o un tentativo di modificazione delle pratiche in corso.

²² *Ivi*, p. 797.

²³ *Ivi*, p. 804.

²⁴ *Ivi*, p. 833.

È insomma presente in Betti un certo pragmatismo che, pur condividendo con l'ermeneutica una critica epistemologica e logicistica, non è disposto a scivolare su posizioni scettiche o relativistiche. Così Betti tiene saldo l'ancoraggio ad una realtà oggettiva, per quanto questa sia difficilmente conoscibile. Il kantismo di Betti risiede in ciò, che l'oggettività non è dato naturale o noumenico ma derivabile da un'intersoggettività e da un accordo di tutti i soggetti razionali.

Zaccaria rileva che Betti rimane prigioniero del positivismo, «debitore dell'ideale di una descrizione pura, dimenticando l'interesse pratico della conoscenza»²⁵. Per Griffero, invece, l'ermeneutica dogmatica di Betti manterrebbe la dignità di scienza non tanto perché crede ancora possibile una conoscenza oggettiva ma perché «si dispiega in un procedimento metodologicamente ineccepibile cioè controllabile intersoggettivamente»²⁶.

Entrambe le conclusioni colgono a mio avviso una parte di verità in quanto Betti ha a cuore l'ordine giuridico che si sedimenta nel suo farsi storico e si cristallizza in una scienza. In altri termini la visione bettiana muove da un'idea secondo la quale l'ermeneutica servirebbe soltanto nel momento della presa di coscienza del reale. Una volta inglobata nella tradizione, la conoscenza si organizzerebbe in un sapere stabile e duraturo, una scelta ermeneutica consapevole.

²⁵ Si veda, J. BLEICHER, *L'ermeneutica contemporanea*, Bologna 1986. Interessanti appaiono le posizioni espresse da T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino 1988, in cui si analizzano anche i rapporti tra Nietzsche e Betti. Si veda anche dello stesso autore, alla voce Teoria dell'interpretazione, le analisi svolte su Nietzsche, contenute in *Guida a Nietzsche*, a cura di M. Ferraris, Roma 2000.

²⁶ T. GRIFFERO, *Interpretazione e astuzia del dogma. A partire da Emilio Betti*, pp. 73-100, in Av.Vv., *Emilio Betti e l'interpretazione*, a cura di V. Rizzo, Napoli 1991.

5. *Gadamer.*

È proprio Hans-Georg Gadamer che nel suo testo fondamentale, *Verità e metodo*, ci indica la strada che, mediante vari passaggi, conduce a questa scelta ermeneutica consapevole. Diversamente dalla nozione di verità utilizzata dalla scienza intesa come progressivo cumulo di nozioni e di informazioni che tenderebbero ad avvicinarsi asintoticamente alla realtà, egli ci mostra invece che esiste un altro modo di concepire la verità: quella del continuo trasformare se stessi, del conoscersi, del formarsi, del costruirsi (*Bildung*). Tale tipo di verità assomiglia all'esperienza degli artisti, degli scrittori e dei poeti che giocano con le cose belle e con le idee, ma tale *gioco* non è, in assoluto, *originale*, ma in qualche modo è giocato, deve tener presente la tradizione, la storia, il linguaggio. «L'esperienza ermeneutica ha a che fare con la tradizione, è linguaggio». Pertanto occorre interrogarsi e interrogare attraverso il domandare: «Il fenomeno ermeneutico implica in sé l'originarietà del dialogo e la struttura di domanda e risposta»²⁷. Comprendere significa interrogare attraverso il dialogo. L'ermeneutica è un modo per svelare il senso dell'essere, è ontologia. Quando noi interpretiamo non lo facciamo in modo obiettivo, neutrale, esterno, ma siamo in larga misura all'interno dello stesso orizzonte che indaghiamo. Ciò non significa legittimare il passato o l'esistente: al contrario. Essere consapevoli della propria storicità e del fatto che non possiamo 'inventare' un linguaggio neutrale e oggettivo con il quale 'misurare' il mondo, come pretendono i logici, non

²⁷ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 427. Su Gadamer ovviamente la bibliografia è ormai vasta. Ci riferiamo ai testi di interesse prevalentemente giuridico. Si veda in primo luogo G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Gadamer*, Milano 1984, e A. CARRINO, *Ideologia e consenso*, Napoli 1977.

implica una rassegnazione relativistica, al contrario, tale consapevolezza deve stimolare la critica e la creatività. Come sottolinea giustamente il filosofo americano D.C. Hoy, a proposito proprio del pensiero di Gadamer, «il collegamento di comprensione e tradizione non impedisce la critica: affermare che la comprensione è limitata dal contesto e dalla tradizione non significa escludere la possibilità di rivalutare completamente i modi in cui in precedenza si comprendeva la tradizione storica»²⁸.

Gadamer è il filosofo della svolta ermeneutica, colui che più di altri e consapevolmente, traccia un indirizzo di pensiero che si proclama ermeneutico. L'ermeneutica non rappresenta un tipo di filosofia accademica che abbia per oggetto un interesse specifico, non ricerca un metodo da applicare ad un determinato campo del sapere, ma applica la filosofia stessa al soggetto che indaga. Pertanto si parla con Gadamer di *ermeneutica ontologica* nel senso che il domandare e l'interrogare stessi della filosofia non è riferibile al solo oggetto che indaga ma al soggetto stesso. Scompare, grazie all'insegnamento degli altri filosofi ermeneutici come Nietzsche e Heidegger, la dicotomia soggetto-oggetto, scompare la ripresentazione *hic et nunc* del confronto neutrale e obiettivo, del questo e del quello di hegeliana memoria. Permane invece la dialettica del domandare, del dialogo con l'Altro e con se stesso in un circolo entro cui non si cerca tanto la verità, quanto la verità stessa è rivelata in tale azione. Qui Gadamer si distanzia da Betti il quale non comprende come si possa sfuggire al metodo. Betti permane all'interno di una metafisica della presenza perché non assorbe l'oggetto nella dinamica storica della tradizione e della comprensione. Tale residuo di kantismo logico già messo in crisi da Hegel riemerge ogni qual volta la dimensione storica sparisce e non si tiene presente che il linguaggio si muove entro

²⁸ D.C. Hoy, *Il circolo ermeneutico*, Bologna 1990, p. 176.

una tradizione, o meglio veicola esso stesso la tradizione. Il soggetto, in altre parole, muta profondamente il suo punto di vista ogni qual volta entra in contatto con l'altro: è un essere interpretante.

La consapevolezza di «muoversi nel circolo ermeneutico» non può condurre su posizioni conservatrici, in cui si accetta pedissequamente l'esistente legittimandolo. Qui consiste la lontananza abissale da Hegel. Benché il filosofo riconosca la storia, il linguaggio, la tradizione, il pre-giudizio, il riconoscimento, la descrizione, tutto ciò non implica per Gadamer il coinvolgimento connesso a leggi che stabiliscono un *a priori* dell'azione. Qui l'ermeneutica si interseca con l'esistenzialismo l'origine del quale trova linfa negli stessi autori cari ad Heidegger. La presa d'atto della «situazione», dell'«orizzonte della tradizione», dell'«esserci», non significa un arrendersi fatalistico a tale confine e limite. Ciò che viene dopo è un progettarsi del soggetto che crea valori nuovi, che costruisce «il farsi e il disfarsi del linguaggio». Così «l'interprete, in quanto storicamente costituito dall'appartenenza ad una tradizione, non è nelle condizioni di assumere una posizione neutrale rispetto al testo»²⁹. Solo partendo da tale constatazione noi possiamo instaurare un dialogo con l'altro. La comunicazione avviene soltanto all'interno di una certa tradizione simile. Il dialogo consente non solo di scambiare i nostri punti di vista ma di trasformare il nostro stesso punto di vista colorando diversamente e modificando almeno in parte i nostri pregiudizi. La fusione degli orizzonti di cui parla Gadamer deve avvenire entro un confronto su territori simili. La posizione del filosofo tedesco non si confronta con i problemi dell'antropologia ma si riferisce sempre all'ambito del pensiero occidentale. Allora qui il confronto del soggetto con l'altro o con qualsiasi testo appartiene *grosso modo* ad un orizzonte comune.

²⁹ A. ANDRONICO, *op. cit.*, p. 297.

Da un punto di vista giuridico il comportamento del giudice non si discosta di molto dal filosofo ermeneutico. Anche lui è costretto ad agire producendo dei significati, giudicando sulla base di «pregiudizi». Ogni comprensione del testo della legge e della sua applicazione non può seguire un *metodo* (il metodo è esso stesso frutto della storia) stabilito una volta per tutte, la verità non è un dato posto da qualche parte che occorre trovare e svelare sulla base di una logica sillogistica che presume di riflettere la realtà. La verità, il senso di giustizia appartengono ad una rete di significati e di situazioni che di volta in volta vanno dipanati e si connettono ad una tradizione, a delle modalità culturali e sociali dell'agire. Il giudizio diviene proprio un'arte dell'interpretazione, una capacità di riconoscere antropologicamente i tratti culturali intrecciati alle norme sociali esistenti. Nel suo agire, anche il giudice non è al di fuori della scena, ma è esso stesso un attore sociale implicato nelle regole che va a riconoscere. Così «ogni singola interpretazione modifica, in tal modo, incessantemente l'intero ordine giuridico, che non è dato una volta per tutte ma è sempre nell'atto del farsi». Nel momento in cui il giudice interpreta, crea una situazione nuova che peserà sopra il giudizio di coloro che verranno, sia da un punto di vista pratico nell'agire sociale, sia in campo teorico, applicando una regola anziché un'altra, decidendo in un modo anziché in un altro. Interpretare non è applicare una regola connessa ad una conoscenza acquisita teoricamente ma è comprendere, per dirla con Wittgenstein, il gioco pratico delle regole di vita. Potrebbe un giudice che non appartiene alla cultura in cui opera applicare correttamente le leggi? Dobbiamo capire che «la comprensione non è che la mediazione della tradizione con il presente della propria vita»³⁰. Allora si può intendere Gadamer quando sostiene che ogni comprendere è

³⁰ G. ZACCARIA, *op. cit.*, 49.

di fatto già un'applicazione. Come scrive Mengoni, «il nesso inscindibile che lega l'interpretazione e l'applicazione, per cui la norma elaborata dall'interprete vive soltanto nel momento dell'applicazione, comporta che l'universalità della norma si determina attraverso il singolo caso concreto»³¹. Gadamer riconosce che il pregiudizio è quella regola che noi poniamo inconsapevolmente dietro il nostro agire. Ecco perché Gadamer, come del resto Wittgenstein, utilizza la metafora del gioco. Perché colui che gioca pone la regola nell'agire pratico più o meno consapevolmente. «In realtà si mette davvero in gioco un proprio pregiudizio solo tenendolo in gioco. Solo giocandosi fino in fondo si può mettere in gioco anche l'altro»³².

6. Habermas

Jürgen Habermas non è a rigore da considerarsi un autore ermeneutico: il trattarne qui ha solo la funzione di chiarire il senso di alcune critiche da lui mosse a Gadamer.

Habermas coglie nel segno quando imputa a Gadamer di voler universalizzare il circolo ermeneutico applicandolo a tutto lo scibile umano? Se si volesse proporre il pensiero ermeneutico a cul-

³¹ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 23.

³² H.-G. GADAMER, *Sul circolo ermeneutico*, cit., p. 20. Lo stesso numero della rivista contiene anche il saggio di J. HABERMAS, *Urbanizzazione della provincia heideggeriana* (pp. 21-28), dove viene tracciato un quadro della filosofia di Gadamer il cui maggior contributo sarebbe quello di aver 'sdoganato' Heidegger. Ma il testo più critico di Habermas nei confronti di Gadamer resta *La pretesa di universalità dell'ermeneutica*, in J. BLEICHER, *op. cit.*, pp. 229-257. Egli imputa a Gadamer di cadere in contraddizione: volere che l'ermeneutica, deliberatamente espressione di un'interpretazione parziale, venga applicata a tutti, compresi gli scienziati.