

in "L'unità del diritto". Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica", a cura di S. Cassese et al., Il Mulino, Bologna 1994

FRANCESCO VIOLA

## APPROCCIO ANALITICO E APPROCCIO ERMENEUTICO ALLA SCIENZA DEL DIRITTO

### 1. *Introduzione*

Il pensiero giuridico di Massimo Severo Giannini è sostenuto da una ben precisa precomprensione riguardante il ruolo del giurista e della scienza giuridica. Questo presupposto teorico non è certamente inconsapevole o irriflesso, per quanto sia stato direttamente problematizzato da Giannini stesso solo raramente e frammentariamente<sup>1</sup>.

La definizione del giurista come un ingegnere sociale, che pur Giannini usa, non rende ragione della complessa articolazione e della vasta apertura culturale che egli pur attribuisce al ruolo dello scienziato del diritto. Quest'espressione suggerisce e configura il compito del giurista in senso tecnologico. Tuttavia Giannini stesso insiste sulla sua funzione di critico delle istituzioni e di custode della ragione giuridica contro gli arbitrî dei gruppi sociali.

Bisogna anche aggiungere che la stessa scienza giuridica è pensata come un'impresa culturale di ampio respiro, che rifugge dal ridurre il giurista a mero esegeta di norme o a progettista di apparati normativi. Si spiega così l'insistenza per la dimensione storica della scienza giuridica, sia nel senso del radicamento della problematica del diritto pubblico nella storia della scienza del diritto amministrativo, sia nel senso della sottolineatura del condizionamento storico dell'opera del giurista. L'attenzione prioritaria per la realtà delle istituzioni e per l'effettività delle norme giuridiche spinge, d'altronde, necessariamente verso questa direzione ed im-

<sup>1</sup> Cfr. da ultimo M.S. Giannini, *La funzione del giurista nella società contemporanea*, in «Legalità e Giustizia», 1985, n. 4, pp. 1298-1303.

plica una visione della vita sociale come arena d'incontro, conflitto e composizione degli interessi dei singoli e dei gruppi. In questo contesto il giurista diventa il custode del senso delle istituzioni più che del loro meccanico funzionamento, cioè della loro ragion d'essere come supporto indispensabile del pluralismo sociale.

Infine c'è un ulteriore motivo che esclude l'assegnazione al giurista di un ruolo meramente tecnologico. Si tratta del problema della discrezionalità della pubblica amministrazione, a cui Giannini ha dedicato una costante attenzione. Esso implica lo studio di un'attività non meramente esecutiva, ma eminentemente valutativa che pure deve essere ben distinta e protetta dall'arbitrio. Ciò sarà possibile solo se si riconosce e si richiede all'opera organizzativa la capacità di *valorizzare* gli elementi considerati, ponendoli in quella interconnessione fruttuosa di senso e rispondente al contesto di sfondo<sup>2</sup>.

In quest'ottica il giurista deve essere inteso come un esperto della vita sociale nella sua multiforme e sempre mutevole configurazione. Viene così rimessa in discussione l'identificazione della scienza giuridica con la dogmatica e si riconosce la necessità d'integrare quest'ultima con la dimensione sociologica, pur nel rispetto delle differenze metodologiche<sup>3</sup>.

Si può, in conclusione, ritenere che la terminologia funzionalistica usata da Giannini mal si adatti alla vera natura dei compiti che sono assegnati al giurista.

Si ripropone, pertanto, l'annoso problema dell'unità della scienza giuridica divisa tra dogmatica e sociologia e minacciata ancora una volta, dopo gli sforzi kelseniani di purificazione epistemologica, dallo strabismo metodologico. Infatti, sostenere che lo studio del diritto debba essere accompagnato e integrato dalla conoscenza della società, in cui il

<sup>2</sup> Per queste note caratteristiche del pensiero di Giannini cfr. S. Cassese, *L'opera di Massimo Severo Giannini negli anni trenta*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XX, 1990, pp. 419-434.

<sup>3</sup> M.S. Giannini, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in «Jus», VIII, 1957, pp. 223-234.

giurista opera, è cosa ben diversa dal considerare quest'ultima come vera e propria scienza giuridica.

Nella riflessione teorico-giuridica anche recente si può notare una sorta di divaricazione tra l'opera del giurista e quella della scienza giuridica. Mi riferisco segnatamente alla linea di tendenza della *giurisprudenza analitica*, che, da una parte, ricomprende nella scienza giuridica la dimensione sociologica<sup>4</sup> e, dall'altra, assegna al giurista in senso stretto l'analisi del linguaggio normativo. Si arriva, pertanto, ad affermare che «la teoria del diritto è, e deve rimanere, un'avventura comune di giuristi, filosofi e sociologi»<sup>5</sup>. La scienza giuridica ovvero la conoscenza del diritto in tutti i suoi aspetti non è più esclusivo monopolio del giurista.

Sul presupposto ormai consolidato che la scienza giuridica è ben lungi dall'identificarsi con la dogmatica e con l'analisi del linguaggio normativo, si aprono, pertanto, davanti a noi due possibili configurazioni del ruolo del giurista. Da una parte, nella misura in cui lo si considera uno scienziato del diritto in senso pieno, non si può confinarlo nell'analisi logico-formale delle norme, ma gli sarà richiesta anche l'esplorazione sociologica e politologica, nonché l'indagine delle loro attive interconnessioni. Dall'altra, nella misura in cui si vuole vincolare il compito di un ricercatore agli stretti confini epistemologici di un settore di ricerca, allora il giurista sarà soltanto conoscitore di un settore del «diritto», cioè quello dell'analisi delle norme.

Di fronte a questo bivio, in cui si trova la teoria del diritto contemporanea, non c'è dubbio quale sia stata la strada scelta e percorsa da Giannini. È quella della piena identificazione tra l'opera del giurista e la scienza giuridica;

<sup>4</sup> Poiché il problema della positività del diritto è un problema sociologico e non logico-normativo, è la comprensione di un sistema normativo nei suoi aspetti socialmente reali, bisogna attribuire alla scienza giuridica «ogni considerazione del diritto che conduca alla comprensione di questo e alla spiegazione della sua natura e della sua funzione sociale». L'affermazione è di Weinberger in N. MacCormick e O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, 1985, a cura di M. La Torre, Milano, Giuffrè, 1990, p. 55.

<sup>5</sup> L'affermazione è di MacCormick, *ibidem*, p. 93.

è quella della difesa della competenza multilaterale del giurista e del suo impegno pratico nel trattare delle istituzioni. Tuttavia non si devono nascondere le difficoltà epistemologiche e filosofiche di questa posizione, che non può essere difesa solo facendo appello alla storia del ruolo che i giuristi hanno di fatto assolto nella società. Bisognerà dare ad essa una fondazione teorica più solida e capace di condurre ad un'aprensione filosofica del diritto più adeguata e convincente.

Finora la teoria del diritto in Italia s'è dibattuta in un'opposizione sterile tra l'istituzionalismo romaniano e il normativismo appoggiato da un metodo analitico. Vari indizi sembrano suggerire che sia venuto il momento di riproporre in modo costruttivo la questione delle basi filosofiche remote dell'approccio al diritto.

Il termine «diritto» è chiaramente metafisico, perché indica una profonda unità dell'eterogeneo. Tale unità è dissolta, in quanto considerata meramente verbale<sup>6</sup>, dal primato del metodo e può essere riconquistata solo rimettendo questo primato in discussione senza per questo negare la legittimità dell'istanza epistemologica.

La tesi che qui si vuole illustrare consiste nell'accreditamento della filosofia ermeneutica come orizzonte comprensivo d'incontro tra il contenutismo sociologico dell'istituzionalismo e il formalismo giuridico dell'analisi teorica e normativa. Il vantaggio consisterebbe in un superamento di ogni strabismo o dicotomia tra la concezione della scienza giuridica e quella del compito del giurista.

Cercherò di evidenziare i vantaggi della prospettiva ermeneutica attraverso un confronto critico con la prospettiva della filosofia analitica italiana del diritto<sup>7</sup>. L'approccio ermeneutico è in grado di rispettare la priorità linguistica

<sup>6</sup> Un esempio ormai classico di tale dissolvimento si trova in G. Williams, *La controversia a proposito della parola «diritto»*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, trad. di M. Jori, Milano, Ed. di Comunità, 1976, pp. 43-72.

<sup>7</sup> D'ora in poi abbreviata con FAID. Preferisco riferirmi ad un particolare movimento analitico sia perché esso è a tutt'oggi il maggiore sforzo organico di applicare la filosofia analitica alla teoria giuridica, sia per rendere il mio discorso meno generico e vago.

dell'opera del giurista senza far venir meno la rilevanza dell'ambiente istituzionale entro cui egli opera.

Non intendo con ciò per nulla ricondurre il pensiero di Giannini nell'ambito dell'orizzonte ermeneutico, ma solo mostrare che questo può fornire una composizione unitaria e coerente alle istanze diverse, metodologiche e d'impegno sociale, avanzate dall'illustre giurista.

## 2. *L'atteggiamento della filosofia analitica italiana del diritto nei confronti dell'ermeneutica*

La possibilità di un dialogo costruttivo tra filosofia analitica e filosofia ermeneutica è ormai un dato assodato nel pensiero contemporaneo, in seguito alla «svolta linguistica» che si è maturata in entrambe e alla tesi pragmatica del significato come uso<sup>8</sup>. Ma qui non sono interessato ad un confronto generale, bensì ai suoi riflessi sul pensiero giuridico italiano.

Avverto subito che per FAID intendo riferirmi alla «scuola di Bobbio»<sup>9</sup>, la cui unità si può individuare soltanto in un comune atteggiamento logico-analitico, pur se molto differenzialmente e problematicamente coniugato con l'empirismo<sup>10</sup>.

Per «filosofia ermeneutica» intendo non già soltanto un metodo interpretativo, ma quel movimento di pensiero che vuole salvare nel processo del comprendere l'unità della coscienza storica dalla distanziamento alienante (*Verfremdung*) introdotta dalle costruzioni della scienza<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. in generale K.-O. Apel, *Transformation der Philosophie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1973, I, pp. 225-335 (parti di esso sono tradotte in *Comunità e comunicazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1977).

<sup>9</sup> Cfr., da ultimo, M.A. Barrere Unzueta, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990.

<sup>10</sup> Di «atteggiamento analitico-linguistico» piuttosto che di «tendenza» (o, peggio, di «scuola») parla G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 5.

<sup>11</sup> Cfr. J. Bleicher, *L'ermeneutica contemporanea*, trad. di S. Sabattini, Bologna, Il Mulino, 1986 e anche R. Palmer, *Hermeneutics*, in *Contemporary Philosophy. A new Survey*, a cura di G. Fløistad, The Hague, Nijhoff, 1981, II, pp. 453-505.

Debbo dire che l'avvicinamento tra queste due correnti di pensiero è stato ostacolato dal fatto che in Italia il pensiero di Betti abbia rappresentato per molti l'unico esempio conosciuto di ermeneutica e di filosofia ermeneutica. Non voglio discutere se Betti possa considerarsi in senso proprio un «filosofo» ermeneutico, di fatto lo è stato per i filosofi analitici italiani del diritto e ciò (a ragione o a torto) ha spento in loro il desiderio di conoscere altri esempi di filosofia ermeneutica<sup>12</sup>.

In questa prospettiva tra la FAID e l'ermeneutica c'è una distanza abissale. Per la filosofia analitica l'ermeneutica è il luogo della *fabulazione*, non già della conoscenza. Essa non dovrebbe pretendere di dare alcun valore di verità alle sue proposizioni<sup>13</sup>.

Un altro ostacolo alla presa in considerazione dell'ermeneutica come metodo scientifico dello studio del diritto è stata la sua ascrizione alle scienze sociali, cioè nel senso della sociologia comprendente di Weber. La grande influenza che il pensiero kelseniano ha esercitato sulla FAID ha rafforzato la tendenza alla netta distinzione tra il metodo giuridico e il metodo sociologico. Di conseguenza l'approccio ermeneutico inteso in senso weberiano non si ritiene utilizzabile per lo studio della norma giuridica. Tuttavia il successivo influsso del pensiero di Hart e, segnatamente, la descrizione della norma dal «punto di vista interno» ripropone nella sostanza la questione ermeneutica<sup>14</sup>.

Un terzo, e ancor più decisivo, ostacolo risiede nella convinzione dominante della FAID che la scienza e la teoria

<sup>12</sup> Non è tanto indicativo che Bobbio nella *Teoria della scienza giuridica*, che pur tratta delle scienze dello spirito, non prenda in considerazione la concezione di Emilio Betti, che proprio in quegli anni andava assumendo una fisionomia più precisa. Piuttosto è significativo, ai fini della fortuna del pensiero di Betti presso la filosofia giuridica italiana, che Fassò nella sua *Storia della filosofia del diritto* ignori del tutto l'unico sostenitore italiano dell'ermeneutica giuridica, in disgrazia sia presso i giuspositivisti sia presso i giusnaturalisti.

<sup>13</sup> Cfr. A. Ross, *Direttive e norme*, trad. di M. Jori, Milano, Ed. di Comunità, 1978, pp. 81 ss.

<sup>14</sup> Cfr. M. Jori, *Oggetto e metodo della scienza giuridica*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di U. Scarpelli, Milano, Ed. di Comunità, 1983, pp. 177-229.

della scienza siano l'oggetto fondamentale della filosofia<sup>15</sup>. Per la filosofia ermeneutica, invece, al posto della scienza c'è la vita (Dilthey), al posto della ricerca della certezza quello della saggezza, al posto della razionalità la ragionevolezza, dell'*epistème* la *phrónesis*. Ma la FAID non prende in considerazione il superamento gadameriano dell'empatia di Dilthey e, pertanto, è disposta a concedere spazio all'ermeneutica solo nell'ambito del procedimento di scoperta, negando ad essa ogni rilevanza nell'ambito del contesto di giustificazione.

La vera e propria differenza tra approccio analitico ed ermeneutico risiede proprio nel modo d'intendere il linguaggio: per l'analisi il linguaggio è uno strumento convenzionale o un'abilità pratica di orientamento nel mondo; per la filosofia ermeneutica è la «casa dell'essere», cioè il luogo in cui l'uomo abita e articola le proprie esperienze. La filosofia analitica (soprattutto per influsso del positivismo logico) ha una concezione poetica del linguaggio (il linguaggio è opera); la filosofia ermeneutica ne ha, invece, una concezione prammatica (il linguaggio è attività)<sup>16</sup>.

Se il linguaggio è un mero strumento, allora sta di fronte al mondo che vuole esplorare, controllare e dominare. Di conseguenza la concezione analitica del diritto sarà divisa tra la collocazione del diritto nel linguaggio e la sua collocazione nel mondo o nella realtà sociale. È per questo che l'identificazione del diritto con il linguaggio non può essere considerata una tesi tipica della FAID<sup>17</sup>. Sarebbe un'af-

<sup>15</sup> È questo infatti il valore dominante che guida Bobbio verso il positivismo logico.

<sup>16</sup> All'interno di una filosofia pratica la differenza tra *poiesis* e *praxis* è notevole. Cfr. il mio *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Jaca Book, 1990, p. 197. Ma in realtà il linguaggio è insieme opera e prassi. L'ermeneutica riconosce ciò quando considera il modo in cui il linguaggio viene *lavorato*, assumendo forme codificate (i generi letterari) e possedendo una sua individualità (lo stile). Cfr. P. Ricoeur, *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, trad. di G. Grampa, Milano, Jaca Book, 1989, pp. 103-106.

<sup>17</sup> Contrariamente a quanto sembra suggerire M. Barberis, *Regole e linguaggio: primi elementi per la critica del prescrittivismismo*, in *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 9-27.

fermazione ontologica. Bobbio non l'avrebbe sottoscritta<sup>18</sup> e Scarpelli ha sostenuto esplicitamente che la filosofia non può essere ridotta ad un esame di parole e di strutture linguistiche<sup>19</sup>. Bisogna anche tener conto del forte influsso che il realismo giuridico ha esercitato su alcuni filosofi analitici italiani.

La doppia faccia del diritto, insieme entità linguistica e fatto sociale, induce il filosofo analitico a riunificare ciò che la sua concezione del linguaggio tenderebbe a separare, mettendolo così di fronte al problema tipico dell'ermeneutica.

A questo processo di avvicinamento sollecitato dalle istanze dell'esperienza giuridica non si accompagna però, da parte della FAID, una trasformazione del metodo d'indagine, che resta decisamente impermeabile all'approccio ermeneutico.

Il positivismo logico viene utilizzato da Bobbio per mostrare che il fulcro della scientificità è ora spostato sulla possibilità di costruire linguaggi rigorosi e che, quindi, anche la giurisprudenza è vera e propria scienza se procede ad una rigorizzazione del linguaggio legislativo. Bobbio è ben lontano dal ridurre la giurisprudenza ad una scienza logico-formale unicamente intenta alla derivazione delle proposizioni<sup>20</sup>. Tuttavia non è per il suo rapporto con la realtà empirica (o sociale) che la giurisprudenza è una scienza, ma per il rigore del suo linguaggio.

La dicotomia tra logica ed esperienza deriva dalla concezione del positivismo logico per cui il linguaggio è un mezzo di comunicazione che rinvia al mondo esterno.

Nell'approccio ermeneutico (e nel secondo Wittgenstein), al contrario, v'è piena compenetrazione tra linguaggio e mondo. Il linguaggio è il luogo dell'articolazione del mondo

<sup>18</sup> Cfr. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, p. 216.

<sup>19</sup> Cfr. U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, Nuvoletti, 1953, p. 20.

<sup>20</sup> Mentre in *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, sembra che la giurisprudenza sia più vicina alla matematica che alla sociologia, in *Teoria della scienza giuridica* Bobbio prende esplicitamente le distanze dai tentativi di matematizzazione della scienza giuridica. Cfr. *Teoria della scienza giuridica*, cit., p. 178.



della vita sociale ed è incorporato nelle azioni. Se si pensa che il comprendere ha luogo soltanto nell'applicazione<sup>21</sup>, cioè è un atto della coscienza storica che attua una fusione tra il mondo in cui vive l'interprete e quello a cui il testo appartiene, allora non si potrà sostenere alcuna autonomia del linguaggio giuridico, né arrivare a fissare in modo compiuto le sue astratte regole d'uso.

Se il diritto è il linguaggio dell'interazione sociale, non potrà essere considerato separatamente dalle azioni in cui è incorporato e dalle pratiche interpretative che lo fanno vivere<sup>22</sup>.

La rinuncia alla referenzialità del linguaggio, cioè alla sua corrispondenza con il mondo esterno, almeno nel caso del diritto implica che il linguaggio stesso diventi espressione del mondo della convivenza e della comunanza, del conflitto e dell'interazione. Non avviene così nei linguaggi formali delle scienze, che sono soltanto veicoli di comunicazione concettuale<sup>23</sup>. Nel diritto (e in tutte le manifestazioni della cultura) si tratta di spiegare come è possibile che la lingua possa istituire nomi, descrizioni, orientamenti normativi che nulla hanno a che fare con un presunto ordine di fatti e come tuttavia questi discorsi costituiscano un «mondo», cioè il nerbo di una cultura e la sostanza della comunicazione quotidiana<sup>24</sup>.

Il linguaggio dell'interazione non *si riferisce* ad un mondo, ma è esso stesso un mondo e una forma di vita che il giurista pratica per il fatto stesso d'interpretarla. Il discorso sensato è indice e sostanza di un complesso di relazioni intersoggettive, rende possibile l'intesa e l'accordo, il dis-

<sup>21</sup> Anche Wittgenstein a suo modo si apre a questa prospettiva quando afferma che «l'applicazione rimane un criterio della comprensione»: L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, trad. di M. Trichero, Torino, Einaudi, 1983, par. 146.

<sup>22</sup> Per la sottolineatura hartiana del linguaggio incorporato nelle azioni sociali cfr. M. Jori, *Hart e l'analisi del linguaggio*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IX, 1979, pp. 161-228.

<sup>23</sup> È noto che le filosofie post-analitiche e post-positivistiche si sforzano di superare anche questa differenza tra scienze naturali e scienze umane.

<sup>24</sup> Cfr. U. Eco, *Segno*, Milano, Isedi, 1973, p. 130.

senso e la decisione, rivelando così l'esistenza di una comunità e creandola nell'atto stesso di manifestarla.

Il pensiero di Hart si muove proprio in questa direzione quando accosta l'analisi del linguaggio alla «sociologia descrittiva» e fa risiedere il comprendere giuridico nelle asserzioni «interne»<sup>25</sup>.

La recezione italiana del «punto di vista interno» di Hart costituisce un passo importante verso la prospettiva ermeneutica ancor più dell'interpretazione che di esso ha dato MacCormick<sup>26</sup>. L'impegno etico-politico del giurista nei confronti delle istituzioni consente lo stretto collegamento tra la giurisprudenza e la pratica giuridica<sup>27</sup> ed abbatte l'oggettualismo neopositivista. Tuttavia per la FAID, persistentemente fedele alla rigida dicotomia tra giudizi di fatto e giudizi di valore, ciò è percepito come un fallimento dell'ideale empirico-analitico e come una rassegnata accettazione della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza<sup>28</sup>. Si cercherà allora di recuperare questo «valore» nella teoria formale o nella sociologia del diritto.

Alla mentalità ermeneutica appare perfettamente ovvio che la scienza giuridica contenga giudizi di valore. Questa scienza appartiene ad una forma di vita che si articola anche attraverso i processi interpretativi e conoscitivi. Se le cose stanno così, demonizzare come radicalmente soggettivistici tutti i giudizi di valore conduce inevitabilmente allo scetticismo giuridico. La filosofia ermeneutica si sforza, invece, d'introdurre criteri di controllo dei giudizi di valore e di distinguere così tra fraintendimento e comprensione nella convinzione che ciò sia possibile<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, Einaudi, 1965, p. XXI.

<sup>26</sup> L'*hermeneutic point of view* di MacCormick resta nella prospettiva della sociologia comprendente di Weber ed è nella sostanza un «punto di vista esterno». Cfr. N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, London, Arnold, 1981, p. 29.

<sup>27</sup> Cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Ed. di Comunità, 1965, cap. VII.

<sup>28</sup> Cfr., tra gli altri, M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 36.

<sup>29</sup> Sono consapevole che anche l'ermeneutica è tentata di scivolare in

Ora cercheremo d'istituire un confronto dialogico tra approccio ermeneutico e approccio analitico, facendo riferimento a tre ordini di problemi: la concezione della norma, quella dell'interpretazione e quella della scienza giuridica.

### 3. *Il primato della norma-proposizione*

Per comprendere la considerazione analitica della norma bisogna tener presente la concezione del linguaggio a cui essa s'ispira.

La concezione funzionalistica del linguaggio vede nella situazione d'interlocuzione fondamentalmente un'azione d'influenza che un soggetto attivo esercita su un soggetto ricevente. Il linguaggio è qualificato in base agli effetti che è diretto a produrre nel destinatario, cioè nel suo ruolo di guida (diretta o indiretta) dei comportamenti. Il modello originario resta pur sempre quello causale del tipo «stimolo-risposta»<sup>30</sup>, modello che non si adatta al processo semiotico<sup>31</sup>.

Si configura così la situazione dell'interlocuzione come una situazione di dominio<sup>32</sup> e, conseguentemente, il linguaggio è uno strumento per modificare il mondo esterno e dirigere i comportamenti umani. Ognuno può rendersi conto di quanto volontarismo sia nascosto in quest'approccio al linguaggio<sup>33</sup>. Ma, se esso è il luogo della comprensione, del

una posizione «debole» e relativistica. Ho tentato di affrontare il problema del controllo dei giudizi di valore nel mio *Il diritto come pratica sociale*, cit., cap. VII. Di diverso avviso è invece E.P. Haba, *Hermeneutik contra Rechtswissenschaft*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXIV, 1978, pp. 163-181.

<sup>30</sup> Questo modello è ripreso in tutta la sua radicalità da E. Pattaro, *Introduzione al corso di Filosofia del diritto*, Bologna, Clueb, 1987, II, cap. V.

<sup>31</sup> Il processo semiotico – come ha notato Peirce – ha una struttura triadica, poiché tra il segno e il suo oggetto s'inserisce il processo d'interpretazione sulla base del riferimento ad un codice comune. Cfr. da ultimo U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, p. 221.

<sup>32</sup> Per la distinzione tra l'uso del linguaggio come *forma di dominio* o come *forma di servizio* cfr. H.-G. Gadamer, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 1983, p. 362.

<sup>33</sup> La concezione del linguaggio come guida dei comportamenti suo-

discorso e del confronto, allora è il luogo della ragione e della comunanza. L'intendersi e il comprendersi non significano essenzialmente esporsi all'influenza altrui, né ricevere passivamente messaggi, ma entrare in un circolo interattivo in cui l'emittente e il ricevente non sono ruoli fissi bensì posizioni mobili interne al discorso<sup>34</sup>. Insomma il linguaggio non si caratterizza per ciò che produce all'esterno, ma per l'ambiente che costruisce al suo interno. Ma per conquistare questa diversa prospettiva bisogna abbandonare la precomprensione analitica del linguaggio a vantaggio di quella ermeneutica.

Nell'ottica funzionalistica la fondamentale mossa strategica del movimento analitico è stata l'istituzione di una piena corrispondenza tra l'unità linguistica di significato, cioè la proposizione, e l'unità di significato giuridico, cioè la *norma*. La norma è una proposizione. «Un codice, una costituzione sono un insieme di proposizioni»<sup>35</sup>. Gli enunciati sono i mattoni del linguaggio, così come gli enunciati normativi sono i mattoni del diritto. Le proposizioni sono in senso pieno i significati degli enunciati.

L'analisi tende a scomporre l'esperienza linguistica nei suoi elementi atomici ultimi e questi sono gli enunciati e le proposizioni. La teoria analitica del diritto è, pertanto, condotta a collocare negli enunciati normativi e nelle proposizioni normative gli elementi giuridici ultimi.

Non voglio qui discutere la validità della equiparazione tra diritto e norma che – a mio parere – è suscettibile di critiche simili a quelle rivolte all'assimilazione tra diritto e linguaggio.

Non cercherò neppure di mostrare le oscillazioni nella concettologia analitica, che a volte fa dei significati propo-

na ovviamente gradita all'imperativismo giuridico così difficile da estirpare completamente dalla mentalità dello studioso del diritto.

<sup>34</sup> A ciò corrisponde la piena reversibilità tra espressione e suo contenuto, che è stata considerata come una caratteristica tipica dei fenomeni semiotici rispetto a quelli di stimolo-risposta. Cfr. U. Eco, *Trattato di semiotica generale*, Milano, Bompiani, 1975.

<sup>35</sup> N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 75.

sizionali il centro della teoria giuridica (Scarpelli) e altre volte sembra preferire gli enunciati normativi (Guastini), e altre volte ancora, più saggiamente ma meno conseguentemente, vede nella norma l'insieme inscindibile di enunciato più proposizione (Bobbio).

Qui m'interessa semplicemente osservare quali effetti può avere nella teoria analitica del diritto la crisi della proposizione come unità elementare di senso compiuto.

Della crisi della proposizione i filosofi analitici italiani del diritto sono ben consapevoli. A parte il riferimento esplicito a Quine e alla tesi che le proposizioni siano qualificabili come vere o false solo come un insieme solidale, che troviamo in Tarello<sup>36</sup>, è sempre sembrato necessario sottoporre a revisione la teoria fregeana della proposizione per adattarla al linguaggio in uso normativo. Ne risulta una crisi del modello ideale per cui ad ogni enunciato corrisponde una proposizione. Non si tratta soltanto della constatazione che ad ogni enunciato può corrispondere più di un significato proposizionale, cioè nel nostro caso più di una norma, cosa che è ovvia nei linguaggi non tecnicizzati. Ancor più, bisogna ammettere che il significato spesso, per essere individuato, ha bisogno del collegamento tra una molteplicità di enunciati. Questo d'altronde è il senso dell'olismo, per cui i linguaggi sono comprensibili solo in quanto totalità.

Se nel discorso giuridico la compiutezza di senso non è fornita da ogni singolo enunciato ma da grappoli di enunciati, allora è preferibile non parlare più di proposizione né di significato proposizionale, il cui modello analitico semplice è il giudizio, e riferirsi piuttosto ad una totalità di senso. Di conseguenza anche il concetto di norma giuridica non può essere reso nei termini della proposizione «analitica», indicando essa piuttosto la «regolamentazione normativa», cioè quel reticolo di disposizioni che riguardano una data materia giuridica e che Irti ben ha individuato nei micro-sistemi normativi. Sono queste le unità di senso compiuto che costituiscono la spina dorsale dei discorsi giuridici. Insomma, le disposizioni-norme singolarmente considerate non

<sup>36</sup> G. Tarello, *op. cit.*, p. 193.

sono un microcosmo giuridico significativo, cioè non hanno un'unità di senso giuridicamente compiuta né realizzano un'autonoma unità giuridica di comunicazione. D'altronde la problematica giuridica ruotante intorno ai concetti di *ordinamento*, *sistema*, *struttura*, *coerenza* e simili sta a testimoniare l'inadeguatezza dell'atomismo analitico per la comprensione del linguaggio del diritto.

La mia conclusione è la seguente: l'unità minima di senso compiuto non può essere omologata sulla base di considerazioni linguistiche astratte. In effetti ogni tipo di discorso ha una sua unità minima di senso. Bisogna vedere quale sia quest'unità minima nel discorso giuridico, senza cadere nella tentazione di dedurla in base a ciò che *debba* essere nella prospettiva generale dell'analisi linguistica.

La rinuncia alla proposizione può però indurre ad abbandonare anche la significazione piena per un rifugio nell'enunciato-disposizione con la sua compiutezza grammaticale, anche se con la sua indeterminatezza interpretativa. Ma ciò vorrebbe dire che il senso cade fuori del linguaggio e che la comunicazione resta sempre un ideale irraggiungibile, restando frammentata nella disarticolazione di messaggi puntiformi al modo dei tradizionali «comandi giuridici».

La tendenza della filosofia ermeneutica è quella di partire dalle concrete istanze di discorso (in linguaggio analitico: dalle «enunciazioni») come sede appropriata della pienezza di senso, di abbandonare ogni concezione mentalistica della norma e di osservare il linguaggio giuridico come una delle pratiche interpretative che s'identificano nel «seguire regole»<sup>37</sup>.

La crisi della proposizione conduce ad una revisione profonda dell'approccio alla norma giuridica.

Bisogna riconoscere che il modello della proposizione è costruito per riflettere uno stato di cose e, pertanto, mal si

<sup>37</sup> È a questo proposito significativa, e poco notata, la diversa prospettiva d'analisi che Bobbio segue nella voce *Norma* per l'Enciclopedia Einaudi. Qui la norma non è primariamente intesa come entità linguistica, ma come un'inferenza a partire dal comportamento umano. Non si parla più di «linguaggio», ma di «discorso» in un senso che non è più quello strettamente analitico.

applica alla norma. Più adeguato a questo fine è assumere il *discorso* come unità linguistica superiore. Il discorso è quella situazione del linguaggio in cui si attua la comprensione e l'intendersi. All'interno di questa «situazione discorsiva», che è prima di tutto un evento, deve cercarsi il controllo razionale e analitico. Ciò non significa che bisogna procedere alla dissezione del discorso, smembrandolo nelle proposizioni che lo compongono. Questo condurrebbe a vanificare l'unità di base e con ciò stesso a smarrire il senso delle parti che la compongono, cioè, ad esempio, delle norme.

I discorsi pratici (etici o giuridici) si articolano sulla base di argomenti e mezzi per il loro esame, in cui si saggiano intersoggettivamente le giustificazioni delle azioni o omissioni e si mettono in questione le pretese di validità delle norme, dei giudizi di valore e delle istituzioni<sup>38</sup>. Le norme stesse sono nella sostanza ragioni per compiere un'azione o per astenersi da essa. Raz le ha definite «ragioni protette», perché sono insieme ragioni per fare un'azione e per escludere le ragioni di non fare quella stessa azione<sup>39</sup>. Ma queste ragioni possono essere colte solo all'interno di contesti discorsivi, che forniscono ad esse esistenza e operatività<sup>40</sup>.

La filosofia ermeneutica non vede, pertanto, nella norma né una proposizione né un fatto, ma la considera come un argomento. D'altronde tutta la problematica della validità normativa è nella sostanza diretta ad individuare quali argomenti potranno essere ammessi nel discorso della giustificazione giuridica. Tuttavia l'approccio ermeneutico non ritiene che questa fondazione delle norme possa essere compiuta al di fuori del discorso giuridico, cioè al di fuori dell'evento del comprendere entro cui soltanto può darsi un senso normativo.

<sup>38</sup> Cfr. M. Riedel, *Lineamenti di etica comunicativa. Elementi e principi di una teoria del discorso morale*, trad. di M. Oswald Di Felice, Padova, Liviana, 1980, pp. 7 ss.

<sup>39</sup> Cfr. J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 18 e, su questo, il mio *Concezioni dell'autorità e teorie del diritto*, L'Aquila, Japadre, 1982, pp. 43-45.

<sup>40</sup> M. Zirk-Sadowski, *Legal Norm as a Pragmatic Category*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXV, 1979, p. 213.

#### 4. *La teoria dell'interpretazione*

Nonostante il fatto che Bobbio abbia fin dall'origine stabilito una stretta equazione tra l'analisi del linguaggio legislativo e l'interpretazione giuridica<sup>41</sup>, non si può dire che il modello di teoria del diritto elaborato dalla FAID sia di tipo «interpretativo».

Com'è noto, Dworkin ha contrapposto le teorie semantiche del diritto alle teorie interpretative del diritto<sup>42</sup>.

Le teorie semantiche hanno come obiettivo l'individuazione preliminare di ciò su cui deve esercitarsi l'interpretazione giuridica. Prima d'interpretare debbo sapere quali «cose» debbono essere interpretate, cioè qual è l'oggetto su cui si esercita l'interpretazione. Quest'oggetto finirà per essere ciò che v'è di certo e di stabile nel diritto e, quindi, la base privilegiata della scienza giuridica.

Le teorie interpretative, invece, non partono da «oggetti» prestabiliti, ma considerano il diritto come una prassi interpretativa all'interno della quale prendono corpo le consolidazioni giuridiche. È infatti attraverso l'attività interpretativa che apprendiamo qualcosa come diritto o appartenente al diritto. Persino i criteri della validità giuridica sono individuati attraverso l'attività interpretativa.

La filosofia analitica, sia nel suo orientamento formalistico sia in quello sociologico, ha seguito di fatto la via delle teorie semantiche del diritto, mentre è ovvio pensare che le propensioni della filosofia ermeneutica vadano verso le teorie interpretative del diritto<sup>43</sup>.

In realtà la questione se all'origine stia l'attività interpretativa o il prodotto dell'interpretazione è indecidibile alla stessa maniera della questione dell'uovo e della gallina o, più propriamente, del potere e della norma. Qui semplice-

<sup>41</sup> N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Saggi di critica delle scienze*, Torino, De Silva, 1950, p. 45.

<sup>42</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, pp. 32 ss. Cfr. anche C. Bittner, *Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

<sup>43</sup> Cfr. il mio *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 5-28.



mente si vuole mostrare che tale questione costituisce uno spartiacque importante tra l'atteggiamento analitico e l'atteggiamento ermeneutico.

L'approccio analitico all'interpretazione giuridica è dettato dal sospetto. Qui agisce il pregiudizio illuministico, per cui ogni interpretazione è una manipolazione o, comunque, un intervento esterno sul testo.

Per la filosofia analitica del diritto c'è un oggetto che precede l'interpretazione e questo è l'enunciato. L'interpretazione è quell'attività diretta ad attribuire significati agli enunciati. Essa stessa si concreta in espressioni linguistiche, che a loro volta saranno interpretate. Tuttavia vi sono enunciati da cui si parte e questi sono quelli presi come oggetto dell'analisi linguistica. Questi enunciati non sono considerati come a loro volta risultato di attività interpretative, ma sono enunciati originari. Ciò fa comprendere la preferenza accordata al linguaggio del legislatore<sup>44</sup>. Infatti tutti gli altri linguaggi giuridici (quello del giurista e quello del giudice) appaiono come derivati da attività interpretative. L'idea dell'individuazione di un plesso di enunciati giuridici originari è persistente nella filosofia analitica del diritto. Da questi prende le mosse l'interpretazione giuridica. Per questo ho affermato che nella teoria del diritto della FAID l'interpretazione non è pienamente pervasiva, proprio perché all'origine c'è sempre qualcosa che non è considerato come prodotto di attività interpretativa, anche se ciò può dipendere dai punti di vista.

Nel giuspositivismo classico s'era cercato d'ovviare a quest'inconveniente attraverso la dottrina dell'intenzione del legislatore, per cui l'enunciato legislativo non è considerato come l'origine prima dell'attività interpretativa, ma esso stesso come un'emanazione di un intendere originario. Così l'interpretazione era vista come il comprendere un intendere originario, cioè un significato precostituito. Ma questa dot-

<sup>44</sup> Per la tesi ermeneutica che vede anche nella legislazione un'attività interpretativa cfr. *ibidem*, p. 127 e anche W. Twining e D. Miers, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, trad. di C. Garbarino, Milano, Giuffrè, 1990.

trina è ormai giustamente abbandonata da tutti per il suo carattere psicologistico e per i suoi esiti meccanicistici in campo interpretativo<sup>45</sup>.

Una volta reciso a monte il legame tra l'intenzione e l'enunciato legislativo, si procede ad eliminare a valle ogni biunivocità tra enunciato e proposizione. L'atto di ascrizione del significato normativo all'enunciato viene visto, seguendo Kelsen, come fundamentalmente decisionale piuttosto che cognitivo.

Poiché l'interpretazione conduce nelle sabbie mobili dell'incertezza e della manipolazione la teoria semantica del diritto la rende inoffensiva, rivolgendosi ad enunciati già interpretati e confinando la stessa attività interpretativa nell'ambito del contesto di scoperta.

Come ha a ragione notato Tarello<sup>46</sup>, la proposizione non è guardata nell'ottica dell'attività interpretativa dalla semantica logica, che considera l'enunciato come già interpretato, cioè già collegato ad un suo significato<sup>47</sup>. Tuttavia, almeno quando si tratta dell'individuazione delle proposizioni precettive, non si può trascurare il ruolo attivo dell'interpretazione, poiché gli enunciati interpretati come esponenti precetti non hanno – secondo Tarello – riferimento e quindi sono forniti solo di senso. È pertanto la comprensione del senso, e non già il riferimento al mondo, che decide del tipo di proposizione e, quindi, di significato<sup>48</sup>. Il concetto di proposizione (e di significato) cambia in base agli esiti dell'interpretazione. C'è qui quel capovolgimento dei rapporti tra senso e referenza che si può considerare come il punto

<sup>45</sup> N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, pp. 284-285.

<sup>46</sup> Cfr. G. Tarello, *op. cit.*, pp. 168 ss.

<sup>47</sup> Infatti la problematica dell'interpretazione viene non di rado assegnata alla pragmatica intesa in senso comportamentistico. Cfr. U. Scarpelli, *L'interpretazione. Premesse alla teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Società, norme e valori*, a cura di U. Scarpelli e V. Tomeo, Milano, Giuffrè, 1984, p. 145.

<sup>48</sup> Invece Scarpelli, che resta legato alla concezione del significato come riferimento, definisce l'interpretazione come «specifico processo di riferimento di quegli oggetti culturali, che sono i segni, a designati»: *ibidem*, p. 143.

cruciale intorno a cui ruota la possibile convergenza tra filosofia analitica ed ermeneutica<sup>49</sup>.

Potrebbe sembrare che in tal modo l'interpretazione sia penetrata in tutta la profondità del linguaggio. Ma non è così. In realtà nelle posizioni analitiche considerate il senso resta sempre qualcosa di attribuito o ascritto ad espressioni linguistiche con operazioni estrinseche e manipolazioni ideologiche. L'analisi distrugge ogni compenetrazione originaria tra espressione linguistica e suo senso e separa ciò che secondo l'ermeneutica non deve essere diviso a pena di entrare nel labirinto del fraintendimento. La filosofia analitica, nella misura in cui non riesce a sostituire il venir meno dell'intenzione dell'emittente, crede inevitabile rinunciare alla presupposizione di senso.

Infatti sostenere che «il senso non può essere imputato ad altri che a colui che compie la trasformazione in oggetto», cioè nel nostro caso al giurista che argomenta o al giudice che decide, ma non al legislatore o all'enunciante originario, significa nella sostanza rifiutare il principio per cui «per trasformare le parole in senso va presupposto un senso»<sup>50</sup>.

A mio parere due atteggiamenti teorici impediscono alla FAID di ammettere tale presupposizione di senso, che però – come vedremo – sarà recuperata contraddittoriamente per altra via. Il primo di essi è la persistente considerazione del senso nell'ottica del significato proposizionale. Il secondo, strettamente collegato al primo, è la considerazione dell'interpretazione giuridica come fondamentalmente diretta ad atti linguistici individuali, in cui si percepisce come ancora operante il vecchio modello del comando.

<sup>49</sup> A questo proposito è significativa quest'affermazione: «Il riferimento di un termine generale contenuto in un enunciato interpretato come esprimente un precetto si estende a tutti gli enti per cui è vera una sua predicazione in termini di verità, dopo che è stato determinato il valore del termine nella interpretazione dell'enunciato precettivo»: G. Tarello, *op. cit.*, p. 236.

<sup>50</sup> Ma v. L. Gianformaggio, *Dalla semantica alla interpretazione dei precetti*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di S. Castignone, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 61.

Così il ben giustificato rifiuto di un «significato preconstituito» è parso comportare anche il rifiuto della presupposizione di senso, poiché non v'è – come abbiamo visto – un'unità linguistica superiore all'enunciato e alla proposizione.

La concezione ermeneutica del discorso consente, invece, di cogliere questa dialettica tra senso e significato. L'atto interpretativo di singole espressioni linguistiche presuppone già costituito il linguaggio dell'interazione e si muove dentro un mondo già segnato dalla reciprocità e dalla cooperazione e da un senso intersoggettivo contestuale, che in qualche modo guida l'interprete e costituisce un vincolo nei confronti dell'opera di ascrizione dei significati<sup>51</sup>.

Bisogna riconoscere che la filosofia analitica italiana del diritto è ben consapevole di questa prospettiva. Qui basti pensare all'attenzione che Tarello ha rivolto alla «cultura giuridica» (e alla sua storia) e alla tesi di Scarpelli per cui una teoria generale dell'interpretazione deve prendere le mosse dal concetto di «atto linguistico sociale»<sup>52</sup>. Tuttavia a questo i filosofi analitici del diritto accedono non in quanto «analitici», ma in quanto «del diritto». È la pratica dell'interpretazione giuridica che non può fare a meno della presupposizione di senso, non già il loro modo d'intendere l'analisi filosofica. Pertanto mancano gli strumenti teorici per spiegare quella pratica, manca una teoria adeguata del discorso, si resta sospettosi nei confronti del senso nel timore di evocare chissà quale entità spirituale.

Una teoria interpretativa del diritto dovrebbe far rientrare la presupposizione di senso all'interno del linguaggio e della pratica giuridica. Il diritto è insieme ciò che s'interpreta e la stessa attività dell'interpretare. L'interpretazione non è giuridica, perché si dirige a certi oggetti linguistici (come, ad esempio, i testi legislativi), ma al contrario sono questi oggetti «giuridici», perché appartengono a quella prassi in-

<sup>51</sup> Qui rinvio ancora una volta al mio *Il diritto come pratica sociale*, cit., cap. V.

<sup>52</sup> U. Scarpelli, *L'interpretazione*, cit., p. 164.

interpretativa che chiamiamo «diritto» in base alla sua unità di senso.

##### 5. *La scienza giuridica come metalinguaggio*

La scienza e la teoria del diritto dipendono strettamente dal modo di concepire il significato giuridico e, quindi, l'interpretazione del linguaggio giuridico.

Ho insistito ripetutamente sulla differenza tra una concezione del linguaggio come prassi interpretativa, cioè come legata indissolubilmente alla dimensione dell'intendere e del comprendere, e una concezione meramente «enunciativa» del linguaggio, per la quale il comportamento linguistico è un evento fattualmente accertabile. Ho anche detto che la filosofia analitica è in grado di assumere la prima concezione (e l'ha assunta di fatto), anche se resta spiazzata nei confronti del fenomeno del comprendere. Ma ora dobbiamo osservare quali effetti l'una e l'altra posizione hanno sulla concezione della scienza giuridica.

Come esempio della visione enunciativa del linguaggio portiamo la seguente affermazione:

Cosicché, osservando un procedimento interpretativo (l'attribuzione di significato ad un discorso), non si hanno di fronte due entità disomogenee: il discorso in lingua, sottoposto ad interpretazione, ed il significato (l'operazione mentale interpretativa). Si hanno di fronte due enti del tutto omogenei: il discorso interpretato e il discorso interpretante; il discorso-significante e il discorso-significato.

Potremmo dire: il significato d'un enunciato è un altro enunciato che si assume come sinonimo del primo<sup>53</sup>.

Da qui segue l'ovvia conclusione, già sottolineata da Tarello<sup>54</sup>, che ogni interpretazione è una traduzione, cioè

<sup>53</sup> R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1982, p. 27.

<sup>54</sup> G. Tarello, *op. cit.*, pp. 136 ss. Ma cfr. anche R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 18 ss.

una sostituzione di enunciati con altri della stessa o di altre lingue.

A questa tesi si può replicare che il significato non è l'enunciato sinonimo, ma la relazione stessa di sinonimia, altrimenti di fronte ad enunciati sinonimi espressi in lingue diverse avremmo tanti significati diversi, mentre il significato è uno solo. In realtà il significato non può essere assorbito dall'enunciato, ma è la sua comprensione. La preoccupazione di evocare in tal modo fatti o oggetti mentali è fuor di luogo, perché la comprensione appartiene indissolubilmente alla pratica linguistica. In ogni caso tale preoccupazione non legittima un riduzionismo che impedisce di render conto adeguatamente della significazione.

A questo punto non è certamente mia intenzione riprendere la eterna disputa intorno alla scienza giuridica, se essa sia formale o empirica, neutrale o ideologica, dimostrativa o argomentativa. Desidero soltanto discutere un aspetto che forse rappresenta il minimo comune denominatore tra le concezioni della scienza giuridica dei filosofi analitici italiani del diritto, cioè la sua dimensione meta-linguistica.

Anche qui bisogna risalire a Bobbio e alla sua tesi per cui la scienza giuridica è diretta all'analisi del linguaggio/discorso prescrittivo del legislatore. Così essa si configura come «discorso sopra un discorso», cioè un meta-linguaggio descrittivo<sup>55</sup>. Questa tesi ha funzionato come una precomprensione per i filosofi analitici del diritto della sua scuola<sup>56</sup>, i quali, per quanto possano dissentire tra loro, assumono come indiscusso sia l'aspetto meta-linguistico della scienza giuridica, sia la considerazione del discorso legislativo come quello più tipicamente «giuridico», riguardando esso le fonti del diritto. Il primo aspetto appare legato a posizioni filosofico-analitiche generali, mentre il secondo riguarda il di-

<sup>55</sup> N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pp. 161 ss.

<sup>56</sup> Non si può però considerare la distinzione tra norme primarie e secondarie, fortemente sottolineata dalla FAID, come un'applicazione della teoria dei livelli di linguaggio, che non ha come la prima un carattere intra-sistematico. Ma v. J.-L. Gardies, *The Fundamental Features of Legal Rationality*, in «Ratio juris», I, 1988, 3, p. 246.

ritto. La prima è una tesi filosofica e la seconda una tesi ideologica o, comunque, culturalmente determinata.

La teoria dei livelli di linguaggio appare essenziale alla filosofia analitica d'ispirazione neopositivistica, perché essa consente di assumere il linguaggio come oggetto di descrizione allo stesso modo dei fatti osservabili. Per mantenere la differenza dei linguaggi è necessario che essi siano concepiti come mondi chiusi<sup>57</sup> e che il linguaggio superiore si limiti a descrivere i significati già presenti nel linguaggio-oggetto senza surrettiziamente introdurre alcun proprio apporto. Tuttavia quest'esigenza si scontra con un'altra, ugualmente appartenente alla tradizione analitica, cioè con quella della terapia linguistica. Nessuna terapia ha un carattere descrittivo, ma ognuna si concreta in un intervento sul soggetto malato. A questo punto è difficile distinguere quando l'intervento del meta-linguaggio è una semplice purificazione del linguaggio-oggetto e quando è una sua vera e propria trasformazione e manipolazione. Ma c'è poi differenza tra purificazione e trasformazione del linguaggio? Spesso le trappole linguistico-concettuali consistono nel passaggio indebito da un livello ad un altro, sia esso inconsapevole o fraudolento<sup>58</sup>. Ci sarà bisogno, allora, di un terzo livello di linguaggio (un meta-metalinguaggio) che assuma la funzione di giudice delle relazioni tra i due livelli inferiori.

Guastini ha efficacemente dimostrato<sup>59</sup> che la posizione di Bobbio, che è volta a limitare solo a due i livelli del linguaggio concernenti il diritto (quello del legislatore e quello della giurisprudenza nella duplice veste di dogmatica e di

<sup>57</sup> «Anche il linguaggio su cui opera il giurista si può raffigurare come una lingua chiusa»: Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, cit., p. 20.

<sup>58</sup> Una fallacia dell'argomentazione giuridica risiederebbe nel porre premesse formulate nel meta-linguaggio dottrinale o giudiziale e trarre conclusioni formulate (fittiziamente) nel linguaggio-oggetto legislativo. Cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, Giappichelli, 1985, p. 95.

<sup>59</sup> Cfr. R. Guastini, *I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXIV, 1987, pp. 179-195.

teoria formale), è insostenibile, in quanto la scienza giuridica manipola apertamente il suo oggetto, quando ad esempio introduce norme implicite o elimina norme esplicite. Ciò significa che la scienza giuridica non si comporta da vero e proprio meta-linguaggio e si confonde spesso con il linguaggio-oggetto del legislatore<sup>60</sup>. Sarà allora necessaria un'ulteriore moltiplicazione dei livelli linguistici. Si tratta di aggiungere un nuovo piano nell'edificio dei linguaggi attinenti al diritto, un meta-metalinguaggio che prenda ad oggetto direttamente il linguaggio del giurista e questo è costituito dalla *teoria analitica del diritto*<sup>61</sup>.

Questa soluzione appare più conforme alla differenza tra filosofia e scienza, così com'è concepita dalla tradizione analitica. Ma anch'essa è, almeno in campo giuridico, logicamente insostenibile.

Infatti la teoria dei tre livelli di linguaggio richiede che il secondo (quello, per intenderci, della scienza giuridica) sia considerato un vero e proprio meta-linguaggio. Ma – come abbiamo visto – esso lo è solo molto imperfettamente. Di fatto tra scienza giuridica e diritto c'è un intreccio inestricabile<sup>62</sup>. Se i compiti del giurista sono quelli descritti da Bobbio, il suo linguaggio non solo purifica, ma anche completa, corregge, accresce, determina, cioè in una parola prosegue quello del legislatore. È impossibile, allora, il compito del terzo livello linguistico, che è quello di ben separare il

<sup>60</sup> «È assai diffusa, in teoria generale del diritto, l'opinione che il linguaggio della scienza giuridica sia un meta-linguaggio descrittivo avente ad oggetto il linguaggio normativo delle fonti (il linguaggio del "legislatore"). Tale opinione è falsa. Da un lato, il linguaggio della scienza giuridica non è sempre descrittivo, dal momento che spesso la scienza giuridica non si limita a descrivere norme preesistenti, bensì formula norme nuove. Dall'altro lato, il linguaggio della scienza giuridica non è sempre meta-linguaggio rispetto al linguaggio delle fonti, giacché la scienza giuridica non si limita a parlare delle fonti, ma le trasforma. Insomma, i giuristi si comportano un po' come uno storico che interpolasse documenti apocriefi nel suo proprio archivio»: R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., p. 214.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 305-307.

<sup>62</sup> Ho sviluppato questo tema della coestensività tra scienza giuridica e diritto nel mio *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987<sup>2</sup>.



linguaggio del giurista da quello del legislatore, a meno che la meta-giurisprudenza, cioè la teoria analitica del diritto, non assuma contraddittoriamente una dimensione prescrittiva.

L'alternativa, già – come si sa – chiaramente delineata da Bobbio, è dunque quella tra una meta-giurisprudenza prescrittiva, non so quanto analitica, che fa violenza alla prassi effettiva della scienza giuridica, e una meta-giurisprudenza descrittiva che non è in grado di distinguere tra scienza e diritto, venendo meno all'originario suo compito analitico.

La mia conclusione è che, almeno in materia giuridica, sia consigliabile abbandonare la teoria dei livelli di linguaggio. D'altronde, sotto questo aspetto, il linguaggio giuridico si comporta come un linguaggio naturale<sup>63</sup>, che è al tempo stesso linguaggio-oggetto e il proprio meta-linguaggio. Esso, in quanto si riferisce all'intero ambiente di una certa comunità, deve necessariamente riferirsi anche a se stesso<sup>64</sup>.

Se al posto del linguaggio «analitico» mettiamo il discorso «ermeneutico», la possibilità di distinguere tra i differenti modi di articolare un discorso giuridico riguarda il problema della sua applicazione. Ogni discorso giuridico è un'applicazione del diritto e questo non esiste al di fuori delle sue innumerevoli applicazioni.

Come sappiamo, per la prospettiva ermeneutica ogni comprensione è interpretazione e ogni interpretazione è applicazione. L'applicazione non c'è soltanto quando ci si trova di fronte al caso concreto da regolare. C'è applicazione ogniqualvolta si adatta un discorso già fatto ad un discorso da fare, cioè quando si deve superare la differenza dei contesti al fine di continuare lo stesso discorso. In quest'ottica anche il discorso della scienza del diritto è un'applicazione del discorso giuridico.

Ciò significa che l'interpretazione non si colloca in una

<sup>63</sup> Scarpelli parla di «linguaggio aperto».

<sup>64</sup> Cfr. K.-O. Apel, *Wittgenstein e Heidegger*, in *Comunità e comunicazione*, cit., p. 22, n. 38.

posizione meta-linguistica<sup>65</sup>, poiché il senso e il significato appartengono all'uso stesso del linguaggio. Interpretando, uso un linguaggio e articolo un discorso. Così facendo, non mi pongo su un piano superiore o, comunque, esterno, ma proseguo il discorso di altri e m'inserisco in esso. La differenza non sta nel conquistare una posizione superiore di dominio, ma nel far rivivere lo stesso discorso nella nuova situazione storica e in relazione a specifiche finalità. Per questo alla teoria dei livelli di linguaggio bisogna sostituire quella dei contesti di applicazione<sup>66</sup>.

Mi rendo conto che questi sviluppi del problema non rientrano nella tradizione analitica e non saranno graditi ai filosofi analitici del diritto. Tuttavia bisogna riconoscere che l'applicazione al diritto della teoria dei livelli del linguaggio non è convincente e che bisogna cercare altre soluzioni.

#### 6. *L'approccio ermeneutico alla scienza giuridica*

Dobbiamo ora ritornare alla questione iniziale riguardante il rapporto tra la scienza giuridica e il giurista.

Le critiche dell'ermeneutica alla FAD hanno messo in luce l'inadeguatezza di una prospettiva tesa unicamente a salvare il rigore del metodo. Il diritto è una realtà molto complessa che appartiene alla categoria delle pratiche sociali, cioè dei processi d'azione governati da regole. Se una scienza pretende di assumere a proprio oggetto il diritto, allora deve accettare di accogliere questa complessità<sup>67</sup>, altrimenti dovrà ridimensionarsi ad indagine settoriale e cir-

<sup>65</sup> «Nessun dubbio che il discorso interpretativo sia un meta-linguaggio»: R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., pp. 80 e 104.

<sup>66</sup> Com'è noto, lo stesso Wittgenstein ha sostenuto l'impossibilità del metalinguaggio. Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, cit., par. 121 e anche J. Bouveresse, *Scienza etica estetica*, Bari, Laterza, 1982.

<sup>67</sup> Per questo nei confronti della classificazione delle scienze quella giuridica si è sempre trovata in una posizione «eterodossa». Di ciò è pienamente consapevole M. Jori, *Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale*, in «Sociologia del diritto», I (1974), n. 1, pp. 85-108.

coscritta ad aspetti del «diritto». Se per «scienza giuridica» intendiamo un'impresa conoscitiva riguardante aspetti particolari del diritto, allora la prospettiva della FAID, o più in generale quella di tipo kelseniano, è pienamente giustificata. Tuttavia, se guardiamo alla storia della scienza giuridica e alla sua tradizione di pensiero, allora dobbiamo ammettere che i giuristi hanno assegnato compiti ben più articolati e comprensivi alla loro disciplina.

Non si tratta soltanto di notare che «il progresso delle scienze giuridiche coincide con la recezione di risultati sociologici»<sup>68</sup>. In effetti queste interconnessioni sono di più ampia portata ed abbracciano la politica, i valori sociali e morali, il progresso della coscienza storica e l'assetto dei contesti istituzionali. Di fronte a questa radicale «impurità» del diritto la scienza giuridica, pur conservando la propria autonomia metodica, dovrà tener conto dei risultati di discipline di varia natura. Ora, la questione è proprio come ciò sia possibile, cioè come sia possibile una scienza che riesca ad attingere il suo oggetto solo attraverso la recezione e l'assimilazione di indagini della più diversa natura.

La storia dell'epistemologia giuridica c'insegna che qualsiasi tentativo di risolvere il problema attraverso operazioni d'ingegneria metodologica, cioè attraverso una commistione tra metodo sociologico e metodo giuridico, è fallito in partenza. Del pari insoddisfacenti sono i reiterati sforzi d'innestare l'istituzionalismo nel ceppo del normativismo o viceversa. Qui il problema non è affatto metodologico, ma più propriamente ontologico. Non si tratta di riflettere sul modo in cui una scienza umana, qual è quella giuridica, conosca il suo oggetto, ma di interrogarsi intorno alla base ontologica su cui questa scienza deve essere costruita.

La possibilità di far vivere le interconnessioni tra i fenomeni sociali nell'ambito della scienza giuridica richiede una presupposizione di senso contrassegnata dal carattere temporale della comprensione. Alla base della stessa possibilità della conoscenza giuridica sta, dunque, quest'esposizione alla

<sup>68</sup> M.S. Giannini, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, cit., p. 231.

coscienza storica e quest'assunzione di un orizzonte di senso, che, nell'ottica della filosofia ermeneutica, prende il posto della norma fondamentale kelseniana. A differenza di quest'ultima, che è garante della purezza metodica e, quindi, fonda la separazione del giuridico, la presupposizione storica di senso, al contrario, rende possibile la comunicazione tra i diversi settori d'indagine appartenenti alla medesima pratica sociale.

L'approccio ermeneutico alla scienza giuridica non fa, dunque, astrazione dal soggetto della conoscenza, cioè dal giurista, e dal suo ruolo nel contesto sociale. Non si può definire la conoscenza giuridica indipendentemente dal soggetto che s'impegna in quest'impresa, dal contesto a cui esso appartiene, dai suoi atteggiamenti e dai suoi interessi.

Siamo qui di fronte ad un concetto di scienza ben diverso da quello che Bobbio ha inoculato nella FAID e che ritiene di raggiungere l'oggettività nella misura in cui riesce ad eliminare l'influsso del soggetto conoscente e concretamente operante nella storia. Ma ciò non è possibile nei confronti della conoscenza pratica, che è diretta verso l'azione.

Perché si possa parlare di «conoscenza pratica» sono necessarie due condizioni. Innanzitutto, colui che conosce deve essere in qualche misura (diretta o indiretta) personalmente coinvolto in ciò che ha da conoscere, poiché *in ragione del proprio ruolo* è chiamato a compiere scelte o a porre in essere azioni, oppure ad offrire ad altri criteri per l'azione. Inoltre, l'oggetto ultimo del conoscere non deve essere qualcosa di necessario e di universale, ma un'azione concreta e determinata.

Entrambe queste condizioni urtano contro la concezione moderna della scienza. Ed allora la sfida epistemologica contemporanea consisterà proprio nel mostrare come sia possibile la conoscenza di quel contingente affidato alla finitudine e alla libertà umana, cioè l'azione dell'uomo.

Di conseguenza, è solo attraverso una riflessione sul ruolo del giurista che possiamo raggiungere la vera e propria configurazione della scienza giuridica e non certo viceversa. Ovviamente si tratta di un ruolo istituzionale per nulla affidato alle preferenze personali. Il ruolo del giurista è quello

di definire l'identità della pratica del diritto, di individuare gli argomenti corretti, di sistemare e unificare il materiale giuridico e di custodire la coerenza interna e la ragionevolezza dell'ordinamento giuridico. Questo è anche ciò che ci aspettiamo dalla stessa scienza del diritto. In tal modo il giurista si presenta come organico alla pratica stessa, è una sorta di suo funzionario, un'istituzione interna generata dall'esigenza del riconoscimento, dell'identificazione, della critica e dell'adattamento progressivo. Solo così il giurista come «esperto della vita sociale» potrà anche essere dall'interno un artefice della trasformazione del diritto<sup>69</sup>.

In un regime di separazione tra il giurista e la scienza giuridica questa tende a concentrarsi nella teoria formale del diritto. Al giurista sarà affidato il compito dell'interpretazione dei contenuti del diritto, cioè nella sostanza quello che tradizionalmente si configura come *dogmatica giuridica*, che è considerata più una tecnica che una scienza. Ma, allora, proprio quell'attività che è diretta all'apprensione del diritto positivo nella sua concretezza e determinazione non sarà considerata scienza giuridica in senso stretto e ciò non convince. Seguendo questa linea di pensiero, sarebbe più conseguente rinunciare del tutto alla scientificità della giurisprudenza. Tuttavia il declassamento scientifico subito dalla dogmatica giuridica è pienamente giustificato, essendosi essa trasformata in un'opera di esegesi e di sistemazione di un materiale legislativo non più riconducibile ad una visione globale e ad un comune orizzonte di senso, cioè inteso come mera collezione di leggi positive<sup>70</sup>.

La filosofia ermeneutica, al contrario, giustifica la possibilità di comprendere una pratica sociale determinata, qual è il diritto, fondando la relazione di *coappartenza* tra l'interprete e il suo oggetto. Tuttavia la conoscenza ha luogo quando sul presupposto dell'appartenenza s'innesta quello della

<sup>69</sup> Cfr. S. Cotta, *Il giurista e la società in trasformazione*, in «Jus», XVIII, 1967, p. 25.

<sup>70</sup> Per questa trasformazione della scienza giuridica cfr. N.E. Simmonds, *Law as a Rational Science*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXVI, 1980, pp. 535-556.

*distanziamento*. Si appartiene ad una tradizione storica solo nella misura in cui s'è in grado di prendere le distanze da essa, cioè di misurare la lontananza e la prossimità tra le situazioni del passato e quelle del presente. Ciò richiede un distacco critico ed una sospensione dell'appartenenza. «L'ermeneutica comincia anch'essa quando, non contenti di appartenere alla tradizione trasmessa, interrompiamo la relazione di appartenenza per significarla»<sup>71</sup>.

Questa distanziamento nei confronti della tradizione giuridica è operata dal giurista, che misura la congruità dei processi istituzionali nei confronti dell'orizzonte di valori e di principi che definiscono la particolare pratica giuridica presa in considerazione. Per quest'opera l'uso parsimonioso degli strumenti analitici è di estrema importanza. Qui s'è voluto soltanto mostrare che l'approccio analitico al diritto non è soddisfacente per quanto riguarda la fondazione della ragion d'essere della scienza giuridica e la giustificazione del ruolo del giurista.

<sup>71</sup> P. Ricoeur, *Dal testo all'azione*, cit., p. 55.