Metodologia ermeneutica e didattica giuridica. A partire da un recente volume di Donato Carusi su diritto e letteratura

Francesco Petrillo

ABSTRACT

A partire da un recente volume su Diritto e letteratura, *il lavoro propone una metodologia didattica per lo studio del diritto in grado di non trascurare la metodologia giuridico-ermeneutica. La precomprensione critica e la circolarità ermeneutica sono necessari strumenti formativi di un giurista, qual è quello contemporaneo, protagonista di un'epoca giuridica uscita fuori dalla geo-globalizzazione, ma ancora incapace di definire i contesti della nuova geo-glocalizzazione. La letteratura - così come l'estetica - ha fornito strumenti di anticipazione possibile all'esigenza per il giurista di superare il rapporto tra interpretazione filologica e mera critica dei testi giuridici con la definizione del concetto di precomprensione critica e di superare il paradosso di un metodo della maggioranza democratica soltanto volto ad imporre determinazioni convenienti ai più, ma non necessariamente perseguibili per l'intero contesto sociale con la definizione di circolarità ermeneutica. Il diritto più vicino alla giustizia che alla legge, reclamato dallo psicologismo letterario del primo Novecento e dal realismo letterario ottocentesco, va proposto per la formazione dell'*habitus *del giurista e per l'operatività concreta nel sociale di quest'ultimo. La didattica del diritto è lo strumento possibile, potendo fruire del metodo giuridico-ermeneutico senza escluderlo dalle potenzialità applicative del diritto, per trasporre un'aspirazione e una concreta esigenza umana, raccolta nelle esperienze letterarie, all'interno della realtà giuridica di tutti i giorni. Il metodo giuridico-ermeneutico si pone come un peculiare percorso necessario di formazione per il giurista attento alle trasformazioni di una società politica non governabile e regolabile esclusivamente attraverso l'ordine delle leggi voluto dalla maggioranza dei suoi consociati.*

Starting from a recent work on Law and Literature, the item proposes a teaching methodology for the study of law capable of not neglecting the legal-hermeneutic methodology.
Critical pre-understanding and hermeneutic circularity are necessary training tools for a jurist, such as the contemporary one, protagonist of a legal era that has emerged from geo-globalization, but still incapable of defining the contexts of the new geo-glocalization.
Literature – as well as aesthetics has provided tools for possible anticipation of the need for the jurist to overcome the relationship between philological interpretation and mere criticism of legal texts with the definition of the concept of critical pre-understanding and to overcome the paradox of a method of the democratic majority only aimed at imposing decisions that are convenient for most people, but not necessarily actionable for the entire social context, bt hermeneutic circle.
The law closer to justice than to law, claimed by the literary psychologism of the early twentieth century and by nineteenth-century literary realism, must be proposed for the formation of the jurist's habitus and for the latter's concrete operation in the social sphere.
The teaching of law is the possible tool, being able to benefit from the legal-hermeneutic method without excluding it from the applicative potential of law, to transpose an aspiration and a concrete human need, collected in literary experiences, within the legal reality of all days.
The legal-hermeneutic method presents itself as a peculiar possible training path for the jurist attentive to the transformations of a political society that cannot be governed and regulated exclusively through the order of laws desired by the majority of its members.

PAROLE CHIAVE

DIRITTO E LETTERATURA;
METODOLOGIA GIURIDICO-ERMENEUTICA;
DIRITTO E GIUSTIZIA; ORDINE DELLE LEGGI.

KEYWORDS

LAW AND LITERATURE;
LEGAL-HERMENEUTIC METHODOLOGY;
LAW CLOSER TO JUSTICE; ORDER OF LAWS.

1. INTRODUZIONE. 2. LO PSICOLOGISMO LETTERARIO DEL PRIMO NOVECENTO E LA PRECOMPRENSIONE CRITICA NELL'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO. 3. LA NARRAZIONE REALISTICA DEL PRIMO OTTOCENTO E LA CIRCOLARITÀ GIURIDICO-ERMENEUTICA TRA SINGOLO E COLLETTIVITÀ. 4. CONCLUSIONI.

1. Il volume di Donato Carusi *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*[1] si colloca appieno in quel movimento di "diritto e letteratura", diffusosi, negli ultimi anni, all'interno della cultura accademica italiana. È un movimento definibile come *trasversale*, nel senso di interessare e riguardare studiosi delle più diverse discipline giuridiche, letterarie e sociologiche. Carla Faralli, Alberto Scerbo e Maria Paola Mittica, all'interno della *Filosofia del diritto,* hanno da tempo segnalato all'attenzione dei giusfilosofi italiani, e non solo, i nessi tra l'insegnamento del diritto e della letteratura, specie nella dimensione della ricerca del metodo didattico-narrativo per la formazione del giurista contemporaneo, possibile "rappresentante organico" di società tanto complesse da oscillare tra la globalizzazione e la localizzazione politico-giuridica.

In questa congerie, il volume di Carusi si pone come un gusto e un'esigenza dell'A., volti ad esprimere il rilievo e l'utilità della cultura letteraria per il giurista nel mondo del diritto positivo e degli operatori del diritto. Ma si pone anche come una possibilità esclusiva, garantita dal mondo della letteratura, di guardare al di là della legge, prima della legge e dopo la legge, per cogliere nel mondo del riduzionismo giuridico[2]- che Luigi Lombardi Vallauri aveva ben individuato come il problema della contemporaneità del diritto rispetto alla modernità - il complesso rapporto tra diritto e legge, giustizia formale e giustizia sostanziale. Qui è la nodosità della questione: la legge che sua Maestà non legge, ma fa e resta e il diritto che c'è ma può non diventare legge! Quest'ultimo va considerato, in qualche modo applicato e, certamente, insegnato. C'è l'esigenza, per il giurista odierno, non soltanto di rapportare il diritto alla letteratura e viceversa, ma anche di cercare nuovi metodi per l'insegnamento e la comprensione di una scienza giuridica, attenta da tempo a problematiche che vanno ben oltre quelle della sola legge scritta.

Il volume di Carusi diviene, dunque, un'occasione per vagliare e saggiare l'utilità della metodologia giuridico-ermeneutica[3] nella didattica del diritto. I tre secoli di storia e di narrazione letteraria, studiati in relazione al concetto di legge, cui fa riferimento il sottotitolo del volume, sono proprio i tre secoli successivi alla pubblicazione, nel 1651, a Londra, della prima edizione del *Leviathan* di Thomas Hobbes, opera che, concettualmente, permette alla profanazione del diritto naturale[4], di produrre la formattazione spaziale e temporale della giuridicità nella legalità. Ma, sotto il *format*, il diritto pulsa, fin da subito. Pulsa perché presente nei percorsi e processi conducenti all'emanazione delle leggi, in quelli riguardanti i rapporti tra la legge e la giustizia dei singoli casi concreti, in quelli riguardanti le persone, in quelli riguardanti la formazione dell'apprendista giurista.

1 D. Carusi, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022.

2 Cfr. L.L. Vallauri, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia del diritto*, Padova, 2002.

3 Sulla metodologia giuridico-ermeneutica, costruita prendendo le mosse dalla *Teoria generale dell'interpretazione* di Emilio Betti (cfr., per tutti, E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990), mi permetto di rimandare il lettore ai miei, *La decisione giuridica,* Torino, 2005 e *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica,* Torino, 2011, nonché, specificamente per l'applicazione della metodologia giuridico-ermeneutica alla didattica del diritto, *Per la didattica possibile della metodologia giuridico-ermeneutica,* in F. Petrillo (a cura di) *Lezioni di metodologie e tecnologie didattiche per le scienze giuridiche,* Santarcangelo di Romagna, 2019. Per ragioni di brevità e pudore non farò più riferimento nel testo a questi miei studi.

4 L'espressione, molto pertinente e in grado di spiegare la trasposizione di Dio nell'uomo, all'inizio dell'umanesimo-rinascimento, è, com'è noto ai più, di Hans Welzel (cfr. H. Welzel, *Diritto naturale giustizia materiale,* Milano, 1965).

2. La coesistenza tra la giuridicità più latamente intesa e la legge formale è molto ben colta dal Carusi quando scrive interessantissime pagine sulla narrazione letteraria dello psicologismo del primo Novecento[5], dalle quali emerge come la giuridicità non possa prescindere dalla psicologia del soggetto. L' A. fa riferimento a un «mondo in frantumi», per l'incapacità evidente da parte del soggetto di possedere pienamente l'oggetto, in grado di fare ritrarre il soggetto in sé stesso, come risulta dalle narrazioni letterarie di Italo Svevo, Marcel Proust, James Joyce, Virginia Woolf, Franz Kafka. E fa riflettere il giurista contemporaneo su come gli sforzi teoretici dello gnoseologismo positivista, capace, nel procedimento logico-analitico, di espungere ogni forma di nesso tra il rapporto norma-applicazione della norma e psicologia dei soggetti, per esempio, tra soggetto giudicante e soggetto giudicato, in letteratura, siano criticamente già messi in discussione. La narrazione letteraria fornisce tanti strumenti all'ermeneutica giuridica e filosofica, che prenderà piede e diffusione dopo la metà degli anni '50 del Novecento e coglie, come primizia, il senso del rapporto tra psiche e legge, tra interpretazione filologica e critica, finché non si presenti all'orizzonte il concetto di precomprensione critica. Il *Vorverstehen* permea già la narrazione letteraria, e il giuscivilista comprende bene quanto di quella narrazione siano debitori, nel mondo del diritto positivo, rispettivamente, nel tempo, Rudolf Jhering, Philipp Heck, Emilio Betti e Josef Esser, così come il filosofo comprende bene quanto lo siano, nel mondo del pensiero generale, Martin Heidegger, Hans Georg Gadamer, Paul Ricoeur, Jacques Derrida, e tanti altri. Spiega, per esempio, come lo studio di un contratto sia più completo, se voglia adeguatamente tenere in conto il rapporto tra mondo interiore e mondo esteriore dei soggetti firmatari, rispetto allo studio della sola dichiarazione contrattuale. Il giurista - studioso, avvocato o giudice - deve sapere guardare il mondo, con uno spettroscopio a prisma. È la finalità ideale dell'ordine giusto e del bene comune a permettere, in fondo, la netta distinzione tra una decisione giuridico-gnoseologica, conseguente a una "metodologica" interpretazione del diritto[6] e un decisionismo politico-giuridico[7], rivendicante con chiarezza la sua derivazione dal positivismo giuridico del XIX secolo.

Non è casuale che il positivismo giuridico classico venga posto come l'assoluto fondamento storico-filosofico della teoria politico-giuridico decisionista[8]. Di fronte a codificazioni chiuse e sistemi formalizzati non c'è altra scelta che quella di «negare una scienza giuridica sistematica in senso proprio»[9] e di riconoscere che «ogni argomento di scienza del diritto non è altro che un potenziale fondamento per decisioni, in attesa di caso di conflitto»[10]. La trasformazione dell'idea di diritto nell'idea di legalità[11] crea come situazione congenita al sistema giuridico, una continua quantità di scontri di interessi e quindi un concreto disordine, bisognoso di una decisione sovrana perché possa avere termine. E il positivismo ottocentesco deve trovare, per il decisionismo politico-giuridico, il suo naturale epilogo nell'integrazione possibile di pensiero positivista e pensiero decisionista, al fine di garantire la sopravvivenza del sistema. Solo e proprio l'aspetto decisionista, in grado di non negare lo psicologismo, permette di moderare l'"ipocrisia" della sostituzione dell'obiettività della legge – propria della prospettiva normativista – rispetto alla volontà del legislatore, meramente legata alle teorie giuspositiviste classiche, e cioè di limitare il logicismo estremo in cui va a cadere il positivismo giuridico quando si costruisce come assoluto normativismo[12].

La prospettiva ermeneutica della tradizionale interpretazione giuridica permette, già nella seconda metà del XX secolo, in Italia, prendendo nettamente le distanze dal positivismo – dal momento che sostituisce al produttivismo legalistico l'idea di un diritto capace di reintegrarsi continuamente con l'interpre-

5 D. Carusi, *Sua maestà legge?,* cit. pp. 237-279.

6 E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione,* cit.; s.a., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.

7 Cfr., tra i tanti studi di Carl Schmitt, per tutti, C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, trad. it. Bologna, 1982, pp. 247-275, in particolare p. 265. *Ivi*, l'A. intitola il terzo paragrafo del suo saggio «*Il positivismo giuridico del XIX secolo come unione di pensiero fondato sulla decisione e pensiero fondato sulla legge (di decisionismo e normativismo)*».

8 *Ibidem,* a p. 265, Schmitt, ancora, scrive: «La tendenza verso questo tipo di scienza giuridica si manifesta soprattutto allorché assume rilievo una codificazione chiusa come norma "positiva" e diritto "positivo"».

9 *Ibidem.*

10 *Ibidem.*

11 *Ibidem.*

12 *Ibidem.*

tazione –, il collegamento con la storicità concreta della decisione, evitando la falsa coscienza di una realtà obbiettivata solo perché stereotipata. L'ermeneutica giuridica[13], contrapponendosi al positivismo classico, fondato sul nesso: volontà del legislatore (che decide in generale e astratto) / volontà del giudice (che decide in particolare e concreto), si propone soprattutto lo scopo di superare la "metafisica positivista e normativista", rendendo la volontà del legislatore, della legge, e quella del giudice (al legislatore e legge logicamente astretto in un vincolo indissolubile) a-spaziale o meta-spaziale e a-temporale o in-temporale. Mira a cogliere, nell'ordinamento giuridico vivente, il senso della forza gnoseologico-decisionale del giudizio del giudice, o del giurista in genere, non soltanto quando esso sia stabilito per legge, come, invece, il decisionismo politico prevede per «i giudici professionali dello stato e per gli avvocati organizzati secondo lo stesso schema di una Magistratura di questo tipo»[14], permettendo, rispetto al positivismo giuridico, di non disperdere la diacronicità e dia-topicità, proprie della giuridicità non formalizzata nella legge, ma dimensionata nella spiritualità dei soggetti che la vivono.

Il decisionismo schmittiano, caratterizzato dalla forza della decisione politica, pur smascherando l'ideologia della logica assiomatico-deduttiva, fatta propria dal normativismo, si limita a permettere al positivismo giuridico di salvaguardare i propri contenuti storicistici, quelli determinanti l'ordinamento giuridico come un concreto ordinamento storico[15], fondato sulla decisione sovrana in grado di mettere fine ad uno stato d'eccezione, anche, presociale. In quel contesto, perciò, il sovrano non è il risultato del contratto[16] da cui sorge lo Stato, ma la possibilità, meglio, il presupposto, della garanzia dell'ordinamento giuridico esistente proprio grazie allo Stato. Il potere giuridico-politico, di conseguenza, proviene al sovrano dal consenso generale[17], ma è il sovrano che garantisce il potere.

La metodologia giuridico-ermeneutica – seppure manifesti, al suo interno, tracce della prospettiva schmittiana, soprattutto in tema di critica al normativismo[18] – si propone, invece, con enormi differenze, rispetto al decisionismo politico, oltre che di tipo strutturale e fondativo, anche di tipo dinamico e funzionale perché in essa:

1.a) l'aspetto decisionale della giuridicità non deriva da presupposti teorico-politici, nel senso cioè che non è la potestà politica a fondare il diritto a decidere, ma semmai essa ne spiega l'esigenza, ne è lo scopo;

1.b) la decisione giuridico-ermeneutica non è derivazione di costruzioni teorico-politiche altre, per esempio, della costruzione teorica giuspositivista. Ciò emerge con chiarezza ove si consideri che in essa è del tutto assente la necessità della legge, la quale si pone solo come un'eventualità della riflessione sul diritto, ma non certo come la caratterizzazione di quest'ultimo o come la sua finalizzazione, insomma, come la sua sintesi concettuale o, addirittura, come il suo unico modo di espressione;

1.c) la dinamica operativa della decisione fa riscontrare la differenza di fondo tra le due concezioni, perché, mentre il decisionismo politico-giuridico si caratterizza per la capacità fondativa del diritto da parte dell'eccezionalità della politica, scaturigine della decisione quale atto autoritativo sovrano, il decisionismo gnoseologico-storico si caratterizza per la normalità della politica, quale vicenda decisionale-giuridico-etica, riscontrante il suo più remoto fondamento, non nel concetto di autorità, ma piuttosto nel concetto di tolleranza[19] nel decidere da parte del giurista. La tolleranza è, infatti, il *quid* soggettivo caratterizzante l'*habitus* precomprensivo estetico-etico, costruito da Adelchi Baratono come insieme di forma e sostanza[20].

Nonostante la chiara distanza dalla decisione politica schmittiana, la decisione giuridico-ermeneutica si espone, ovviamente, alle tradizionali obiezioni teoretiche fondate sul timore di «dare, in tal modo, uno scossone alla certezza del diritto[21] e al suo ne-

13 Cfr. V. Frosini, F. Riccobono (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti,* Milano, 1994.

14 C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 265.

15 *Ibidem,* p. 274.

16 *Ibidem,* p. 275.

17 *Ibidem*.

18 Cfr., in particolare, E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit. p. 846 ss. e s.a., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 312 ss.

19 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 848.

20 Cfr. *ibidem*. L'A. scrive: «In particolare i cultori delle scienze giuridiche sono oggi chiamati a dare esempio di tolleranza e a mantenere un'apertura mentale e morale che, dall'un lato, li affranchi da ogni supino conformismo a certi indirizzi ufficiali di natura contingente, dall'altro renda lo studio del diritto accessibile al movimento delle opposte tendenze valutative così in senso conservatore come in senso evolutivo.

21 Inerentemente all'ideale necessario della certezza del diritto, sul quale negli anni di produzione bettiana si soffermerà molta scienza giuridica italiana con la quale Betti sarà nei suoi scritti in costante colloquio, cfr., gli imprescindibili, F.

cessario rigore»[22]. La risposta della *teoria giuridico-ermeneutica* a tali critiche è insita nell'elevazione alla massima potenza del ruolo della giurisprudenza, il *corpus* integrale dei giuristi (Magistrati, Professori universitari, Avvocati), da non considerarsi come un ente distaccato dalla società, ma in rapporto organico con quella[23]. E il concetto di giurisprudenza è concetto ampio[24]. Esso, per esempio, può distinguersi in «ambiente sociale moderno»[25], e «teorica e pratica»[26], volendo con ciò intendere tanto la dottrina dei giuristi, quanto l'attività della magistratura. In realtà, al di là delle distinzioni di scuola, tipiche della tradizionale letteratura sull'interpretazione giuridica[27] e sulle fonti del diritto[28], per *Giurisprudenza*, nella dimensione ermeneutica, deve intendersi l'attività del giurista, di colui che è dotato dell'*habitus* (forma-sostanza, di baratoniana memoria) e quindi assolutamente titolato a procedere alla decisione in funzione normativa, che mette fine al conflitto tra le parti di una questione giuridica. Il giurista è, allo stesso tempo, soggetto dotato di forti implicazioni non solo conoscitive, ma anche politico-volitive. È «l'organo competente della coscienza sociale del tempo nell'identificare i criteri di valutazione che si esprimono nei principî generali di diritto»[29]. La massima di decisione non si desume dalla natura delle cose, come per esempio negli studi di *topica* e di *retorica*, ma proprio dal nesso spirituale che sussiste tra coscienza sociale del tempo e giurisprudenza[30]. Rileva, dunque, non tanto l'aspetto decisionale o meramente l'aspetto gnoseologico-intepretativo, quanto piuttosto «il perenne processo di discussione tra giuristi»[31], che «serve, da un lato, a garantire contro una indebita intrusione di soggettività, sia contro il cristallizzarsi di opinioni incontroverse, sia contro il persistere di indirizzi unilaterali attraverso un indolente conformismo; dall'altro a mettere alla prova e a collaudare i criteri di decisione secondo la rispondenza alle esigenze sociali»[32].

Il concetto di *precomprensione critica* come *habitus* del giurista nella discrezionalità, dal punto di vista teoretico, va pienamente a coincidere con la *nozione di stile*, elaborata in forma categoriale dalla filosofia di Baratono[33]. Nella comprensione del testo e/o dell'attività interpretata, rileva: né solo la concettualizzazione della dogmatica odierna, né solo la dimensione storica dei concetti[34]; cioè non rilevano, in maniera esclusiva, né la storia dei concetti, né i concetti de-storicizzati e universalizzati. Invece: «… rilevano quelle che possono definirsi come le funzioni logiche,

Lopez de Onãte, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968 e P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in «Rivista di diritto commerciale», (1942), oggi in F. Lopez de Onãte, *La certezza del diritto*, cit.

22 Cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia ermeneutica di J. Esse*r, Milano, 1984, p. 11.

23 Il tema, oltre che nell'*Interpretazione della legge e degli atti giuridici,* è da Betti affrontato nel paragrafo della *Teoria generale* in cui Betti conclude il suo volume generale sull'interpretazione giuridica. Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 858-864.

24 Sulla capacità del concetto di "giurisprudenza" di includere oltre che la magistratura, anche la dottrina, e, in senso prospettiva ancora più ampia, ogni figura alta di "dottore", da qualificarsi, in senso tecnico, secondo quanto sostenuto nel testo, con il concetto di giurista, cfr. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967. Cfr., sul punto, anche V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996, p. 80, nota 134.

25 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 858.

26 *Ibidem*.

27 Cfr. F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009.

28 Cfr. V. Italia, *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Milano, 2010.

29 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, pp. 858-859. Conviene qui riportare l'intero brano con cui Betti apre il suo discorso sulla giurisprudenza: «Che nell'ambiente sociale moderno la giurisprudenza, teorica e pratica, si debba considerare come l'organo competente della coscienza sociale del tempo nell'identificare i criteri di valutazione che si esprimono nei principî generali di diritto è negato da chi si limita ad attribuirle il modesto compito di illuminare la ragione individuale o la coscienza collettiva nel desumere la massima della decisione dalla natura delle cose».

30 Cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 324. L'A. scrive: «Il giudice è rappresentante della società, rappresentante di indole morale e non legale, conforme alla perennità della missione affidata ai giuristi».

31 Cfr. *Ibidem*, pp. 859-860.

32 *Ibidem*.

33 Il riferimento alla filosofia estetica di Adelchi Baritono è frequentissimo nella bettiana *Teoria generale dell'interpretazione*. L'ampia nozione di stile baratoniana è indispensabile ad Emilio Betti per strutturare teoreticamente i requisiti formali dell'*habitus* del soggetto interpretante, fondamentale protagonista della metodologia giuridico-ermeneutica. A Adelchi Baratono e alla sua concezione estetico-formale del concetto di valore, che sarà sempre valore nella realtà e mai valore contenente la realtà, il Camerte deve anche, in buona parte, la necessaria presa di distanza dalla cosiddetta filosofia dei valori. Tale presa di distanza gli permetterà, alla fine, la costruzione di un modello di giurista non stereotipato nella fissità del suo ruolo, da un lato, ma fortemente caratterizzato nel suo *habitus* operativo di fronte alla varietà dei singoli casi concreti, dall'altro. Il debito verso Baratono, come quello verso Nicolai Hartmann, è sempre riconosciuto fin dai *Prolegomeni alla Teoria generale* e cioè fin dalle primissime pagine dell'opera bettiana più teoretica. Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 2, ove subito Betti fa riferimento a A. Baratono, *Critica e pedagogia dei valori*, Milano, 1945 e s.a., *Arte e poesia*, Milano, 1945, entrambi i lavori, in A. Baratono, *Il mio paradosso*, in *Filosofi italiani contemporanei*, Como, 1947.

34 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 66-76.

predisposizioni, abiti mentali della formazione giuridica del giurista che interpreta»[35]. Il pre-comprendere si mostra subito come un preconoscere, cioè: né come un essere precipitati nella verità ontologica (Martin Heidegger), né come un essere partecipi di un mondo universale (Hans Georg Gadamer), ma piuttosto come un appartenere ad un determinato, specifico mondo, peculiarmente e chiaramente giuridico. Non è l'istituto giuridico a dover essere strutturato sulle categorie mentali, ma piuttosto queste ultime debbono servire alla comprensione dell'istituto stesso affinché esso possa garantire il controllo sull'attività interpretativa svolta. La *precomprensione critica*, ovvero l'*habitus* del giurista in quanto, «giudizio di qualificazione»[36] e «spirito oggettivato»[37], dal punto di vista sostanziale, permette l'interpretazione in funzione normativa e, dal punto di vista formale, lo stile, nella dimensione baratoniana di: «unità delle forme logiche e spirituali in ogni loro elemento»[38]. È la possibilità teoretica di fare dell'atto creativo, sempre presente in ogni interpretazione, non un atto individuale, ma piuttosto un atto fondato sulla partecipazione a un senso comune, quale risultato di una socializzazione professionale e di una formazione[39] giuridica, l'epilogo di una catena di interpretazioni precedenti, volta a costituire una tradizione comune giuridica. Perciò solo a partire dall'ambito della giuridicità – e cioè dai canoni ermeneutici mantici[40] e romantici, quali stimmatizzazioni metodologiche, elaborati in *categorie civilistiche dell'interpretazione*, a seguito del contemperamento e della fusione con i canoni interpretativi della tradizione giusromanistica e del diritto comune medievale e umanistico rinascimentale – e non dai canoni della tradizione dommatico-interpretativa legalistica (letterale, logico-sistematico e storico), si può riuscire a costruire una prospettiva forte di riferimento, concretante l'*habitus* del soggetto decidente-interpretante. L'*habitus* giurisprudenziale, ma meglio è dire, l'*habitus* del giurista-interprete, è perciò: «un denominatore comune delle svariate forme rappresentative della vita individuale che portano una medesima e analoga impronta e in essa rivelano un abito uniforme e un atteggiamento ricorrente dello spirito che le ha foggiate e che in esse si incarna»[41]. Questa sintesi del concetto di *stile baratoniano* – ovvero la precomprensione nella metodologia giuridico-ermeneutica – è una forma di oggettivazione, un'unità della forma in ogni suo elemento, «un'impronta dotata di un inconsapevole valore espressivo e significativo, siccome simbolo o segno o sintòma di un abito e di un atteggiamento spirituale ricorrente e costante nelle variazioni»[42]. La forma simbolica di rappresentazione dell'interpretazione si caratterizza quindi come abito sintomatico del giurista. E, in conseguenza di ciò, essa si mostra capace di garantire la sola possibile costante delle varie forme di interpretazione e cioè dei vari rapporti, che si realizzano, di volta in volta, tra soggetto giudicante e soggetto giudicato, tra soggetto interpretante e oggetto dell'interpretazione, che nel mondo del diritto è il soggetto sul quale la scelta sull'uno o sull'altro aspetto della questione giuridica ricade.

Una precisazione su questo punto va fatta. La forma di rappresentazione non è statica; lo *stile baratoniano* non è una cristallizzazione del decidere. Piuttosto, le forme in esso si accordano tra loro come sussistenza dell'unità nella molteplicità, di forma interiore ed esteriore, realizzando un vero e proprio *endon eidos*, «determinato da un *lógos* come contenuto peculiare che in esso prende concretezza»[43]. Questo *endon eidos*, non può essere altro che quello a cui fa riferimento il *Frammento 3* del *Parmenide* di Platone: «se le cose sono molte è necessario che siano tante quante sono, e né più né meno di tante. Ma se sono tante quante sono, sono finite di numero. Se le cose sono molte sono infinite, infatti in mezzo ad esse ce ne sono molte altre e ancora altre in mezzo a queste. Così le cose sono infinite»[44]. La dialettica dell'estensione spaziale, ogni elemento della quale per un verso esclude da sé tutto ciò che da esso è altro e per un verso lo implica invece in sé – come elemento necessario per la propria delimitazione – ben sancisce e definisce filosoficamente il ruolo del soggetto titolare dell'*habitus* e cioè di quella giurisprudenza che vive quotidianamente la dimensione dell'intendere e dell'intendere per de-

35 *Ibidem,* p. 77.

36 Cfr. E. Betti, T*eoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 328.

37 *Ibidem*, p. 329.

38 *Ibidem,* p. 332.

39 Cfr. Beatrice Pasciuta e Luca Loschiavo (a cura di), *La formazione del giurista. Contributo a una riflessione,* Roma, 2018.

40 Sul rapporto tra l'ermeneutica giuridica e la filosofia dei giuristi medievali mantici sopravanzati dai glossatori, cfr. A. Plachy, *La teoria della interpretazione. Genesi e storia della ermeneutica moderna,* Milano,1974.

41 *Ibidem*, p. 330.

42 *Ibidem*, p. 331.

43 *Ibidem,* pp. 334-335.

44 Cfr. Platone, *Parmenide. Frammento 3*, in F. Adorno, *Dialoghi politici e lettere di Platone*, voll. 2, Torino, 1970.

cidere. «Ora in funzione della diversa maniera di sentire e d'intuire, si fa diversa non tanto la capacità tecnica (il *Können*), quanto l'aspirazione, l'assunto, l'ideale (il *Wollen*), da cui l'energia formativa muove e a cui si indirizza come a sua mèta. Nella vicenda di siffatta aspirazione, che attinge nutrimento al gusto selettivo dei valori, è da ricercare, in definitiva, la ragione profonda della vicenda degli stili»[45]. Gli stili possono essere trasferiti soltanto quando l'insegnamento del diritto tenga conto adeguatamente anche dei canoni metodologici in grado di scandire il processo precomprensivo. Il metodo interpretativo si pone, di guisa, come parte integrante della didattica del diritto e della formazione del giurista.

3. Se il primo cinquantennio del Novecento, rapportando narrazione letteraria e diritto, si propone come un'intuizione della letteratura verso un mondo dell'interpretazione del diritto bisognoso di più ampi spazi rispetto a quello dell'interpretazione della legge, interessante per lo studioso contemporaneo è anche l'ordito di ricongiunzione possibile, nelle trame letterarie ottocentesche, del rapporto tra legge e giustizia. Il capitolo del volume di Carusi concernente i primi anni letterari del 1800[46], è prezioso per chi, da giurista, si occupi di una dimensione della giuridicità non più tutta conchiusa nella regola della maggioranza, la legge appunto, ma estesa anche a un diritto da cui si sentano tutelate le minoranze, che, quella regola della maggioranza, non hanno partecipato a scrivere. L'esaltazione del potere borghese, in letteratura, trova, nel «secolo di Honoré de Balzac»[47], il contraltare di un'attenzione a una giustizia quale fine del diritto - in grado di tutelare quelle parti della società escluse dalla produzione della regola, proprio a causa dell'applicazione del metodo democratico -, narrata nei racconti di fatti reali in grado di evidenziare la *maestosità* spesso insufficiente della legge.

Dalle pagine letterarie affiora prepotentemente, con grande anticipo sulla storia del diritto, la questione del *giusto processo,* istituito, persino nel nostro ormai maturo ordinamento giuridico italiano, con norma costituzionale, da appena un quarto di secolo, cioè mezzo secolo dopo l'emanazione della nostra Carta costituzionale[48]. La fissazione di una regola costituzionale sul giusto processo nasce anzitutto dalla consapevolezza, ormai acquisita nelle democrazie mature, che le regole della maggioranza non sono di per sé sufficienti a garantire tutti i diritti e che, persino la democrazia, se si svuota di principi e s' implementa, potenziandosi soltanto nei suoi processi burocratici e nelle sue dinamiche elettoralistiche, può rischiare di diventare un sistema meramente totalitario, come tanta letteratura interprete del pensiero rousseauiano ha per lungo tempo sottolineato[49]. *Mutatis mutandis*, tutto il neocontrattualismo nordamericano degli anni '70-'90 del secolo scorso si è trovato a fronteggiare queste problematiche, sorte dalla costruzione della legge borghese, quando ci è resi conto, specie nelle realtà politiche poliarchiche[50] globalizzate, di come i flussi dei popoli e l'eterogeneità delle culture non potessero essere regolati con la mera applicazione delle leggi della maggioranza.

La letteratura ottocentesca spiega bene, di certo con maggiore libertà rispetto alle trattazioni istituzionali e disciplinari dei giuristi del tempo, come la coscienza collettiva avesse chiara la questione, approfondita più tardi, nel dibattito neocontrattualista, da James Buchanan, John Rawls e Ronald Dworkin, per citarne solo alcuni, della limitatezza - rispetto alla giustizia sociale minima necessaria per l'equilibrio tra le parti sociali - di una legge, voluta dalla maggioranza elitaria borghese, ma da doversi applicare indifferentemente a tutti. La narrazione letteraria ottocentesca già evidenziava i limiti del paradosso rousseauiano per cui, se pure le minoranze avessero avuto ragione, avrebbero dovuto comunque conformarsi al potere della maggioranza, estrinsecato nel volere della legge sovrana. I nascenti nuovi ordinamenti giuridici si mostravano, da subito, come sistemi paradossali,

45 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione,* cit., p. 337.

46 Cfr. D. Carusi, *Sua Maestà legge?,* cit. pp. 85-107.

47 *Ibidem.*

48 Cfr. *Legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999*, che ha novellato l'art. 111 della Carta, introducendo cinque ulteriori commi.

49 Per una bibliografia, necessariamente dimensionata, ma ragionata e direzionata, considerata l'ampia letteratura sul tema, che s'interseca con l'ancora più ampia bibliografia sul concetto di democrazia, cfr. J. L. Talmon, *The origin of Totalitarian Democracy* (1952), trad. it. Bologna, 1967; P. Riley, *The general will before Rousseau*, 1986, trad.it. Milano, 1995; R.A. Dahl, *Poliarchy: participation and Opposition in the political systems* (1971), trad.it. Milano, 1997; E. Sciacca, Interpretazione della democrazia, Milano, 1988; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995; G. Sartori, L*a democrazia in trenta lezioni*, Milano, 2009 e, da ultimo, cfr., anche, Y. Mounk, *The People vs. Democracy. Why our Freedom is in Danger and How to Save It?* trad. it. Milano, 2018 e J. Brennan, *Against democracy,* trad. it. Roma, 2018.

50 Cfr. R.A. Dahl, *Poliarchy,* cit.

specie ove si volesse considerare adeguatamente l'esigenza di giustizia sempre presente nel concetto di diritto e quindi anche in quello di legge, *jussum* derivato dalla radice di *jus*. Quest'ultimo, anche nella prospettiva equitativa dell'etica nicomachea aristotelica, non può porsi soltanto quale correttivo della legge *ex post,* come bene spiega Aristotele nella *Politica* e nella *Retorica,* ma, la narrazione letteraria va a sollecitarlo al positivismo giuridico ottocentesco, per farlo considerare un contenuto della legge: *aequitas legislatoris* e non solo *aequitas judiciis.*

Il giusto processo altro non può essere che la possibilità di controllo, confronto e bilanciamento, tra i diritti di una maggioranza - consacrati in una legge dello Stato -, da tutelarsi da parte del potere esecutivo e giudiziario, e i diritti delle minoranze, intesi come principi fondamentali giuridici, riguardanti regole di comune convivenza laica tra gli uomini e non soltanto regole morali, etiche o religiose, da tutelarsi a prescindere dalle leggi stesse. Di questo *genus* di principi fa parte certamente la *species*, molto declamata, ma poco conosciuta, dei diritti umani[51]. All'interno di questi ultimi, vanno collocati anche quelli, che l'*interpretazionismo* nordamericano definisce come diritti non consacrati in legge dalle maggioranze: diritti da prendere sul serio[52], seppure non scritti nelle leggi. Sono i diritti individuali, le politiche di finalità collettiva, i diritti da tutelarsi universalmente, propri dell'uomo in quanto tale. Il giusto processo può svilupparsi soltanto dall'opportuna considerazione del rapporto tra i diritti della maggioranza (le leggi) e ogni diritto da prendere sul serio, sia esso formalizzato in norme ordinamentali o no[53]. E va concettualizzato, dal punto di vista teoretico, come sintesi argomentativa della polemica tra le teorie dell'argomentazione post gnoseologiste e le teorie scettiche[54] dell'interpretazione giuridica, cioè quelle che riconoscono la possibilità del soggetto interpretante di produrre nuovo diritto, originata soprattutto dalla considerazione della differenza tra l'autorità della regola da cui partire per argomentare e l'impronta della storia politica di una comunità scientifica. Il principio fondamentale del diritto per eccellenza, nel senso che è il principio da porre più a monte di tutti gli altri, tende a diventare, perciò, la: *Riserva statale di tutela giurisdizionale dei diritti,* cioè l'individuazione dell'organo cui spetta il compito di valutare la razionalità e generalità di un principio di diritto; lo stabilire chi valuta e relaziona, nella razionalità ordinamentale, i diritti della maggioranza, e cioè le leggi dello Stato, con i diritti non espressamente riconosciuti nelle leggi, ma derivati da principi giuridici di valenza generalmente riconosciuta dalla comunità scientifico-giuridica internazionale. Sussiste sempre più la consapevolezza che alcuni principi precedano decisamente le norme, le quali possono consacrarli autoritativamente, ma non divenire la causa della loro sussistenza. Pare davvero difficile ritenere, per esempio, che il principio di uguaglianza possa farsi risalire nella sua valenza performativa e vincolante all'emanazione della nostra Carta costituzionale del 1948. L'art. 3 della nostra Costituzione è norma regolativa e non costitutiva[55] del principio, come sa ogni membro della comunità giuridica, ma anche come sente ogni membro della nostra complessiva collettività italiana.

Gli studi della *jurisprudence* harvardiana, nella sua, almeno tentata, mediazione tra democrazia e utilitarismo, mettono in evidenza il riconoscimento del fatto che un giudice possa avere un problema non solo perché sia difficile applicare una norma, un principio o una regola, ma anche sul come interpre-

51 Sulla teoria dei diritti umani in alternativa all'amplissima bibliografia che dovrebbe essere qui riportata, nella quale certamente risulterebbero importanti omissioni, si preferisce proporre un'opera introduttiva, utile ai fini del percorso indicato nel testo, soprattutto per l'opportuna distinzione che l'Autore fa tra: diritti umani formalizzati, da formalizzare e non formalizzati. Cfr. G. Peces Barba, *Los derechos fundamentales* (1976), trad. it. Milano, 1993. Per la prospettiva argomentazionista, cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986), trad.it. Bologna, 2012.

52 Sul neocontrattualismo americano, specie sul rapporto tra la filosofia di Rawls e Buchanan, cfr., anche, A. Scerbo, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo,* Torino, 2010.

53 Da ultimo, si segnala, sul processo di costruzione sociologica di norme legali nuove a partire proprio dai diritti umani, nel senso proposto nel testo, M.A. Quiroz Vitale, *Diritti umani e cultura giuridica,* Milano, 2018.

54 Per un'esaustiva distinzione semantica tra teorie gnoseologiste e teorie scettiche dell'interpretazione, cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi,* Milano, 2004.

55 Cfr. A. G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo, Studi (1965-2001),* voll. 1-3, Torino, 2002. Va ascritto ad Amedeo G. Conte il merito di avere, sul piano logico-formale, spiegato in maniera esaustiva il rapporto interno al concetto di regola, tra regola che pone il principio e regola che invece lo sussume per prospettarlo giuridicamente. La teoria contiana, nata per giustificare la direzione di senso della norma giuridica, nel territorio del linguaggio giuridico-analitico, può, *cum grano salis*, essere mutuata *a contrario* per spiegare e definire la possibilità che il bilanciamento di norme e principi non passi soltanto per la considerazione di rapporti tra regole costitutive o connotative, ma tenga anche conto di regole regolative o denotative, nel prioritario interesse giuridico-politico alla giustizia sociale e al rispetto della democrazia come principio e non solo come metodo.

tare la norma, il principio o la regola stessa. Rileva la scelta direzionale dell'interpretazionismo, volto a decidere il caso concreto, piuttosto che delle teorie[56] costrette a muovere pur sempre ed esclusivamente da una regola di tipo costitutivo-autoritativo per potere applicare e/o tutelare, *in concreto*, un principio. Il punto, esemplificando, non è soltanto se la regola sia prevista *in abstracto*, ma se il principio possa essere riconosciuto come principio da applicarsi *in concreto,* a prescindere dalla sua previsione normativa, perché il problema da risolvere rimane sempre quello di fare valere un diritto nel processo anche se questo diritto non è previsto dalla legge, cioè dalla regola della maggioranza, non potendosi più considerare la legge la sola garanzia del processo e dovendo il processo divenire la garanzia della tutela dei diritti, anche a prescindere dalla legge.

La letteratura sulle condizioni di lavoro - da Charles Dickens a mile Zola[57] - già metteva in evidenza, occupandosi delle problematiche nascenti dall'industrializzazione del lavoro, questioni che i giuristi ancorati alla forma della legge riuscivano solo marginalmente ad elevare al loro giusto valore sociopolitico, tanto che ancora oggi riemergono nel mondo del diritto, dopo che la narrazione letteraria è rimasta a rammentarle ai giuristi per più di due secoli. Che poi ci sia voluta la *crime fiction* americana, la settima arte, quella cinematografica, per fare cogliere, anche dal punto di vista giuridico-sociologico, oltre che sociologico-giuridico, queste evidenze, rapportando studi di antropologia e studi di narrazione letteraria, secondo il percorso seguito, da Jerome Bruner[58] a Jean Clandinin e Michael Connelly[59], è argomento che non fa venire meno l'interesse presente nelle proposte suggestive del libro da cui prende le mosse questo lavoro, ma anzi, ne rafforza teoreticamente la direzione di senso.

4. Con un indispensabile *last but non least,* le conclusioni vanno incentrate sul primo capitolo[60] del libro di Carusi, che, definendo lo spazio in cui il volume vuole inserirsi nell'ampio magma riguardante la formazione del giurista, pone un testo fondamentale a base di tutto il percorso a tracciarsi. Si fa riferimento al *Quijote*, un'opera letteraria di grande interesse perché permette il confronto tra la realtà storica successiva al periodo della *Controriforma* e il diritto comune diffuso nel continente europeo ai tempi degli ultimi residui delle guerre di religione in Spagna, dopo che con Carlo V e Filippo II era stato costruito uno degli imperi più estesi della storia umana. L'opera si pone come peculiarmente rilevante, però, per l'impronta di platonismo di cui la impregna il De Cervantes, quel platonismo capace di animare la forma di sostanza, di evidenziare l'*endon eidos,* di mostrare cioè come la lettera della legge non sia in grado di spiegare fino in fondo tutto il senso e l'efficacia della legge stessa. La legge, nel suo spirito: spirito di diritto, spirito di giustizia, spirito di equità, pervade le coscienze degli uomini in maniera forse più profonda e radicata di quanto non riesca a intendere lo stesso legislatore. Quest'essenza caratterizzante si può cogliere nei suoi significati più puri, proprio tenendo conto delle narrazioni letterarie, che sono, sempre, seppure poi raccolte in una costruzione unitaria - individuale: *Omero?* O collettiva: *Chanson de geste?* -, attenzione e stigmatizzazione di vicende umane più o meno accadute. Lo spirito del diritto è una vicenda umana; sua Maestà può leggerla o non leggerla, comprenderla più o meno profondamente, ma, difficilmente, nell'emanare la legge, la può del tutto trascurare.

Francesco Petrillo insegna Filosofia del diritto e Teoria e Metodo dell'interpretazione giuridica *presso il Dipartimento giuridico dell'Università del Molise. Tra le sue monografie sul tema trattato nel testo: Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica, Giappichelli, Torino, 2011; La decisione giuridica, Giappichelli, Torino, 2005.*

Francesco.petrillo@unimol.it

56 Cfr. E. Omaggio, *Saggi sullo stato costituzionale,* Torino, 2015.

57 Cfr. D. Carusi, *Sua Maestà legge?,* cit. pp. 107 ss.

58 Cfr., nell'ampia produzione, J. Bruner, *Studies in Cognitive Growth*, 1966, trad. it. Roma, 1968.

59 Cfr. D.J. Clandinin e F.M. Connely, *Narrative Inquiry: Experience and Story in qualitative Research,* University of Illinois, 2002.

60 Cfr. D. Carusi, *Sua Maestà legge?,* cit. pp. 1-19.