



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

‘IL DIRITTO COME ESPERIENZA COMUNICATIVA’.

A partire dalla lettura di Giuseppe Terranova, *Elogio dell'approssimazione*

*

di Luisa Avitabile**

SOMMARIO: 1. L'approssimazione come cifra del diritto - 2. Significato e senso dell'approssimazione - 3. Approssimazione, libertà e 'ricerca del giusto' - 4. Approssimazione ed ermeneutica - 5. Diritto, linguaggio, approssimazione - 6. Formalismo giuridico e linguaggio - 7. Conclusioni

1. L'approssimazione come cifra del diritto

Il lavoro di Giuseppe Terranova, dal significativo titolo *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, rinvia, da una parte, alla declinazione del concetto di elogio presente nella nota opera di Erasmo da Rotterdam e dall'altra, nel sottotitolo, ad una sorta di fondazione 'coalescente' di *nomos* e *logos*. In questo modo, si chiarifica l'attività di istituzione normativa del diritto, a partire da quella che si potrebbe definire una «fenditura», in cui il diritto, dicotomizzandosi, rischia di disperdere il suo reale senso in una pluralità di orientamenti che attraversano la storia del pensiero giuridico.

Nella complessità del fenomeno, alcune di queste dialettiche si possono senz'altro riassumere nelle impostazioni date dall'antiformalismo, dalla giurisprudenza degli interessi, dall'istituzionalismo, dal sociologismo giuridico, dal realismo americano e scandinavo, dalla giurisprudenza dei valori, dal neo-costituzionalismo, nonché dal positivismo legalistico, dal formalismo kelseniano e dal neopositivismo

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

Queste riflessioni muovono dallo studio di G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pisa, 2015.

** Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli studi di Roma 'La Sapienza'.

anglosassone¹. Proprio perché così determinanti per l'*universum* giuridico, questi versanti possono essere discussi attraverso la cifra dell'*approssimazione* che attualmente si può contrapporre a quella dell'algoritmo, rappresentativo di una società dromocratica come quella della globalizzazione².

Dromocrazia, datacrazia e algoritmo segnalano infatti il rischio di un progressivo, intenzionale, seppure irrealizzabile, nella visione di Terranova, svuotamento dell'attività legislativa e di quella giudiziale. Infatti, nel giudizio giuridico, considerato da sempre come *ars boni et aequi*, emerge oggi l'orientamento a trasformare l'*ars* in algoritmo, in quella esattezza numerica che Terranova tenta di mettere in discussione attraverso la questione dell'*approssimazione*.

Nell'orizzonte speculativo intessuto e aperto dall'interpretazione di Terranova, il concetto di approssimazione riconduce innanzitutto ad una «*mancaza d'esattezza e precisione*», si potrebbe dire *prima facie* ad una 'sciatteria' che se, per un versante, segnala «una caratteristica negativa, un disvalore di certe attività teoriche o pratiche»; dall'altro, rappresenta la peculiarità dell'umano di non poter mai definire se stesso con esattezza, nella coincidenza di una datità che, nel giuridico, è l'affermazione esclusiva della legalità e che rischia attualmente di essere sostituita dalle decisioni e dalle determinazioni algoritmiche³.

La riflessione di Terranova sull'approssimazione fa emergere lo statuto antropologico del diritto: l'essere umano non può identificarsi con una verità assoluta, ma è esposto ad un 'sapere parziale'⁴. Lo *status* di parzialità investe significativamente la dimensione del 'giuridico' che prende forma nella concretezza della legalità, in istituzioni che non coincidono mai totalmente con il piano etico. È proprio questo l'aspetto originale della proposta discussa da Terranova: l'*homo juridicus* è un soggetto che si *approssima* nella ricerca, dove la struttura del reale concretizza un allontanamento progressivo e consapevole, e per certi versi critico, che si dissemina in una presa di distanza differente dalla mera esecutività delle macchine, dell'intelligenza artificiale, dei viventi non umani⁵.

Il concetto di approssimazione, «accanto al ... significato negativo, che è il più ricorrente nel linguaggio comune, ... registra ... un altro volto in positivo» che

¹ G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, cit., pp. IX-X.

² P. DOMINGOS, *Algoritmo definitivo*, Milano, 2016, pp. 307-309.

³ Attualmente la legalità rischia di essere sostituita dalle decisioni e dalle determinazioni algoritmiche, vd. M. BARLOW, *The culture of big data*, Sebastopol, 2013; V. MAYER-SCHOENBERGER K. N. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013; B.-C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma, 2015, p. 34.

⁴ Socrate rappresenta la testimonianza più concreta del sapere parziale, individuato e discusso soprattutto nell'*Apologia* di Platone.

⁵ V. JANKÉLÉVITCH, *Il non-so-che e il quasi niente*, Milano, 2011, p. 45; ID., *Il puro e l'impuro*, Milano, 2014, p. 48.

individua nell'approssimarsi un'attività, «un moto verso un obiettivo e ... un avanzamento in direzione d'una meta: la quale, sebbene resti sullo sfondo, remota e irraggiungibile, va acquistando – con l'incedere della ricerca – dei contorni sempre più netti e distinti».

Proprio in questa dinamica emerge l'opera ermeneutica del giurista come attività dell'*homo juridicus*⁶ e non come quella tecnicistica dell'esperto⁷.

In questa direzione, l'ermeneuta non si accontenta del significato positivo assunto dalle scienze esatte (algoritmo), ma ne individua un altro che definisce «statico» – o forse meglio sarebbe dire *assoluto, di base* – dell'*essere prossimi*⁸, che si sedimenta in una relazione di vicinanza '*esistenziale*', incondizionata ma condizionante. Guadagna rilevanza il testo – come discorso dell'essere prossimi – che fa sorgere una serie di correlazioni all'interno di un *contesto*, dove le comunicazioni acquistano un senso esistenziale e la scelta diventa una possibilità che si concretizza in modo imperfetto.

Nel qualificare il linguaggio del giurista, non certo determinato da una sua semplificazione convenzionale o da una logica banale, Terranova specifica che «il diritto oggettivo ... è un discorso (un *logos*) talmente ampio e complesso da porre all'interprete difficoltà, che non s'incontrano nelle conversazioni quotidiane»⁹. Difatti, proprio la specifica complessità fa crescere l'indeterminatezza in modo così cospicuo da assumere, nel giuridico, «forme che non trovano riscontro in altri contesti comunicativi». Da qui, l'originalità del diritto rispetto ad altre dimensioni del coesistere umano che ne impedisce la riduzione ad una regionalizzazione del linguaggio, intessuto di conoscenze tecno-specialistiche, teso ad un'acriticità nei confronti dell'«uso di un linguaggio tecnico» che non può «risolvere, da solo, i problemi giuridici»¹⁰.

L'esperienza del diritto manifesta che l'architettura dello Stato si fonda su una terzietà che non trova affinità in altri fenomeni. Si tratta di una realtà, quella giuridica, dove il 'reale' non è l'«insieme di *tutti* gli accadimenti che si verificano nel mondo», ma «una rappresentazione semplificata dei fatti», «una ricostruzione tipologica che non si perde nei mille rivoli dei particolari, ma consente d'abbracciare un orizzonte abbastanza vasto della nostra esperienza»¹¹.

⁶ H. G. GADAMER, *Ermeneutica. Uno sguardo retrospettivo*, Milano, 2006, p. 711.

⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 29.

⁸ Cfr. M. BUBER, *Sul dialogo*, Roma, 2013; A. SUPIOT, *Homo juridicus, Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, *passim*.

⁹ K. JASPERS, *Il linguaggio*, Milano, 2000, p. 196.

¹⁰ G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione*, cit., pp. 117-118.

¹¹ *Ivi*, p. 33.

In questa dimensione, l'essere umano è posto nella possibilità di realizzare l'intenzione e, agendo, si espone alla libertà, sino «a far scoppiare le contraddizioni che ... inducono a trovare necessari compromessi»¹².

Trascendendo il dato delle scienze esatte, nella direzione della testualità giuridica, la ricerca diventa l'autentico (umano) veicolo dell'ermeneutica – come *ars boni et aequi* – che investe il contesto, vale a dire la realtà sociale in cui il diritto viene istituito come legalità, e dove, nella prassi – intesa come attualizzazione delle fattispecie astratte – si dialettizza con la cifra dell'approssimazione che, nella trattazione di Terranova, acquista uno statuto esistenziale, incondizionato.

Quando costituisce il *proprium* di un comportamento linguistico che si va facendo discorso¹³, inteso in senso dialogico come 'debito e credito di senso', il linguaggio, con il suo portato ermeneutico, trasforma il diritto da apparato di norme tecniche in esperienza comunicativa che attinge anche ad un piano assiologico.

Oltre alla letteratura, vasta e nota, citata da Terranova, si rinvia, nello specifico, ad una letteratura su diritto e discorso dove la terzietà è significativamente *logos*, nell'aggettivazione di *approssimazione*, e *nomos* nell'accezione ermeneutica, presente in modo incisivo nell'opera del legislatore e del giudice. In particolare, emergono questioni che impegnano il legislatore in un testo, quello dell'azione comunicativa, e contestualmente in un con-testo¹⁴, lo 'scenario' della realtà sociale. In questa direzione, l'attività legislativa ha a che fare con l'esperienza comunicativa che proviene, sotto forma di aspettative, da un *logos* – quello sociale – trasformato in fattispecie generali ad astratte, vale a dire in aspettative normative (*nomos*).

Ne deriva l'assunto che non tutte le aspettative possono essere trasformate in normative, da qui un primo livello di *approssimazione* e di selezione dei contenuti qualitativi delle aspettative normative.

2. Significato e senso dell'approssimazione

La *realtà* 'costringe' sempre l'uomo ad una scelta come esercizio della libertà, in quanto posizione alternativa, direzionata – dice Terranova – a trovare quei compromessi che, tradotti in termini esistenziali, comportano una condivisione della *res publica*¹⁵. Questa presenta *le caratteristiche della comunità*, non strutturata sulla base di una continua, vuota, strategia comunicativa che ridurrebbe l'approssimazione ad un'oggettiva debolezza, dove l'uno esclude l'altro, in un agire

¹² *Ivi*, p.12.

¹³ B. ROMANO, *Il diritto strutturato come il discorso*, Roma, 1992, *passim*.

¹⁴ Cfr. P. LEGENDRE, *Della società come testo*, Torino, 2005.

¹⁵ B. ROMANO, *Dalla metropoli verso internet*, Torino, 2017, p. 82 e ss.

logologico, teso alla trasformazione della legalità in violenza, priva di quel potere armonicamente coordinato con la libertà e la legge¹⁶.

Seguendo la significativa architettura delle pagine di Terranova, emerge la coscienza dell'approssimazione come consapevolezza della reale portata del 'principio di uguaglianza nella differenza', linea direttrice della distinzione tra norma e diritto, sia nelle cognizioni di principio che nelle espressioni formali della legalità istituita.

Prossimità non significa acriticità, né relativismo, ma, in una prospettiva fenomenologica, 'prossimo' significa 'vicino', quindi contrapposto a 'lontano', 'remoto'¹⁷; la stessa categoria di 'vicinanza' presenta, inoltre, una problematizzazione non irrilevante¹⁸, poiché o è una relazione che anela al riconoscimento tra un io e un tu¹⁹ confluenti in una *communitas*, oppure diventa semplice constatazione di un'oggettività che si presenta come alterità omogenea e livellata, un 'indifferente nessuno'.

La questione può essere approfondita attraverso il concetto di imputabilità del soggetto, tessuto di volontà e di intenzionalità, che esprime quel rapporto «tra la capacità di un soggetto e la possibilità ... d'imputargli certe responsabilità». Il soggetto si trova così in una 'situazione', come condizione dell'umano, dove per relazionarsi diventano testimonianza piena anche il comandamento evangelico «ama il prossimo tuo come te stesso» e la parabola del *buon samaritano*, narrazione di un rapporto paradigmatico di prossimità segnato dalla legge dell'amore. Marcata dall'altruismo, «la relazione di prossimità ... è spinta al suo limite estremo e, proprio per questo, sembra acquistare un che d'incommensurabile e d'assoluto»²⁰. Questa riflessione spinge il pensiero di Terranova verso il diritto quale *dia-logos*, 'relazione comunicativa' o 'esperienza' che specifica la cifra dell'approssimazione come altamente indefinibile, senza prezzo e per questo inestimabile sotto il profilo quantitativo: approssimarsi all'altro significa riconoscerlo nella sua qualità esistenziale, senza la pretesa di dominarlo, ma nella mediazione del *logos* che diventa *nomos*. Terranova avverte l'esigenza di sottolineare tre distinte dimensioni: «l'*approssimatività* come mancanza d'esattezza e precisione; l'*approssimarsi* come un progressivo accostamento alla verità o a un ideale etico; l'*esser prossimi* come un rapporto di vicinanza che consente di scorgere il contesto ove certi fatti o certi

¹⁶ Cfr. G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, Torino, 2019, *passim*.

¹⁷ G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, cit., pp.12 e 13. Sulla fenomenologia vd. gli insegnamenti di E. Husserl, A. Reinach, E. Stein, H.-G. Gadamer. In particolare, cfr. H. G. GADAMER, *Il movimento fenomenologico*, Roma-Bari, 2008.

¹⁸ *Ivi*, p.13.

¹⁹ Sul punto B. ROMANO, *Principi generali del diritto*, Torino, 2015, p. 145 e ss.

²⁰ G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, cit., p.13.

valori acquistano uno specifico significato». Questi momenti sono tra loro collegati da un nesso profondo che rinvia ad una sorta di ‘nodo Borromeo’ (dove l’eliminazione di un anello fa cadere anche gli altri due)²¹.

In questo modo, pone in evidenza come «può essere utile osservare che le tre accezioni sono legate tra loro da nessi profondi, da relazione dialettiche che creano una scala gerarchica sotto il profilo di una sempre maggiore complessità di struttura e di pregnanza semantica»²².

La relazione profonda tra i tre diversi significati del concetto di *approssimazione* emerge con una maggiore chiarificazione se si pensa ad essi non secondo un posizionamento strettamente gerarchico, ma nella loro compresenza, così la prossimità diventa il ‘presupposto’ per le scelte a statuto giuridico che necessitano di un avvicinamento alla realtà e ai soggetti che la determinano, con la finalità di istituire norme con un contenuto qualitativo volto al riconoscimento dell’altro in quanto tale e non alla sua discriminazione. Queste relazioni, che Terranova chiama «processo d’avvicinamento» all’altro, rappresentano sempre un rischio, «un margine d’errore, un residuo torbido che non ci consente di vedere con la desiderata chiarezza l’intima essenza dei fatti»²³, per poterli domare, e che ‘costringe’ quindi all’*approssimazione* ermeneutica.

3. Approssimazione, libertà e ‘ricerca del giusto’

Nella narrazione di Terranova, Erasmo e gli elogi diventano la motivazione filosofico-giuridica per discutere delle questioni del diritto senza assumere una posizione dogmatica, una logistica di intervento o una strategia di consenso²⁴, che vengono invece problematizzati proprio dall’ipotesi simbolica dell’*approssimazione* opposta alla presunta *esattezza*.

Perché elogiare l’*approssimazione* nel diritto come indeterminatezza della legalità orientata dalla ‘ricerca del giusto’? Si potrebbe rispondere: in virtù della sua capacità di ricordare all’essere umano la finitudine, la mancanza di onnipotenza, che per il giurista e lo studioso in generale significa approssimazione nei/dei saperi, insoddisfazione rispetto alle aspettative, alle ambizioni e ai progetti. Di fatto, l’*approssimazione* riporta costantemente il giurista verso il suo avanzare e retrocedere, verso l’impraticabilità del dominio e della libertà assoluti, al

²¹ J. LACAN, *Scritti*, Torino, 1974, p. 795 e ss.; B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998, cap. V.

²² *Ivi*, p.13.

²³ *Ivi*, p.14: «Soprattutto nel campo del diritto viene spontaneo chiedersi dove sia la verità, a cosa dovrebbe tendere l’indagine, a quale ideale dovrebbe avvicinarsi l’interpretazione di una norma o di un fatto».

²⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Teoria dell’agire comunicativo*, vol. 2, Bologna, 2017.

condizionamento del potere contingente, attualizzato legalmente anche come *modus excludendi* dell'alterità perché non omologata.

È proprio questo il dilemma del giurista che, inerpicandosi lungo l'impervio cammino dell'interpretazione, per evitare di attraversare la realtà giuridica e quella sociale con una visione dicotomica penalizzante l'umano, nel tentativo di non asservirsi ad un potere totalitario, di non rispondere ad imperativi funzionali e di volta in volta contingenti, *approssima* una risposta nelle fatiche dell'ermeneutica; cerca, anche nelle pieghe della legalità, la giustizia, senza riuscire ad ottenere soddisfazione piena. In questo orizzonte, approssimazione significa sì dare un 'fondamento cognitivo alle scelte del giurista', ma anche ricordare «il valore di certi patrimoni di conoscenze che costituiscono un ausilio indispensabile nel processo d'applicazione delle norme», sottolineandone «l'importanza della concretezza come dote fondamentale di chi è chiamato a ricostruire il sistema»; emerge, peraltro, la critica di «un modello scienziata totalizzante» che rinvia ad una «consapevolezza del carattere approssimativo delle ... conoscenze» e della conseguente capacità di adattamento al piano etico, «scotto da pagare per ogni progresso scientifico e morale», «elemento che consente di passare dalle *evidenze* della vita quotidiana alla *conoscenza scientifica* dell'universo e poi all'analisi del delicato mondo dei *valori*»²⁵.

In sintesi, l'intera ricerca sul concetto di approssimazione comporta l'individuazione di alcuni profili che Terranova ritiene utili e prioritari ai fini del suo percorso e che sono imprescindibili dal diritto: «l'ineliminabile imprecisione delle idee, nonché del linguaggio utilizzato per comunicarle; la conseguente esigenza di un continuo approfondimento per conoscere un po' meglio la realtà che ci circonda; la consapevolezza che, se non si sta vicini alle cose (o, forse meglio, alla 'giusta distanza' dalle medesime), non si è in grado di descriverle e valutarle»²⁶.

Approssimazione non significa dunque che l'interprete – il giurista – agisce secondo il libero arbitrio, vale a dire assume decisioni discrezionali esercitando una libertà illimitata. Piuttosto, indica l'avvicinarsi alla testualità – testo e contesto – , dice Terranova, «con circospezione», «procedere per prova ed errore», «andare in cerca di criteri che consentano di ridurre – fin dove è possibile – l'arbitrio applicativo, in modo d'approssimarsi sempre più alla soluzione esatta, pur sapendo di non poter mai attingere la verità assoluta, di non poter mai realizzare a pieno certi ideali di giustizia», nel solco di un impegno costante, alla ricerca del giusto nel legale: opera imperfetta, *approssimativa*. Per agire nella 'giusta direzione', il giurista «dispone ... di una serie di strumenti, dotati di diversa incidenza pratica, ma volti a perseguire due

²⁵ G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, cit., pp. 32-33.

²⁶ *Ivi*, pp. 67.

fondamentali obbiettivi: *a)* conoscere sempre meglio il sistema normativo nel suo complesso, in modo da cogliere gli elementi di razionalità, sia pur debole, di cui è dotato; *b)* ricomporre in maniera sempre più fedele e dettagliata lo scenario (quella parvenza del mondo reale) nel quale le norme devono essere applicate»²⁷. Quest'ultima constatazione fa emergere l'importanza di quello che Terranova individua con il concetto di 'scenario'.

Va da sé che l'approssimazione rischia di passare dall'essere elogiata all'essere temuta da chi aspira ad affermare il formalismo di una legalità pura priva di problematizzazioni e critiche. Approssimarsi diventa la condizione essenziale dell'umano che la esercita attraverso il linguaggio, anch'esso incerto, polisemico, in altri termini interpersonale, intersoggettivo. Se, da una parte Terranova, per discutere dell'approssimazione, necessita di un terreno stabile, costituito da un piano assiologico dove emergono anche la virtù della prudenza, il criterio della gradualità, la capacità della concretezza, il merito di proporre le soluzioni, in sintesi quelle «espressioni di virtù secondarie», essenziali alla prassi; dall'altro, e in modo complementare, li ritiene «contrappesi indispensabili per la stabilità del sistema», con un rinvio a principi universali quali la libertà, l'uguaglianza, la dignità, che però si misurano con la realtà concreta e la generalità, – il *con-testo* – dove vengono discusse ipotesi e scelte ermeneutiche²⁸.

4. Approssimazione ed ermeneutica

Nel problematizzare in modo rigoroso ed analitico la cifra originale dell'approssimazione, Terranova si oppone all'esattezza e a un certo tecnicismo nel diritto. Il suo desiderio di «riproporre con riferimento al diritto ... alcuni dei più classici temi erasmiani»²⁹, lo porta a considerare che «i problemi giuridici non possono essere risolti sulla base di un semplice sillogismo per mezzo del quale da alcune premesse (quella maggiore costituita dalla norma; quella minore costituita dalla fattispecie concreta) si traggono a fil di logica conseguenze certe ed irrefutabili» e neanche solo con l'obiettivo di mantenere dogmaticamente il «quadro istituzionale», a meno che non venga «garantito da un'attività ermeneutica», in grado di essere marcata dal concetto di approssimazione in direzione dei principi universali³⁰.

²⁷ *Ivi*, p. 165.

²⁸ *Ivi*, p. 73.

²⁹ *Ivi*, pp.3-4.

³⁰ *Ivi*, pp. 4-5.

Ne deriva uno ‘scenario’ più ampio in cui il giurista è portato a muoversi, non con un semplice fare mimetico o imitativo della prassi da laboratorio degli scienziati, ma con un rigore formale e sostanziale nella consapevolezza che il diritto presenta una complessità intrinseca: da un lato, le regole, gli enunciati normativi «capaci di dettare disposizioni chiare e precise da *applicare* alle singole fattispecie concrete»; dall’altro, la rilevanza dei principi e delle clausole generali³¹. L’interprete/giurista nella sua continua *approssimativa* ricerca si trova nel mezzo, con un rinvio a principi che comportano un’apertura antropologica del diritto positivo non definita con esattezza, ma tesa a dire qualcosa in un continuo rinvio, alla ricerca del diritto giusto.

Il tentativo di «spiegare ... come mai un’immagine più dettagliata e nitida della realtà ... possa contribuire a compiere scelte più consapevoli sul piano dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto» non raggiunge mai lo statuto dell’esattezza logico-formale, ma solo quello di una chiarificazione, una *Erbellung* dove l’approssimazione viene illuminata non «come un sinonimo di sciatteria, di superficialità di mancanza di rigore logico»³², ma come continua *Untersuchung*.

Centrali, per poter discutere di approssimazione, diventano le potenzialità ermeneutiche del linguaggio, come *logos* che sollecita l’istituzione del *nomos*. L’intensità, la complessità e la polisemia del linguaggio – soprattutto giuridico – portano Terranova a considerarlo un *milieu* «molto più ricco di quanto non siamo abituati a credere: anche l’uso di una parola al posto di un’altra può aiutarci a costruire gli scenari di cui abbiamo bisogno»³³.

In questo orizzonte insufficiente e dunque approssimativo del linguaggio, si collocano la responsabilità, il ruolo e l’impegno dell’interprete, del giurista che, nella ristrettezza del ‘dire’, si trova a seguire alcuni orientamenti ermeneutici sulla scia di un differenziarsi dal significato meramente letterale delle norme, nel tentativo di fare attenzione al senso del testo della legge e ai contenuti del giudizio giuridico.

³¹ Con la riduzione dell’«indeterminatezza dell’ordinamento. Se è questo il nocciolo del problema non può sfuggire il nesso che lo lega all’approssimazione», *ivi*, pp. 7 e 9. Vd. G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 2002; B. ROMANO, *Principi generali del diritto*, cit., p. 49.

³² G. TERRANOVA, *Elogio dell’approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, cit., p.10: «Per l’approssimazione: (...) si può ammettere che la verità assoluta è imperscrutabile e che ogni descrizione di un fatto, o di uno stato di cose, contiene sempre un certo margine d’errore. Ma viene spontaneo obiettare che, quando si tratta d’applicare una norma, non si può dire che gli effetti di una certa fattispecie sono “approssimativamente” quelli individuati dall’interprete».

³³ *Ivi*, p. 86: «Al riguardo vorrei ricordare un episodio al quale ho ripensato più volte nel corso della mia vita. Un eminente studioso di diritto processuale civile e di teoria generale del diritto (Fazzalari) m’apostrofo, un giorno, per battere in breccia il mio troppo pronunciato (e certamente immaturo) teleologismo: “e si ricordi, Terranova, che un fucile non è un’arma che serve a uccidere e può essere portata a tracolla, ma è un oggetto composto da una o due canne d’acciaio, da un calcio in legno, da un grilletto, da un apparato di mira, e via dicendo”».

Ne deriva che l'interprete si trova sempre davanti ad alcune 'sfumature semantiche del testo', poiché seleziona elementi linguistici «sulla base d'una specifica precomprensione del problema, o sulla base d'esperienze pratiche e di usi linguistici che lo orientano in una direzione piuttosto che nell'altra»³⁴, portandolo davanti ad un bivio: «privilegiare sempre e comunque la *lettera della norma*, o prendere atto di un limite oltre il quale la fedeltà al testo deve essere sacrificata per non tradire gli obiettivi dell'ordinamento nel suo complesso?»³⁵. Ma il mantenimento dell'ordinamento pone l'interprete, il giurista, sotto una sorta di campana di vetro, priva di un rinvio critico ai principi universali? Può interpretare anche in direzione di un principio discriminatorio, senza manifestare la libertà di criticarlo?

Il problema rimane aperto perché «per sfuggire alla morsa di un dilemma così imbarazzante (avallare un'ermeneusi illimitata, o ritornare a un'esegesi puramente letterale del testo normativo) si potrebbe pensare di rifugiarsi nelle più rassicuranti braccia dello "scetticismo moderato", che cerca di minimizzare il problema sostenendo che il linguaggio normativo presenterebbe, sì, delle zone di penombra, ma solo come contorno di più vasti campi semantici illuminati da luce meridiana»³⁶, il che sarebbe del tutto illusorio.

Nella prassi, generalmente, ad ogni atto legale e ad ogni procedimento giudiziario sono sottese fattispecie concrete, fatti salvi gli *hard cases* sui quali è incerto l'ambito di applicazione della norma. Subentra la ragionevolezza o il buon senso³⁷, ma «il buon senso – ricorda Terranova – tante volte sbaglia. Per correggerlo, per superare certe visioni troppo manichee non si ha altro rimedio che aprirsi alle esigenze degli altri. A tal fine occorre munirsi di molte dosi di tolleranza e, sul piano conoscitivo, di molte dosi di ragionevolezza»³⁸.

Le questioni concrete del giurista prevedono un'apertura antropologica attraverso il *logos* che incide sul «procedere allora necessariamente per prova ed errore» e che implica cautela, senza pretese da parte del giurista positivo di universalizzare le

³⁴ *Ivi*, p. 77: «Per rendersene conto basterebbe considerare che, in molti casi, al secondo o al terzo anno del corso di studio in giurisprudenza i docenti sono costretti a precisare (e dunque in parte a smentire) quanto hanno insegnato al primo anno: si affrettano a spiegare che la parola "possesso" in materia di titoli di credito ha probabilmente un significato diverso da quello definito – in generale – dall'art. 1140 c.c.».

³⁵ *Ivi*, p. 29.

³⁶ *Ivi*, p. 23.

³⁷ *Ivi*, p.23: «Le considerazioni che precedono spiegano come mai i giuristi positivi siano tentati di tagliar corto con gli studi di filosofia o di teoria generale del diritto, per tornare a una "sana" esegesi delle norme, senza impegnarsi in sforzi di ricostruzione e di razionalizzazione del sistema che in una società pluralistica e differenziata, come la nostra, sembrerebbero irrimediabilmente destinati – lo si è già detto – all'insuccesso». *Ivi*, p. 24: «un codice civile e un commentario dicono le *stesse cose* solo in un senso molto particolare, e cioè solo se s'accetta l'idea d'una tradizione ermeneutica e d'una prassi applicativa, che si sviluppano dalle norme per calarsi sui fatti (con il ben noto effetto rimbalzo, per cui i fatti vengono illuminati dalla tradizione ermeneutica ma, a loro volta, la illuminano)».

³⁸ *Ivi*, p. 355.

questioni ermeneutiche contingenti, ma invece auspicando al limite auspicando un'opera più umile di generalizzazione, il che significa individuare ambiti di applicazione più estesi, ma allo stesso tempo pur sempre definiti e delimitati.

4. Diritto, linguaggio, approssimazione

Queste ultime considerazioni pongono l'attenzione dello studioso davanti ad alcune posizioni dove la dialettica tra interpretazione oggettiva e soggettiva lascia spazio alla discrezionalità dell'interprete.

Ogni volta il giurista media in modo adeguato, ma non può farlo *a priori*: «deve stare a guardare, per così dire, dove si fermano le bocce, tenendo conto di una molteplicità di fattori, che *ex post* sembreranno evidenti, ma che nessuno è in grado di prevedere con la necessaria precisione».

Terranova non tralascia di riflettere sulle questioni sollevate dalle decisioni giurisdizionali, che condensano il significato più profondo del diritto. È necessario «attribuire la giusta rilevanza a una serie di elementi di valutazione, tutti giuridici, che si contrappongono l'uno all'altro». Menziona, a tal proposito, la peculiarità dei singoli ordinamenti, la significatività dei rinvii, la varietà dei principi, ognuno dei quali pone ulteriori interrogativi e problemi che non si possono risolvere solo attraverso il concetto di 'valore costituzionalmente protetto', perché «con le norme della Costituzione», non è detto che si possa risolvere tutto. Allora, «la vera difficoltà, ... non sta nel trovare un aggancio nel sistema del diritto 'positivo', ma nell'individuare dei parametri applicativi che consentano di ponderare valori apparentemente inconciliabili»³⁹, il che non può essere fatto arbitrariamente.

Terranova individua nel 'processo applicativo', una procedura in grado di «descrivere come si passa dalla *disposizione* (il contenitore che dà forma all'enunciato prescrittivo) alla *norma* (il significato che ogni singola parte dell'enunciato acquista dopo una lunga elaborazione interpretativa)»; l'interprete, utilizzando proprio questo 'processo', riesce anche a valorizzare il con-testo «attraverso la ricostruzione *in vitro* dell'ambiente nel quale si sviluppano i rapporti economici e sociali»⁴⁰.

Proprio specificando il concetto di 'processo applicativo', Terranova mette in luce «che i giuristi non si limitano a chiarire il contenuto semantico o il ruolo pragmatico dei testi normativi, ma s'interrogano soprattutto sulla loro collocazione del sistema, da intendere come *giustapposizione* tra l'universo dei precetti e l'universo dei fatti da regolare» e «i risultati in tal modo conseguiti sono il frutto di uno sforzo collettivo,

³⁹ *Ivi*, p. 162.

⁴⁰ *Ivi*, p. 237.

nel quale interagiscono tutti i soggetti coinvolti nell'applicazione della norma (i giudici, i funzionari, gli avvocati, i notai e via dicendo; ma anche i comuni cittadini, che possono rispondere in vario modo agli stimoli provenienti da certe prassi interpretative, sensibilizzando l'opinione pubblica su specifiche esigenze di tutela)», inoltre «che il predetto processo ha una dimensione diacronica, nella quale l'ordinamento può espandersi (come conseguenza dell'implementazione normativa prodotta dall'interprete) o contrarsi (come conseguenza di prassi semplificatrici o routinarie) sulla base di dinamiche molto complesse che qui non mette conto analizzare»⁴¹.

Il metodo eletto è dunque quello diacronico, l'unico in grado di spiegare come il procedere ermeneutico possa appianare lacune ed antinomie, ma – aggiunge Terranova – «il maggior pregio del concetto qui lumeggiato consiste, tuttavia, nel sottolineare il carattere dialogico dell'interpretazione: il giurista non può chiudersi nel proprio studio per risolvere dei *puzzle* sempre più complessi (anche se, ovviamente, gli tocca fare anche questo); ma deve cercare di entrare in sintonia con l'ambiente circostante». E «parlare di “processo” significa consentire a tutti i potenziali interessati di partecipare al dibattito per rendere delle testimonianze che arricchiscono la conoscenza dei fatti e inducono a guardare il problema da angoli visuali diversi»⁴².

La questione del *logos* continua nel suo cammino fenomenologico che non si limita all'esame di una tecnica grammaticale ma ad una comunicazione di senso, dove l'empatia conduce il legislatore a istituire il diritto in forme di *communitas* polifoniche⁴³.

5. Formalismo giuridico e linguaggio

In Terranova, la critica al formalismo conduce implicitamente ad una valorizzazione del concetto di approssimazione. Il formalismo ha una declinazione pura, rispetto alla forma del diritto, ed esteriorizzando una metodologia asettica concentra l'attenzione sulla purezza della legalità rispetto all'individuo che diventa un epifenomeno, trascurando così la rilevanza dell'azione. La purezza del dover essere, la *Grundnorm* a matrice kelseniana, comporta un tradimento della reale portata *approssimativa* del diritto, nella sua unità distinzione di diritto positivo e idea di giustizia. L'impostazione meramente formalistica, a differenza di quella formale, «non può essere accolta, perché il diritto si basa su meccanismi

⁴¹ *Ivi*, pp. 237-238.

⁴² *Ivi*, p. 238.

⁴³ *Ivi*, pp. 24 -25 e 27.

comunicativi, nei quali il contenuto precettivo del messaggio viene precisato attraverso il ricorso a elementi extra-testuali, ricavati da uno scenario, sia pur semplificato, che l'interprete dà per presupposto, o che è costretto a ricostruire ogni qual volta viene chiamato a applicare un precetto». Terranova usa il lessico di Dworkin ma è sotteso e chiaro, senza ombra di equivoci, il riferimento ai classici del pensiero (von Humboldt, Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer e Betti solo per citare alcuni dei riferimenti principali nello studio dell'ermeneutica, del linguaggio e del diritto)⁴⁴.

Inoltre, per il giurista, in particolare nella sua posizione di legislatore e giudice, il rilievo dato al contesto si giustifica con «l'indeterminatezza del linguaggio ordinario» che impone «d'individuare, nell'area semantica coperta da ogni singolo termine, i profili pertinenti a uno specifico evento comunicativo. Il problema può essere risolto solo in parte facendo ricorso a linguaggi formalizzati», ma l'eccessiva formalizzazione comporta una purezza del linguaggio, una sorta di pulizia del linguaggio che ne rende banale la forza comunicativa. La questione dei principi, nell'ambito dell'attività ermeneutica, comporta problemi che riguardano la certezza del diritto alla quale bisogna guardare, tenendo conto anche della idea di giustizia e della finalità.

Terranova, pur criticandola, non rinnega la *lectio* della scuola storica di Savigny, riferimento costante per alcuni orientamenti speculativi, dove si procede con l'astrazione *a priori* delle norme istituite dal legislatore, dirette a fattispecie concrete, sino ad arrivare a formulare regole generali, in grado di risolvere questioni giuridiche non riconducibili direttamente a testi normativi. La Scuola presenta però le caratteristiche di un metodo induttivo che appartiene alle scienze empiriche. Con Savigny si rinvia a istituti non concepiti come un insieme di norme ma come *viva res*, contingente ad un determinato popolo e alla sua posizione nel mondo e nella storia. Il concetto di fatto, rilevante per l'interprete-giurista, è incluso nella costruzione del sistema, per correggere l'astrazione e legittimare i risultati.

Nel caso di *debâcle* della realtà storica, emergono però «i dubbi e le perplessità che da sempre circondano il metodo induttivo». Uno di questi dubbi è quello relativo alla disciplina generale, da parte del legislatore, di fattispecie astratte che nella realtà trovano una declinazione progressiva, per cui si può dire che la disciplina della fattispecie A può andare bene per Z, ma non per B, C, D, etc.: «Dalla circostanza che il legislatore abbia disciplinato nel modo *Alfa* la fattispecie *Omega* non si può

⁴⁴ Cfr., ad esempio, H.-G. GADAMER, *L'universalità del problema ermeneutico*, Bologna, 1968; ID., *Verità e metodo*, Milano, 1988; M. HEIDEGGER, *Linguaggio tramandato e linguaggio tecnico*, Pisa, 1997; F. SCHLEIERMACHER, *Ermeneutica*, Milano, 2000; W. DILTHEY, *La vita di Schleiermacher*, Napoli, 2008; W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue*, Roma-Bari, 2013.

desumere che avrebbe regolato alla stessa maniera la fattispecie *Zeta*: se talvolta lo si afferma, è perché gli si imputa una certa visione delle cose», ma – aggiunge Terranova – bisogna ricordare che nei vari periodi storici emergono principi impliciti e principi espliciti⁴⁵, e alla fine i principi trascendentali con la loro validità universale ed incondizionata, rinviando all'imperativo categorico di Kant e i 'principi di giustizia' di Rawls.

«In questi casi (principi costituzionali o assimilati; criteri trascendentali di giustizia) si superano le difficoltà provocate dalla limitata stringenza dei ragionamenti induttivi», anche se pure in questo caso si presentano problemi, «sia perché il ragionamento deduttivo (...) è per definizione vuoto e quindi riproduce nelle conclusioni tutte le incertezze ermeneutiche che si riscontrano nelle premesse; sia perché le soluzioni alternative proposte dai grandi (...) filosofi, or ora ricordati, alla prova dei fatti si sono rivelate arbitrarie, o almeno tanto astratte da poter essere riempite di molti e talvolta opposti contenuti». Da qui una possibile soluzione che propone Terranova sul terreno dei principi che «comunque li si ricavi – hanno bisogno (...) di una ponderazione che presenta asperità logiche e pratiche di non poco conto. (...) si può superare l'ostacolo solo se si costruisce uno scenario nel quale acquista un senso soppesare valori contrapposti e apparentemente incommensurabili»⁴⁶, che ripresentano ancora una volta le asperità della cifra dell'approssimazione.

6. Conclusioni

Sulla base delle riflessioni sino a qui condotte si può affermare che, nella trattazione di Terranova, emerge un'«indiscutibile giustificazione» del «formalismo interpretativo», con la consapevolezza che non è possibile una vana ricerca della «*ratio* delle norme se non si accumula il materiale istruttorio necessario per dare consistenza a certe tesi e conquistare il necessario consenso». Appare con stringente evidenza la posizione antiformalista di Terranova, nella consapevolezza che il formalismo interpretativo si muove sulla base di «ragioni di prudenza», allo scopo di «scongiurare un deprecabile soggettivismo che finirebbe col tradire il ruolo dell'interprete». Solo in questa direzione «il problema perde ogni valenza logica, per diventare una questione di opportunità; tutto si riduce a ponderare due valori

⁴⁵ I primi «governano le singole materie e vengono ricavati, attraverso il predetto processo astrattivo, da regole di dettaglio»; gli altri sono «desunti da testi di particolare rilevanza giuridica e sociale, come le costituzioni, le carte internazionali di diritti, gli accordi internazionali, etc.»

⁴⁶ «Per dirla con Dworkin occorre passare da un approccio *semantico* a un approccio *ermeneutico* o, se si preferisce – dati i ragionamenti sviluppati in questo scritto – *pragmatico* (cambia il nome, ma l'esigenza da soddisfare resta la stessa)». *Ivi*, pp. 352-354.

contrapposti: la certezza del diritto e la stabilità delle istituzioni, da un lato; l'adattamento ai bisogni della vita, dall'altro». Per questi motivi il formalismo non può rappresentare l'esclusiva caratteristica essenziale del diritto, certi tuttavia che «il diritto o è *formale* o non è». La forma infatti non ha la stessa significatività e *pathos* che acquisisce in altri ambiti della vita umana, presenta invece una specifica e significativa vulnerabilità solo nel 'giuridico'⁴⁷.

Ecco perché la lettura delle analisi di Terranova sollecita a riprendere il legame tra il diritto ed il linguaggio, portando a considerare che, così come il linguaggio rimane nell'ordine della plurivocità approssimativa delle parole e non nella certezza dei numeri, analogamente il diritto mantiene una struttura omogenea a quella del linguaggio, formando la sua concretizzazione storica nell'*approssimarsi* alla questione del senso e nella 'ricerca del giusto' nella legalità. Il dovere del giurista è di essere consapevole che il giusto non può sostituire la dimensione dell'*ars* con quella attuale della tecnica algoritmica.

Ars significa che, proprio nella distinzione e nel legame tra il *nomos* e il *logos*, si annuncia la questione della terzietà. Come le parole sono dette ed interpretate in un luogo terzo, non riconducibile al dominio di un gruppo sull'altro o semplicemente di uno sull'altro, così la dimensione del *nomos* presenta la centralità della figura del terzo imparziale e disinteressato, mai riducibile ad una certezza numerico-algoritmica⁴⁸, ma sempre interessato all'arte dell'*approssimarsi*.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 38-41.

⁴⁸ Queste ultime considerazioni, sui contributi originali e profondi di Terranova, sono radicate nella peculiarità della Scuola di filosofia del diritto della Sapienza che ha una sua centralità in Giorgio Del Vecchio e successivamente in Giacomo Perticone, Pietro Piovani, Angelo Ermanno Cammarata, Sergio Cotta, Bruno Romano, Gaetano Carcaterra e Francesco M. De Sanctis.

ABSTRACT

Il contributo si propone di riflettere sull'attività del giurista attraverso la dimensione dell'*approssimazione*, interpretata da Giuseppe Terranova nel suo lavoro, *Elogio dell'approssimazione* dove viene discusso lo statuto antropologico del diritto. Con il suo lavoro ermeneutico il giurista fa emergere la l'approssimazione come consapevolezza della reale portata della ricerca della giustizia, del principio di uguaglianza e del senso della libertà.

The paper aims to reflect on the juridical activity, related to the dimension of approximation, as interpreted by Giuseppe Terranova in *Elogio dell'approssimazione*, where the anthropological status of law is specifically taken up.

Through the hermeneutical work, a jurist can bring out the approximation as an awareness of the real extent of the pursuit of justice, the principle of equality and the sense of freedom.

PAROLE CHIAVE: Libertà, approssimazione, giustizia, legalità, uguaglianza.

KEYWORDS: Freedom, approximation, justice, legality, equality.