

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2022

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2022

IUS - Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-119-6

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

La *koïnè* ermeneutico-giuridica

Presentazione

Gaetano Carlizzi9

Per una storia dell'ermeneutica giuridica

Gaetano Carlizzi15

La filosofia ermeneutica del diritto in Italia

Baldassare Pastore83

Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi

Tommaso Gazzolo129

Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'Illuminismo all'ermeneutica giuridica

Gianluca Gentile179

Note

Fare i conti con Radbruch. Sulla recente traduzione della Filosofia del diritto

Giovanni Blando225

Archivio

Ermeneutica giuridica

Winfried Hassemer241

PER UNA STORIA DELL'ERMENEUTICA GIURIDICA

Gaetano Carlizzi*

Abstract

The paper aims to clarify the various *forms of Legal Hermeneutics*. It argues that Legal Hermeneutics can be a practice, a methodology, a theory or, possibly, a philosophy of legal interpretation. These possibilities are confirmed by the following *historical survey*, which is divided into three parts. The first part concerns the “*age of the invention (of law)*”: in the Ancient Rome the legal interpretation was merely *practiced* and had above all, for a long time, a marked creative and normative force. The second part concerns the “*age of reception (of roman law)*”: on the one hand, between the late Middle Ages and the end of the 18th century, numerous jurists elaborated increasingly refined *methodologies* of legal interpretation; on the other hand, in the first half of the 19th century, F.C. von Savigny also established an original theory of this activity. The last part concerns the “*age of the codification*”: after that objectivist and subjectivist theories debated at the turn of the 20th century the purpose of legal interpretation, some German thinkers formed a legal-philosophical movement, which is here called “*Nomofactual Legal Hermeneutics*”, since they argued for the first time that law arises from the interpretive mediation between norms and facts.

Keywords

History of Legal Interpretation in Civil Law; Legal Methodology; Theory of Legal Interpretation; Philosophy of Law; “Nomofactual Legal Hermeneutics”.

* Desidero ringraziare Gerry Carillo, Lucia di Cintio, Gianluca Gentile, Francesco Lucrezi, Dario Luongo, Natalina Stamile e Stefania Torre, che, con la loro disponibilità al dialogo, hanno alleviato la difficoltà di orientarsi nel pluriverso affascinante e imprescindibile della storia del pensiero giuridico.

1. Programma dell'indagine

L'ermeneutica è un continente sconfinato, nel quale è facile perdere l'orientamento. Prova ne è che i giuristi spesso discutono di “ermeneutica” accorgendosi a stento che non stanno parlando della stessa cosa. Prima di esplorarlo sarebbe dunque opportuno dotarsi di una *mappa*, per stabilire in quale delle sue regioni ci si trova man mano che si prosegue nel cammino.

Facendo tesoro della storia e ponendomi dal punto di vista dell'ermeneutica giuridica, vorrei cercare di abbozzare questa mappa sulla base di una piccola scala, in modo da tracciare alcune distinzioni utili per un dibattito sul tema. La fondazione *storica* della ricostruzione si giustifica non solo per ragioni estrinseche, legate alla sua collocazione editoriale. Essa ha motivi ben più profondi, riflettenti la convinzione che diverse incertezze delle indagini sull'interpretazione derivano dall'illusione di potersi costituire in forma puramente teorica: come se i concetti e gli strumenti trattati avessero un significato atemporale, non dipendente dalle mentalità e dai bisogni delle epoche in cui sono stati escogitati o tramandati.

Più in dettaglio, seguirò il seguente percorso. Nel § 2, innanzitutto, darò una definizione approssimativa del nostro concetto, valorizzando l'esperienza che è all'origine di ogni ermeneutica, quella dell'*incomprensione*, dato che è proprio la progressiva trasformazione dei modi di affrontarla che ha condotto alla delimitazione delle grandi aree del relativo continente (§ 2.1); in secondo luogo, chiarirò le ragioni per le quali, sebbene tale esperienza sia comune a tutte le ermeneutiche (letteraria, teologica, storica, giuridica e filosofica), è preferibile dedicare un'indagine autonoma all'ermeneutica giuridica (§ 2.2). Nel § 3 procederò alla ricostruzione storica annunciata, che si estenderà dall'epoca romana al XX secolo, passerà in rassegna i mutevoli significati di “interpretazione”, ma anche i suoi problemi ricorrenti, e mostrerà che l'ermeneutica giuridica si è a lungo configurata, a seconda dell'epoca considerata, come *mera pratica*, come *disciplina tecnica*, come *teoria* dell'interpretazione o come *filosofia* del diritto.

2. Introduzione all'ermeneutica giuridica

2.1. Concetto e forme di ermeneutica

Secondo una tesi ancora oggi popolare e attribuita al filologo August Böckh¹, “ermeneutica” deriverebbe da “*Ermes*”, il messaggero degli dei, incaricato di trasmettere agli uomini la volontà divina nelle forme del loro linguaggio. Lo storico delle religioni Karol Kerényi, invece, ha sostenuto che “ermeneutica” discenderebbe semplicemente da “*Hermeneìa*”, la cui radice potrebbe corrispondere a quella del latino “*sermo*” (discorso, linguaggio, espressione) e aver indicato in origine la parola proferita e l'esperienza vissuta durante il rito misterico². Se in entrambe le prospettive è centrale la funzione di comunicazione, nella prima questa si atteggia come *trasmissione*, nella seconda, invece, come *espressione*³, distinta da quella retorica, che mira piuttosto a persuadere⁴.

¹ La suddetta attribuzione (fatta, ad es., da K. Kerényi, *Hermeneia und Hermeneutike. Ursprung und Sinn der Hermeneutik* (1964); trad. it. di F. Moretti, *Origine e senso dell'ermeneutica*, in Id., *Scritti italiani (1955-1971)*, Guida, Napoli 1993, p. 107: «il dio da cui ancora prende lo spunto August Böckh»), non pare corretta, come si evince dal seguente passo di A. Boeckh, *Encyclopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, Teubner, Leipzig 1886; tr. it. di R. Masullo, *La filologia come scienza storica. Enciclopedia e metodologia delle scienze filologiche*, Guida, Napoli 1991, p. 119 (corsivi aggiunti): «questa parola si collega manifestamente col nome del dio Ἑρμῆς (Ἑρμῆας), da cui però non deriva, ma con cui ha comunanza di radice. Quale questa sia non si sa con certezza».

² Kerényi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., p. 107. In questo senso, anche G. Ebeling, *Hermeneutik*, in K. Galling (hrsg.), *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, III, Mohr (Siebeck), Tübingen 1959, col. 243.

³ Sul triplice significato di “ἑρμηνεύω” – «dichiarare [aussagen] (esprimere [ausdrücken]), interpretare [auslegen] (spiegare [erklären]), tradurre [übersetzen] (tradurre oralmente [dolmetschen])» –, v. Ebeling, *Hermeneutik*, cit., col. 243.

⁴ Sui rapporti tra espressione, comprensione e persuasione, v. anche M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano 1988, pp. 6, 9, 12.

D'altro canto, sin dalla filosofia greca⁵, alla base di ogni ermeneutica vi è l'esperienza dell'*incomprensione* (l'«urto ermeneutico» magistralmente descritto da Gadamer⁶), la conseguente esigenza di *comprensione* (il “bisogno ermeneutico”) e la connessa scoperta che, per soddisfarla, occorre una specifica attività, l'*interpretazione* (l'“impegno ermeneutico”), che può esser *praticata* oppure fatta oggetto di *pensiero*. In prima approssimazione, l'ermeneutica può dunque *concepirsi* come pratica dell'interpretazione quale mezzo di comprensione o come riflessione su tale pratica⁷.

⁵ Il primo a parlare di una “*hermeneutike techné*” (arte o tecnica fondata su abilità personali, più che su regole puntuali), a quanto pare (cfr. Kerenyi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., p. 108, che cita, in particolare, *Politico* 260d, nonché Ebeling, *Hermeneutik*, cit., col 243, che cita *Epinomide* 975c – peraltro di dubbia autenticità), fu Platone (428/427-348/347 a.C.), che nei suoi dialoghi la considerò di sfuggita e le attribuì una posizione secondaria. Una maggiore apertura provenne da Aristotele (384/383-322 a.C.), non tanto nel *Peri hermeneias*, vertente più sull'espressione linguistica che sull'interpretazione in quanto tale (sicché la traduzione latina «*De interpretatione*») è stata considerata scorretta: cfr. M. Ravera, *Introduzione*, in *Il pensiero ermeneutico. Testi e materiali*, a cura di M. Ravera, Marietti, Genova 1986, p. 6, dove si richiama «la più accorta traduzione di Colli, *Dell'espressione*»; critico anche Kerenyi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., p. 107), quanto nel *Techné rhetorike* (in latino: «*Ars rhetorica*»), che volle fungere anche da guida all'analisi dei testi letterari (W. Dilthey, *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900); tr. it. di M. Ravera, *Le origini dell'ermeneutica*, in *Il pensiero ermeneutico*, a cura di M. Ravera, cit., p. 179).

⁶ H.G. Gadamer (1960), *Wahrheit und Methode*, Mohr (Siebeck), Tübingen 1972; tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano 2000, p. 555: «[...] in generale quello che ci costringe a riflettere, e richiama la nostra attenzione sulla possibilità di un uso diverso del linguaggio che ci è familiare, è l'esperienza di un 'urto' che si verifica di fronte a un testo[,] sia che il testo non esibisca alcun senso, sia che il suo senso contrasti irriducibilmente con le nostre aspettative».

⁷ In termini analoghi, con riguardo alla storia dell'ermeneutica *tout court*, cfr. H.G. Gadamer, *Hermeneutik als praktische Philosophie* (1972); tr. it. di A. Fabris, *L'ermeneutica come filosofia pratica*, in H.G. Gadamer, *La ragione nell'età della scienza*, il Melangolo, Genova 1982, p. 69.

Il rapporto tra *interpretazione* e *comprensione* risulta controverso. Si può discutere, da un lato, se l'interpretazione sia sempre in grado, almeno nel concorso di certe condizioni, di condurre alla comprensione; dall'altro lato, se la comprensione presupponga sempre un'interpretazione. A questi due interrogativi, non separati ma distinti, sono state date risposte mutevoli nel corso della storia⁸. Inoltre, essendo ormai chiaro che l'interpretazione è funzionale alla comprensione, ma discusso se questa presupponga sempre quella, nel prosieguo, di regola, parlerò dell'ermeneutica riferendomi principalmente all'interpretazione.

Dal punto di vista storico, non ogni pratica o concezione dell'interpretazione è già propriamente ermeneutica, ma solo quella riguardante *prodotti verbali* (asserzioni, profezie, richieste, precetti, racconti ecc.)⁹: in via principale, prodotti scritti o perlomeno stabili¹⁰ (ad esempio: poemi epici mnemonicamente tramandati prima della riscoperta della scrittura intorno alla metà dell'VIII sec. a.C.¹¹), in via accessoria, anche prodotti occasionali¹². Interpretare un gesto altrui o un personaggio di

⁸ Per una succinta ma utile rassegna di alcune risposte della filosofia contemporanea, cfr. L. Perissinotto, *Sul comprendere e l'interpretare*, in «Quaderni Veneti», 2013, 2, pp. 11-19. Nella filosofia del diritto, di recente, v. le stimolanti osservazioni di G. Pino, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli, Torino 2021, pp. 45-58.

⁹ Sulla stretta connessione tra ermeneutica e linguaggio: Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, cit., p. 6.

¹⁰ Su questa equivalenza, Kerényi, *Origine e senso dell'ermeneutica*, cit., pp. 105, 101, che sottolinea lo stretto nesso esistente tra ermeneutica e tradizione. Ma, sulla centralità dei documenti scritti per l'ermeneutica, tanto che il termine «interpretazione» andrebbe limitato al «comprendere le manifestazioni vitali fissate in modo durevole», cfr. Dilthey, *Le origini dell'ermeneutica*, cit., p. 177.

¹¹ Sulle differenze essenziali tra le due forme di produzione verbale e sull'importanza storica del passaggio dall'una all'altra, cfr. E.A. Havelock, *Preface to Plato*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1963; tr. it. di M. Carpitella, *Cultura orale e civiltà della scrittura. Da Omero a Platone*, Laterza, Roma-Bari 2001.

¹² Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 375.

una commedia non è propriamente ermeneutica, ma qualcosa di semplicemente analogo¹³.

L'analogia è nondimeno preziosa, perché mostra che l'interpretazione ha sempre a che fare col *sensu* di qualcosa. Suscettibili di interpretazione sono soltanto le realtà che hanno un senso, un orientamento che non si esaurisce nella loro materialità. L'interpretazione è esattamente la ricerca del senso, di una tensione che trascende la costituzione empirica della sua fonte. Questa tensione, quest'orientamento di un sostrato a qualcosa di distinto e distante, questa eccedenza del primo rispetto a sé stesso rappresenta lo spazio di gioco dell'interpretazione, la quale si distingue perciò da altre operazioni di pensiero (spiegazione¹⁴, previsione, descrizione, classificazione, calcolo ecc.). Quando questa tensione origina da prodotti verbali, dotati di senso per antonomasia in quanto *intenzionali*, allora si dà la possibilità dell'ermeneutica, sia essa *pratica* della loro interpretazione, *disciplina* delle sue operazioni, *teoria* dei suoi fini e dei metodi utili a essi, *filosofia* che la eleva a cifra dell'intera esperienza giuridica¹⁵. La quadripartizione, come anticipato,

¹³ Sulla plurivocità del concetto di "interpretazione", cfr. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 3-11.

¹⁴ Sui rapporti tra comprensione e spiegazione, cfr. i classici M. Riedel, *Verstehen oder Erklären. Zur Theorie und Geschichte der hermeneutischen Wissenschaften*, Klett-Cotta, Stuttgart 1978; tr. it. di G. Di Costanzo, *Comprendere o spiegare? Teoria e storia delle scienze ermeneutiche*, Guida, Napoli 1989, spec. pp. 149-171 (che approfondisce l'origine della distinzione, concepita come riflesso della contrapposizione tra storicismo e positivismo e volta a marcare l'irriducibile singolarità degli oggetti storici); G.H. von Wright, *Explanation and Understanding*, Cornell University Press, Ithaca-New York 1971; tr. it. di G. Di Bernardo, *Spiegazione e comprensione*, il Mulino, Bologna 1977, spec. p. 158 (dove, però, il termine "comprensione" è definito troppo latamente, ossia come individuazione di ciò che qualcosa è oppure di ciò che qualcosa significa, preliminare a una delle quattro forme di spiegazione ivi illustrate: causale, quasi-causale, teleologica e quasi-teleologica), nonché pp. 22-25 (spec. 23, dove la distinzione viene fatta risalire a Droysen), 50-55, 142-154.

¹⁵ Sul punto, v. anche *infra*, nt. 57.

può fungere da guida per la ricostruzione storica del fenomeno e per la connessa delimitazione delle grandi aree del suo continente.

2.2. Ragioni di un'indagine autonoma

Alla luce di quanto detto nel § 2.1, per “ermeneutica giuridica” si può intendere sia la pratica della interpretazione quale mezzo di comprensione dei prodotti verbali (soprattutto testi) giuridici, sia le varie specie di riflessione su tale pratica. Nonostante la filosofia ermeneutica da Schleiermacher¹⁶ in poi e l'ermeneutica filosofica da Gadamer¹⁷ in poi abbiano sostenuto la possibilità di una concezione *generale* del comprendere, per diverse *ragioni* è preferibile ricostruire autonomamente la storia dell'ermeneutica giuridica.

Prima di procedere al loro approfondimento, si impongono *due precisazioni*. Da un lato, alcune di tali ragioni potrebbero farsi valere anche per le restanti ermeneutiche, in modo da porre in questione la legittimità delle storie generali del tema, o perlomeno di quelle che non si strutturano rigorosamente come storie comparate. D'altro canto, evidenziare le stesse ragioni non significa negare che le restanti ermeneutiche, in particolare quella filosofica, abbiano fornito o possano ancora fornire un contributo allo sviluppo dell'ermeneutica giuridica, ma solo

¹⁶ Cfr. sin dall'inizio F.D.E. Schleiermacher, *Die allgemeine Hermeneutik. Geschrieben im Winter 1809-1810*; tr. it. di M. Marassi, *L'ermeneutica generale del 1809-1810 nella trascrizione di August Twisten del 1811*, in F.D.E. Schleiermacher, *Ermeneutica*, Bompiani, Milano 2000, p. 195 (corsivi aggiunti): «Int. 1. L'ermeneutica si basa sul fatto della non comprensione del discorso. Considerata nella sua massima generalità anche nella lingua materna e nella vita comune».

¹⁷ Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 679 (corsivi nell'orig.), proprio dall'angolo visuale dell'ermeneutica giuridica: «l'ermeneutica giuridica non rappresenta dunque alcuna eccezione, ma un esempio appropriato a far recuperare all'ermeneutica storica tutta la sua problematica, ricostituendo l'antica unità nel problema ermeneutico, unità nella quale il giurista e il teologo si incontrano con il filologo».

che questo sviluppo deve essere ricostruito secondo i propri principi interni.

È giunto il momento di illustrare le cinque menzionate ragioni:

A) *scarsità di indagini storiche complessive sull'ermeneutica giuridica*. Limitandoci all'area di *civil law*, fino a un recente passato, gli studiosi di storia dell'ermeneutica giuridica hanno seguito in genere, in maniera alternativa o concorrente, le seguenti due vie. O si sono occupati di epoche¹⁸, movimenti¹⁹, autori²⁰, aspetti²¹ specifici oppure hanno dilui-

¹⁸ Cfr. V. Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Jovene, Napoli 1976; Id., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Giuffrè, Milano 1956; M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Giuffrè, Milano 1969; S. Meder, *Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik* (2009); tr. it. di G. Carlizzi, *Problemi fondamentali e storia dell'ermeneutica giuridica*, in «Ars Interpretandi», 2009, pp. 27-49 (tra XVIII e XIX sec.); W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1986, pp. 195-212; tr. it. di G. Carlizzi, *Ermeneutica giuridica*, in questo fascicolo (tra XIX e XX sec.).

¹⁹ Cfr. le introduzioni contenute nell'antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, ETS, Pisa 2016; L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Giuffrè, Milano 1975, spec. pp. 201-370 (sul giusliberismo); V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, in «Ars Interpretandi», 2020, 2, pp. 27-44; A. Schiavello, *Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto*, ivi, pp. 45-66.

²⁰ Cfr. S. Meder, *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004; V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 3-88 (Hart, Dworkin, Kelsen, Troper e Kriele); V. Omaggio, *Postfazione*, in M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft* (1979); tr. it. di V. Omaggio, *Diritto e ragione pratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 163-182; volendo, G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, La Scuola di Pitagora, Napoli 2012 (Radbruch, Kaufmann e Hassemer); G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984.

²¹ Cfr. G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.* (1969), in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 443-474. Se poi assumiamo il termine "interpretazione" in senso lato, merita di essere segnalato

to le loro ricostruzioni nella più comprensiva storia della metodologia giuridica²². Pertanto, i giuristi interessati alla complessiva evoluzione del fenomeno hanno potuto contare su lavori sporadici e concisi²³. Tra questi si segnala, in Germania, l'efficace prefazione scritta dallo storico della filosofia Lutz Geldsetzer alla riedizione di una celeberrima opera in materia di Anton Thibaut²⁴; in Italia, il denso capitolo sul «problema della *'interpretatio'*» della tuttora preziosa *Introduzione* del romanista Riccardo Orestano²⁵.

La lacuna è stata in larga parte colmata a partire dall'inizio di questo secolo, grazie ad alcuni studi pubblicati in Germania da eminenti storici

innanzitutto (per la scelta di far precedere la ricostruzione teorica da un ricco profilo storico del tema) N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Giuffrè, Milano 2006, 31-105.

²² Paradigmatica sin dal titolo è l'opera di P. Raisch, *Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg 1995, la quale, pur spiccando per la lunghezza dell'arco temporale trattato (dall'antichità romana alla fine del secolo scorso) e per l'attenzione dedicata a diverse opere di ermeneutica giuridica (dai «primi trattati sistematici italiani sull'interpretazione» ai lavori di Savigny, dalle produzioni del movimento del diritto libero agli scritti di Heck), esamina le relative acquisizioni promiscuamente con quelle provenienti da altre indagini di matrice metodologica (sulle fonti, sul sistema, sulla costruzione scientifica, sulla codificazione, sull'argomentazione ecc.).

²³ Che «una storia complessiva dell'ermeneutica giuridica [sia] un *desideratum*», è stato affermato anche da L. Geldsetzer, *Einleitung*, in A.F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts* (1806), Stern-Verlag Jannsen & Co., Düsseldorf 1966, p. XXVIII nt. 59.

²⁴ Ivi, pp. XV-XXIX. Tale profilo parte da C. Rogerio (XV sec.) e arriva a J.H. Boehmer (XVIII sec.), passando per S. Federici, F. Hotomanus, M. Mattesilani, B. Cepolla, V.W. Forster, J. Eichel, J. Hopper, H. Conrig, C.G. Peller, F. Glueck, J. von Felde, V. Placcius e C.H. Eckart.

²⁵ R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, Bologna 1987, pp. 51-131, che, dopo aver preso le mosse dall'esperienza romana ed essere arrivato alla Scuola dell'esegesi, passando per quelle dei Glossatori e dei Commentatori, l'Umanesimo giuridico e la Scuola storica, approfondisce l'ermeneutica giuridica olandese, quella tedesca e quella italiana nei secoli XV-XIX.

del diritto, tra cui la poderosa ricostruzione comparatistica sull'interpretazione di Stefan Vogenauer²⁶ e, soprattutto, la monumentale storia della metodologia giuridica di Jan Schröder²⁷. Il merito di queste im-

²⁶ S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, 2 voll., Mohr Siebeck, Tübingen 2001. Come anticipato, l'opera si caratterizza per il taglio comparatistico, in quanto si propone soprattutto di mettere a confronto il modo in cui alcuni ordinamenti continentali (Germania, Francia e Comunità Europee) e, rispettivamente, l'ordinamento inglese trattano i classici problemi dell'interpretazione giuridica in senso lato (fini e criteri ermeneutici legali – lettera, storia, contesto, scopo – ed extralegali; rapporti, gerarchie e ragioni di ponderazione tra questi criteri; fattori culturali dell'interpretazione). Con riguardo ai suddetti ordinamenti continentali (cui è dedicato il primo dei due volumi), la parte propriamente storica si riduce al quarto e ultimo capitolo (cfr. *ivi*, vol. 1, pp. 430-663).

²⁷ J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990)*, *Band 1: 1500-1933*, e *Band 2: 1933-1990*, 3., überarb. u. wesent. erw. Aufl., C.H. Beck, München 2020. Sebbene dedicata alla metodologia giuridica, l'opera costituisce la migliore introduzione esistente alla storia dell'interpretazione giuridica, in quanto, dopo aver suddiviso in periodi l'ampio arco temporale che va dal XVI al XX secolo, tratta in modo distinto in ciascun periodo i problemi relativi alle fonti, all'argomentazione e – appunto – alla interpretazione giuridica. Essa sconta l'unico limite di prendere in esame, dalla metà del XVII secolo in poi, salvo eccezioni (ad esempio: François Géný), soltanto autori tedeschi. Limite, questo, di certo non perfettamente superabile ad opera di qualunque individuo, nonché in qualche misura giustificato dal fatto che, per lungo tempo, gli studi dedicati ai suddetti tre temi sono stati pubblicati soprattutto in Germania o sulla scia di quelli tedeschi (tuttavia, è davvero difficile comprendere le ragioni del mancato approfondimento, tra gli altri, del pensiero ermeneutico del nostro Emilio Betti – citato di sfuggita *ivi*, *Band 2*, p. 185 –, specie perché formulato più di una volta in tedesco: cfr., tra le altre opere, E. Betti, *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Mohr (Siebeck), Tübingen 1967). Nondimeno, con particolare riguardo all'interpretazione giuridica, la ricchezza di informazioni (ricavabili anche dal poderoso apparato bibliografico) e la schematicità della ricostruzione (ruotante attorno a un numero relativamente ristretto di temi tipici: *littera*, *intentio* e *ratio legis*; interpretazione estensiva e restrittiva; analogia ecc.) non solo fanno di quest'opera uno strumento indispensabile per gli studiosi del tema, ma ne consigliano anche una traduzione almeno parziale in italiano.

prese è di far vedere ciò che sfugge quando la storia dell'ermeneutica giuridica viene frammentata in quella dell'ermeneutica generale. Mi riferisco ai temi e ai problemi ricorrenti nella prassi e nella teoria dell'interpretazione delle varie epoche, che, nonostante la diversità dei modi in cui sono stati via via intesi e risolti, per la loro costanza elevano queste ultime a parti integranti di un corso unitario.

B) *oscurità dei rapporti tra l'ermeneutica giuridica e l'ermeneutica generale.* È senz'altro presumibile che tra i due poli ci siano stati influssi reciproci nel corso della storia, vuoi per l'attività svolta da alcuni pensatori a cavallo tra le relative discipline (si pensi, in particolare, agli interessi giuridici del teologo Melantone²⁸ e, soprattutto, del filosofo Christian Thomasius²⁹), vuoi per i legami personali tra i loro rispettivi cultori (paradigmatica è l'amicizia tra Schleiermacher e Savigny³⁰).

Tuttavia, a causa della penuria di indagini approfondite sul punto, i *rapporti effettivi* tra l'ermeneutica giuridica e l'ermeneutica generale sono tuttora alquanto oscuri³¹. Oltretutto, qui bisogna fare i conti col

²⁸ Messi in evidenza da Gadamer riportando alcuni passi della sua opera a corredo della propria analisi dell'ermeneutica giuridica: cfr. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., pp. 657 nt. 252, 659 nt. 254.

²⁹ Su Thomasius quale «padre della filosofia giuridica moderna», cfr. F. Battaglia, *Cristiano Thomasio filosofo e giurista*, Soc. Ed. del Foro It., Roma 1936, p. 434.

³⁰ Sulla quale cfr., in sintesi, G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, Guida, Napoli 1978, p. 76; più ampiamente, Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., pp. 28-32.

³¹ In termini analoghi, cfr. Schröder, *Recht als Wissenschaft, Band 1*, cit., p. 135. Tra i pochi tentativi di approfondimento si segnala O.R. Scholz, *Ius, Hermeneutica iuris und Hermeneutica generalis – Verbindungen zwischen allgemeiner Hermeneutik und Methodenlehre des Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in J. Schröder (hrsg.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 18.-20. April 1996*, Franz Steiner, Stuttgart 1998, pp. 85-99, spec. 93-97, il quale avanza la tesi che il concetto di matrice giuridica di «presunzione relativa», dopo essere stato raffinato da Leibniz (che lo aveva distinto dai concetti affini di «finzione» o presunzione assoluta e di «congettura»), da un lato, servì ai suoi epigoni per chiarire lo *status* dei principi generali dell'interpretazione giuridica (cui venivano ricondotte le relati-

rischio di incorrere in quella che propongo di chiamare “fallacia della sineddoche”. Esso si realizza quando il riferimento compiuto in un ambito particolare ad autori, tesi o figure emerse in un ambito più esteso viene convertito automaticamente in recezione del complessivo pensiero di quei referenti. Semplificando, se un teorico dell’interpretazione giuridica si richiama ad Aristotele, alla centralità della *phronesis* nella sua filosofia pratica oppure al valore che l’*epieikeia* ha per la decisione giudiziale, non per questo sarebbe legittimo concludere che l’impronta della sua ermeneutica sia aristotelica. L’osservazione tornerà particolarmente utile quando parleremo dell’ermeneutica giuridica nomofattuale (cfr. § 3.3.2).

C) *eterogeneità dei bisogni ermeneutici dei giuristi e degli interpreti di altre discipline*. La ricostruzione unitaria delle diverse ermeneutiche presuppone che, in ciascuna epoca, i giuristi abbiano condiviso con i teologi, i letterati e gli storici lo stesso bisogno ermeneutico (cfr. § 2.1), cioè l’esigenza di trattare i prodotti verbali di loro rispettiva competenza come oggetti suscettibili o meritevoli di interpretazione in senso stretto.

Senonché, tale presupposizione è tutt’altro che convalidata. Anzi, l’esperienza giuridica mostra esattamente il contrario. Ad esempio, è vero che nel basso medioevo diversi teologi cattolici mostrarono una certa sensibilità ermeneutica, preoccupandosi di approfondire il patrimonio della prima Scolastica attraverso un catalogo, sia pure rudimentale, di criteri di interpretazione delle Sacre Scritture³². Ma è altrettanto

ve regole particolari e che valevano – appunto – fino a prova contraria), dall’altro, fu recepito nell’ambito dell’ermeneutica generale, dove pure furono formulati principi ispirati all’idea di probabilità.

³² Si pensi soprattutto alla nota dottrina del *quadruplici senso delle Scritture*, frutto della suddistinzione, operata nel seno della Scolastica, di tre specie di significato spirituale accanto a quello letterale. La sua formulazione canonica fu stabilita intorno al 1330 da Nicola di Lira, nel distico contenuto in una postilla alla *Lettera ai Galati*, che costituì una criteriologia (non ancora un’autentica metodologia) ermeneutica di grande impatto sull’esegesi biblica dei secoli successivi: «*littera gesta docet; quid credas allegoria / moralis quid agas; quo tendas anagogia*». Sul punto, cfr. Ferraris, *Storia*

vero che, nello stesso torno di tempo, l'atteggiamento dei giuristi fu del tutto diverso: pur giurando fedeltà al dettato del *Corpus iuris civilis*, fonte per eccellenza del diritto (comune) dell'epoca, essi lo manipolarono o lo elusero in maniera massiccia, al fine di soddisfare gli originali bisogni dell'epoca, così finendo per dismettere i panni dei veri e propri interpreti³³.

D) *condizionamenti ideologico-politici dei diversi atteggiamenti ermeneutico-giuridici*. Un altro fenomeno che ricorre quando la storia dell'ermeneutica giuridica viene scomposta per essere ripartita nelle varie epoche della storia dell'ermeneutica generale è la tendenza a concepirla in maniera *uniforme* in ciascuna di esse. Dipenda ciò dalla mentalità semplicistica dello studioso di turno, oppure dal suo scarso approfondimento della prassi e della teoria dell'interpretazione, resta il fatto che in tal modo le *vere forze* che muovono l'una e l'altra restano occulte.

Il punto è che il modo in cui i giuristi praticano e concepiscono l'interpretazione varia non solo da epoca ad epoca, ma anche all'interno di uno stesso periodo, per effetto di fattori ricorrenti. Tali fattori sono di tipo *ideologico-politico*, corrispondendo alle concezioni del diritto e alle ambizioni di organizzazione della vita associata che gli interpreti

dell'ermeneutica, cit., 24. Il distico è ripreso anche da G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Leipzig 1932; tr. it. di G. Carlizzi, V. Omaggio, *Filosofia del diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021, p. 127 (dove, peraltro, è fatto risalire direttamente alla Scolastica), che mette in luce con la solita illuminante concisione l'ambivalenza dell'interpretazione giuridica: «è una miscela indissolubile di elementi teorici e pratici, conoscitivi e creativi, riproduttivi e produttivi, scientifici ed extrascientifici, oggettivi e soggettivi» (ivi, p. 126).

³³ Si allude chiaramente alle Scuole dei Glossatori e dei Commentatori, il cui atteggiamento "antiermeneutico" fu superato soltanto con l'avvento del movimento umanistico, sul quale v. D. Maffei, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico* (1956), Giuffrè, Milano 1972. Sul punto v. *amplius infra*, § 3.2.2.

e i teorici tendono più o meno consapevolmente a promuovere³⁴. In questo senso, mentre nei rari e brevi periodi in cui quelle concezioni e ambizioni si riducono a una è in effetti riscontrabile una certa omogeneità nella pratica e nella teoria ermeneutica (si pensi al dodicennio di vigenza del regime nazista³⁵), nelle restanti epoche, che lasciano spazio al pluralismo ideologico-politico, la situazione è molto più complessa, in quanto i giuristi e gli studiosi si trovano in disaccordo sia sui fini dell'interpretazione, sia, di conseguenza, sui mezzi interpretativi e sui loro rapporti reciproci.

E) *irriducibilità dell'interpretazione giuridica ad altre specie di interpretazione*. L'idea fondamentale dell'ermeneutica filosofica è che uno degli elementi comuni a tutte le specie di interpretazione, ivi compresa quella giuridica, sia la *distanza temporale*, ossia la lontananza tra il momento di produzione e quello di consultazione del testo da comprendere. In questa sede non importa tanto chiarire che la suddetta distanza è intesa in maniera profondamente diversa dall'ermeneutica tradizionale e da quella gadameriana³⁶. Interessa piuttosto evidenziare che essa costituisce l'argomento addotto per giustificare la considerazione unitaria delle suddette specie di interpretazione.

Sennonché, sul terreno dell'interpretazione giuridica, l'incidenza della distanza temporale è accidentale e comunque accessoria. È acci-

³⁴ Questo aspetto, in verità trascurato anche in non pochi testi di teoria dell'interpretazione giuridica, che elencano e analizzano gli argomenti (o metodi) ermeneutici come se si trattasse di strumenti neutri, è invece messo in evidenza in modo chiaro e articolato da Pino, *L'interpretazione nel diritto*, cit., pp. 318-332.

³⁵ Ancora fondamentale al riguardo B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968), Mohr Siebeck, Tübingen 2017.

³⁶ Sul punto cfr. la sintesi folgorante contenuta in Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 615: la tradizione la assume «come abisso che deve essere scavalcato perché separa e allontana», mentre per Gadamer è «una positiva e produttiva possibilità del comprendere», è uno spazio «riempito dalla continuità della trasmissione storica e della tradizione».

dentale perché vi sono epoche, come la nostra, in cui le fonti del diritto, soggette a un rinnovamento incessante, risultano in buona parte *contemporanee* all'interprete. D'altro canto, anche quando una disposizione giuridica è entrata in vigore ben prima della sua interpretazione, l'incidenza di tale distanza è *accessoria*. In effetti, il fattore che spinge il giurista a interpretarla non è tanto *cronologico*, ossia la provenienza della disposizione da un'epoca *lontana*³⁷. Esso è piuttosto *morfologico*: la disposizione esprime una norma che regola una realtà *eterogenea* a sé stessa e dipende da una *volontà*³⁸ mai del tutto trasparente dal suo *testo* e comunque controversa, potendo esser concepita *soggettivamente* come volontà del suo autore effettivo oppure *oggettivamente* come volontà di un autore ideale³⁹. In definitiva, la concezione unitaria dell'ermeneutica occulta che la vera distanza con cui si misura l'interpretazione giuridica, più che quella *accidentale* tra *passato* e *presente*, è quella *essenziale* tra *generalità normativa* e *singolarità fattuale*⁴⁰.

³⁷ In senso contrario, ossia per l'idea secondo cui il lavoro dello storico e quello del dogmatico del diritto sarebbero omogenei, cfr. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., pp. 673-677 (con riguardo alle leggi ancora vigenti), 677-679 (con riguardo alle leggi non più vigenti), ma senza chiarire perché il giurista sarebbe tenuto a muovere dal senso originario della legge sempre, anche quando segua una concezione radicalmente oggettiva dell'interpretazione, ossia ritenga che la stessa legge manifesti la volontà di un autore ideale.

³⁸ Sull'idea che la volontà sia condizione necessaria, ma non sufficiente (dovendo combinarsi con l'accettabilità razionale da parte dei suoi destinatari), di costituzione del dover essere, cioè di una norma, ci illumina Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 52, 87-96 e spec. 134: «il senso oggettivo di un volere è un dover essere».

³⁹ Sulle peculiarità dell'ermeneutica giuridica derivanti dalla presenza di istanze autoritative, cfr. le giuste osservazioni di Geldsetzer, *Einleitung*, cit., pp. XXXI-XXXV, che le traduce nella contrapposizione tra una «ermeneutica zetetica» e una «ermeneutica dogmatica».

⁴⁰ In termini analoghi, significativamente, due allievi di Arthur Kaufmann, uno dei più importanti sostenitori dell'ermeneutica giuridica nomofattuale (cfr. *infra*, § 3.3.2): cfr. U. Neumann, *Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, in W. Hassemer (hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann*

3. Storia dell'ermeneutica giuridica

Come detto in apertura, alla base di ogni ermeneutica quale prassi o riflessione sull'interpretazione di prodotti verbali vi è l'esperienza dell'incomprensione. Tracciare una storia dell'ermeneutica giuridica significa dunque passare in rassegna i diversi modi in cui le società umane hanno

zum 60. Geburtstag, R. v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg 1984, spec. pp. 51-53 (sulla distanza tra generalità e singolarità e sulla normatività); U. Schroth, *Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung*, in A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg u.a. 2011, p. 274 s. (sulla distanza tra generalità e singolarità e su altri limiti dell'ermeneutica filosofica nell'ambito del diritto). Né varrebbe obiettare che Gadamer dopo aver evidenziato l'«attualità ermeneutica di Aristotele», ossia che l'etica aristotelica può fungere da modello per l'interpretazione perché esige «che un sapere generale [sappia] applicarsi alla situazione concreta», sappia, cioè, «trovare ciò che è giusto nel caso concreto», ne ricava «il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica» (Gadamer, *Verità e metodo*, cit., risp. pp. 645-647, 655, 671). Infatti, a ben vedere, qui Gadamer non parla di *interpretazione*, bensì di *correzione* della legge, come conferma il fatto che, alla fine, individua la cifra dell'ermeneutica giuridica nell'uso dell'equità, peraltro concepito erroneamente come situazione normale (cfr. ivi, p. 657-659, primi due corsivi nell'orig., ultimi corsivi aggiunti: «[...] la condizione di colui che 'applica' la giustizia è del tutto diversa. Aristotele esprime ciò nel modo migliore nell'analisi della *epieikeia*, dell'equità, là dove dice che l'*epieikeia* è la *correzione della legge*. [...] È chiaro che *proprio qui trova posto il problema dell'ermeneutica giuridica*. La legge è sempre *manchevole*, non perché sia imperfetta in sé stessa, ma perché di fronte all'ordine che le leggi hanno di mira è la realtà umana che si mostra manchevole e non permette perciò una pura e semplice applicazione di esse»). Come pure non varrebbe obiettare che l'orientamento dell'interpretazione al caso concreto è riconosciuto qualche pagina dopo dallo stesso Gadamer (cfr. ivi, p. 681: «il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso concreto, cioè l'*applicazione*» – corsivi nell'orig.), dato che tale riconoscimento è fatto in via incidentale, sulla scia dell'immenso Karl Engisch (autore del celebre *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (1953), C. Winter, Heidelberg 1968, e collega di Gadamer all'Università di Heidelberg: sul suo pensiero tornerò nel § 3.3.2), nonché, soprattutto, nella perdurante convinzione che l'unità delle varie ermeneutiche si fonda sul problema della distanza temporale.

via via affrontato il problema dell'incomprensione delle fonti normative verbali, in particolare scritte. Prima di procedere a tale disegno, che qui può esser fatto soltanto per grandi linee e limitato all'interpretazione delle *fonti pubbliche*⁴¹, bisogna fissare alcuni avvertimenti e chiarimenti.

Innanzitutto, il problema ermeneutico fondamentale dell'incomprensione può essere affrontato *variamente*, cioè nelle *forme*, suscettibili di concorrere in uno stesso periodo, della *prassi*, della *disciplina tecnica*, della *teoria* o della *filosofia*. In secondo luogo, i contenuti assunti da ciascuna di queste forme costituiscono il risultato di *specifiche dinamiche*, nelle quali si incontrano e si scontrano fattori tipici, in particolare il *regime politico* vigente e la *concezione del diritto* professata⁴². In terzo luogo, la pratica interpretativa può essere *disciplinata* e limitata in molteplici modi, dagli stessi suoi cultori o da altri soggetti. In quarto luogo, la conseguente capacità della stessa prassi di innovare le scelte dei detentori del potere può atteggiarsi soprattutto in due modi, da tenere distinti tra loro: da un lato, la *creatività* quale individuazione di fattispecie o di conseguenze non immediatamente riconoscibili fino a un certo momento nella formulazione di una fonte giuridica, dall'altro lato, la *normatività* quale efficacia vincolante delle interpretazioni operate nei confronti di tutti i consociati. Queste considerazioni confluiscono in un principio metodologico generale, che gli storici del diritto non si stancano mai di valorizzare. Il ricercatore deve sforzarsi di cogliere le *peculiarità* del concetto di "interpretazione giuridica" (d'ora in poi: interpretazione *tout court*) nelle varie epoche considerate, senza ricorrere alla facile ma fuorviante scorciatoia di ritenere che il problema

⁴¹ Sull'ermeneutica contrattuale, v. le preziose riflessioni di A. Gentili, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti. Volume I. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino 2015, e V. Velluzzi, *La chiarezza ambigua. Interpretazione del contratto, significato e giurisprudenza*, in «Ars Interpretandi», 2021, 2, pp. 117-127.

⁴² Sui complessi rapporti tra diritto e potere, v. le lucide riflessioni di T. Greco, *Potere. L'altra faccia della medaglia*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Giappichelli, Torino 2019, pp. 29-56.

dell'incomprensione possa essere affrontato soltanto alla maniera dei contemporanei.

In definitiva, la ricostruzione storica programmata dovrà poggiare su alcune grandi *domande*, che fungono anche da *mezzi* concorrenti di *delimitazione* delle relative *epoche*. In ciascuna di queste: l'interpretazione, oltre che nella *forma* minima di una prassi, si è atteggiata anche in forme più complesse, in particolare quale oggetto di riflessione? Quale *regime politico* e quale *concezione giuridica* hanno costituito la cornice della pratica e dello studio ermeneutico? Si è affermato un complesso di *criteri* (dottrinali o autoritativi) capaci di dirigere questa pratica? È emersa una tendenza a *privilegiare alcuni* di questi *criteri* (es.: *ratio legis*) a scapito degli altri (es.: *littera legis*)? Ha consentito tutto ciò all'interpretazione di assumere carattere *creativo* o addirittura *normativo*? In quanti e quali modi, in definitiva, è stata *concepita* l'attività volta a superare il problema dell'incomprensione giuridica?

3.1. L'età dell'invenzione

Che il diritto come organizzazione generale della vita associata sia un'invenzione degli antichi romani, è convinzione radicata da tempo nel nostro immaginario⁴³. Se è così, è naturale che la nostra ricostruzione prenda le mosse dalla loro epoca. Al di là della significativa diversità dei periodi in cui la storia giuridica romana può esser suddivisa⁴⁴, l'ermeneutica si configurò nel suo complesso come *mera* eppure *sfaccettata pratica* dell'*interpretazione*. Mera pratica, perché la civiltà che la animò

⁴³ A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Einaudi, Torino 2021.

⁴⁴ In effetti, i vari studiosi propongono periodizzazioni che non coincidono con alcuna delle due tradizionalmente seguite per la storia generale del diritto romano. Cfr., ad es.: Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 54-60; A. Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, in «Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.», vol. X, 1993, pp. 3-13; F. Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano. A) Interpretazione della legge*, in «Enc. del Dir.», vol. XXII, 1972, pp. 239-250.

fu interessata più alla ricerca di soluzioni interpretative capaci di soddisfare i propri bisogni esistenziali, che a prestabilire a tal fine un *corpus* organico di *criteri* vincolanti. Ma anche pratica sfaccettata, perché l'*interpretatio*, che ebbe valore *creativo* e *normativo* solo a certe condizioni e fino all'inizio dell'epoca giustiniana, fu pertanto *concepita* come attività ora propriamente innovativa, ora semplicemente rivelativa.

3.1.1. Mancanza di un'autentica metodologia o teoria ermeneutica

Esaminiamo più in dettaglio ciascuno di questi punti, iniziando dalla mancanza di una teoria, ma anche di una semplice disciplina tecnica dell'interpretazione in diritto romano⁴⁵. Che in quest'epoca, perlomeno a partire da un certo momento, si sia avvertita l'esigenza di dotarsi di criteri interpretativi, è attestato dal *Corpus iuris civilis* (529-534), raccolta di materiali normativi eterogenei che il sovrano d'Oriente Giustiniano fece redigere per fissare in maniera chiara e definitiva l'ordinamento imperiale.

Limitando il discorso, come detto, all'interpretazione delle fonti pubbliche⁴⁶, è soprattutto nel Titolo III del Libro I del Digesto⁴⁷ (D. 1, 3)⁴⁸ che si trovano passi della giurisprudenza classica (I-III sec. d.C.)⁴⁹

⁴⁵ Cfr. G.G. Archi, *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung», 1970, p. 5; Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., pp. 2, 7.

⁴⁶ Altro discorso vale per l'interpretazione degli atti negoziali: cfr. Archi, *Interpretatio iuris*, cit., p. 4; Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 8.

⁴⁷ I primi 32 libri del Digesto sono consultabili, con testo latino e traduzione italiana a fronte, all'indirizzo <http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/>.

⁴⁸ Per ulteriori riferimenti, cfr. S. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità in diritto romano e nella tradizione romanistica. I. Interpretazione: tratti di un percorso concettuale*, in «Riv. di dir. rom.», 2008, pp. 43-51; Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., p. 253.

⁴⁹ Sul doppio significato di «giurisprudenza classica», cfr. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon, Oxford 1953; tr. it. di G. Nocera, *Storia della giurisprudenza romana*, Sansoni, Firenze 1968, pp. 181-183.

utili ai nostri fini. Si pensi a quelli: di Celso sulla preminenza dello spirito sulla lettera di un testo (D. 1, 3, 17)⁵⁰, sul ruolo della *voluntas legis* per lo scioglimento delle ambiguità (D. 1, 3, 19)⁵¹ o sull'importanza di intendere i vari frammenti di un atto esaminandolo al contempo per intero (D. 1, 3, 24)⁵²; di Giuliano sull'uso di un argomento simile all'*analogia legis* (D. 1, 3, 12)⁵³; di Ulpiano su uno schema paragonabile all'*analogia iuris* (D. 1, 3, 13⁵⁴)⁵⁵.

Tali criteri erano stati trasmessi dalla dottrina retorica, in particolare da Cicerone (106-43 a.C.) e Quintiliano (35/40-46 d.C.), per i quali l'interpretazione consisteva soprattutto in un'attività rivelativa di un senso preesistente (*interpretatio verborum*), dunque da compiere in maniera disciplinata⁵⁶. Nondimeno, i citati passi del Digesto offrivano direttive non solo frammentarie, vaghe, sparute e poco vincolanti, ma

⁵⁰ «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*». Ma, per una diversa lettura del passo, cfr. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., p. 43 s.

⁵¹ «*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*».

⁵² «*In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*».

⁵³ «*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praestet ad similia procedere atque ita ius dicere debet*».

⁵⁴ «*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione supplere*».

⁵⁵ Su tali frammenti, v. Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano*, cit., p. 249 s.

⁵⁶ Sul punto, cfr. Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., pp. 29-37, spec. 32 s., dove si indica la presenza già in Cicerone della fondamentale distinzione tra *interpretatio ex verbis* o *litteris* e *interpretatio ex sententia* o *ex voluntate*. Sull'influsso della retorica sulla giurisprudenza romana, v. anche Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 5; Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano*, cit., p. 243. Un efficace profilo storico-teorico della retorica giuridica è offerto da F. Puppo, *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, cit., pp. 293-317.

soprattutto irrelate a una chiara visione dei rapporti tra fini, mezzi e regole dell'interpretazione⁵⁷. Se a ciò si aggiunge che essi emersero solo nella fase imperiale, bisogna ribadire che l'esperienza romana non conobbe una vera e propria metodologia, né tanto meno una teoria ermeneutica.

3.1.2. Valore normativo dell'*interpretatio*

Veniamo al secondo problema, relativo al valore della *interpretatio*, da risolvere sullo sfondo del sistema delle fonti giuridiche romane⁵⁸. Anche a tal fine si impongono alcune precisazioni preliminari. Innanzitutto, non v'è dubbio che l'*interpretatio* degli *organi* dell'applicazione (giudici e funzionari) *vincolava di regola* soltanto le parti interessate. In secondo luogo e concentrandoci sull'attività dei *giuristi* (pontefici e laici), a noi interessa l'*interpretatio* in senso proprio, relativa alle fonti verbali⁵⁹.

⁵⁷ Su questa triade, che, a mio avviso, consente di stabilire come si configura una certa ermeneutica giuridica (*mera prassi*: attività slegata dall'applicazione di criteri predefiniti e obbligatori; *mera metodica*: uso regolato di metodi interpretativi, riconosciuti anch'essi come vincolanti; *metodologia*: analisi di tali metodi e delle regole che presiedono al loro uso, basata su una comprensione intuitiva dei fini dell'interpretazione; *teoria*: organizzazione dei metodi e delle regole ermeneutiche, fondata su una riflessione circa i fini dell'interpretazione e i rapporti che intrattiene con le restanti componenti dell'esperienza giuridica), cfr. R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, in «Enc. delle scienze sociali», vol. VI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 1996, pp. 66-70.

⁵⁸ Per un quadro tanto sintetico quanto chiaro delle fonti di produzione del diritto romano, cfr. R. Lambertini, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Clueb, Bologna 2006, pp. 33-50.

⁵⁹ Come riferiscono Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 54, e Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 3, nell'età arcaica, in cui ancora mancava una chiara distinzione tra diritto e religione, per «*interpretatio*» si intendeva, oltre che l'emanazione di *responsa* sulla base dei *mores maiorum*, anche la spiegazione della volontà divina retrostante ad *auguria*, *auspicia*, *portenta*, *prodigia*, *somnia* e così via (non diversamente da quanto avveniva per il corrispondente termine greco antico: cfr. *supra*, § 2.1).

Essa ebbe inizio propriamente con l'emanazione della legge delle XII Tavole (451-450 a.C.), una rielaborazione degli antichi *mores maiorum* fissata a garanzia della plebe⁶⁰, e si estese poi ad altri fonti scritte dell'epoca repubblicana e di quella imperiale (*leges publicae, senatusconsulta, edicta*)⁶¹.

Tanto chiarito, il problema del carattere *normativo o solo orientativo* della *interpretatio* dei giuristi (pontefici e laici fino al III sec. a.C., solo laici in seguito) va risolto distinguendo tre grandi fasi. Nella *prima*, che va dall'emanazione della legge delle XII Tavole all'età adrianea, essa ebbe carattere normativo per mere ragioni di effettività⁶², ossia per il prestigio acquisito da alcuni giuristi presso i cittadini e i funzionari che li consultavano per ottenere *responsa* su come agire nei campi di rispettivo interesse.

La situazione divenne più complessa con l'imperatore *Adriano*, il quale stabilì con un rescritto che i pareri concordi dei giuristi più insigni, ossia muniti da Augusto in poi del diritto esclusivo di fornire *responsa* per conto dell'imperatore (*ius respondendi ex auctoritate principis*), fossero vincolanti per i giudici; in tali casi, infatti, il valore normativo delle *interpretationes* dei giuristi aveva un fondamento formale⁶³.

L'*ultima* fase di questa evoluzione coincise con l'emanazione del *Corpus iuris*, il quale, esprimendo la pretesa dell'imperatore di essere l'unico *conditor et interpres legum*, intese escludere per l'avvenire il suddetto valore normativo⁶⁴.

⁶⁰ Sull'importanza di questo evento, cfr. Burdese, *Interpretazione nel diritto romano*, cit., p. 3; Serrao, *Interpretazione. II. Diritto romano*, cit., p. 242.

⁶¹ Per tali oggetti di interpretazione, cfr. Archi, *Interpretatio iuris*, cit., p. 8 s.; Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., p. 40.

⁶² Cfr. Lambertini, *Introduzione allo studio esegetico*, cit., p. 46.

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ Archi, *Interpretatio iuris*, cit., spec. p. 45.

3.1.3. Il concetto di “*interpretatio*”

Alla luce di tutto ciò, si può finalmente esaminare la questione generale del concetto di “*interpretatio*” nel diritto romano, ossia se con ciò si sia intesa un’attività di rivelazione di un senso preesistente, deposto o almeno riposto nel suo oggetto, oppure di creazione di un senso sostanzialmente nuovo. La questione non va confusa con quella appena esaminata, dato che il carattere normativo oppure decisorio od orientativo di un’interpretazione non implica il suo carattere creativo oppure rivelativo, né viceversa. Nella letteratura romanistica essa è stata generalmente risolta riconoscendo l’equivocità del termine “*interpretatio*”, cioè il suo esprimere in via alternativa entrambi i caratteri indicati: quello creativo e quello meramente rivelativo⁶⁵.

Anche questa coppia, peraltro, non va assunta in modo rigido, costituendo piuttosto una dialettica dagli esiti diversi a seconda dell’epoca considerata. Rifacendoci grosso modo alla periodizzazione proposta per la questione della normatività, dunque limitandoci alla *interpretatio* dei giuristi, è sostenibile quanto segue⁶⁶. Nella *prima* fase, caratterizzata da un regime politico tollerante (repubblicano, prima, imperiale moderato, poi), dalla mancanza di una sia pur rudimentale riflessione sui criteri interpretativi e dall’efficacia normativa legata al prestigio degli stessi giuristi, si parlò soprattutto di *interpretatio iuris* (o *prudentium*). L’interpretazione, cioè, si atteggiò come attività legata non tanto al proprio oggetto, quanto alle esigenze politiche del momento, così da assumere carattere ampiamente *creativo*.

⁶⁵ Per inquadramenti più netti, che contrappongono l’*interpretatio* all’interpretazione contemporanea cfr. S. Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in «Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.», vol. X, (1993), pp. 13, 15; G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, p. 4, che limita, però, il suo discorso agli «usi più risalenti», accostando «*interpretatio*» a «*ermenela*».

⁶⁶ Archi, *Interpretatio iuris*, cit., pp. 5-7 (*interpretatio legum*), 8-10 (*interpretatio legis*), 10-30 (*interpretatio iuris* o *prudentium*) e *passim*; Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., pp. 37-43, spec. 42.

Nella *seconda* fase, segnata dal notevole incremento dell'autorità imperiale, dall'influsso delle concezioni ermeneutiche della retorica e dall'addomesticamento attraverso il *ius publice respondendi* del potere interpretativo dei giuristi, fece la sua comparsa l'*interpretatio legis*, di marca più schiettamente *ricognitiva*.

Nell'*ultima* fase, contrassegnata dall'accentramento in capo all'imperatore del potere di emanare e interpretare ogni legge, emerse una terza figura, l'*interpretatio legum*. Stabilendo in due costituzioni il monopolio imperiale dell'interpretazione delle leggi (C. 1, 14, 12, del 529) e il divieto di commento e di interpretazione del *Corpus* (*Constitutio Tanta*, del 533)⁶⁷, Giustiniano si propose di eliminare ogni spazio di azione alla creatività ermeneutica della dottrina e degli organi dell'applicazione⁶⁸.

⁶⁷ Su tali costituzioni, cfr. l'accurata ricostruzione di F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Veit & Comp., Leipzig 1840; tr. it di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Unione Tipografico Editrice, Torino 1886, pp. 308-311. Sulla questione del rapporto tra tali divieti e i criteri ermeneutici stabiliti dal *Corpus*, cfr., da un lato, *ivi*, pp. 311-317 (i secondi non toglievano che i primi mirassero a eliminare ogni discrezionalità giudiziaria), dall'altro, F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli 1909, pp. 69-75 (sulla scia di Thibaut e contro Savigny), e Levy, citato in Archi, *Interpretatio iuris*, cit., p. 3 nt. 3 (contro Stroux, sostenitore di una tesi analoga a quella di Savigny).

⁶⁸ Sulla ineffettività di tali divieti, cfr. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 59; Masuelli, *Interpretazione, chiarezza e oscurità*, cit., p. 55 nt. 213. Sulla mancanza di notizie precise circa la loro incidenza in epoca medievale, v. Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale*, cit., p. 17.

3.2. L'età della recezione

Tralasciando gli ordinamenti intermedi tra la fine del regno di Giustino (565) e l'inizio del secondo millennio⁶⁹ per la mancanza di vere innovazioni di interesse ermeneutico⁷⁰, mi rivolgo ora al lungo periodo nel quale il diritto dei principali ordinamenti europei poggiò sull'elaborazione e armonizzazione scientifica del *Corpus* giustiniano e dei decreti e decretali della Chiesa (*ius commune* o *utrumque ius*, valevole in *temporalibus* e, rispettivamente, in *spiritualibus*), nonché della legislazione monarchica degli Stati regi e degli statuti dei Comuni e delle libere città (costituenti gli *iura propria*)⁷¹.

Questa lunga evoluzione ebbe inizio con l'opera dei Glossatori (XII-XIII sec.), proseguì con quella dei Commentatori (XIV-XV sec.) e i primi trattati sull'interpretazione di parziale impronta umanistica (XV-XVI sec.), passò per la cultura giusrazionalista (XVII-XVIII sec.), fino a culminare nella produzione della Scuola storica tedesca (XIX se-

⁶⁹ Sui quali si può consultare la ricca ricostruzione di F. Calasso, *Medioevo del diritto. Le fonti* (1954), Adelphi, Milano 2021, pp. 113-122 (Italia bizantina), 153-170 (Impero carolingio), 171-189 (ordinamento ecclesiastico), 237-264 (diritti romani). Ai nostri fini, tuttavia, merita qualche cenno la *Lex Romana Visigothorum* (o *Breviario Alariciano*), emanata nel 506 dal re dei Visigoti Alarico II e contenente alcune importanti costituzioni (*leges*) e opinioni dottrinali (*iura*) di origine romana. Essa fu infatti corredata dagli stessi redattori di una apposita *Interpretatio*, la cui funzione ha dato luogo a discussioni. La tesi più convincente ritiene che mirasse non tanto al semplice chiarimento, quanto all'adattamento equitativo delle vecchie norme, ancora valevoli per la popolazione romana, alle nuove esigenze di quella visigota: L. di Cintio, *L'«Interpretatio visigothorum» al «Codex Theodosianus»*. *Il Libro IX*, Led, Milano 2013, spec. pp. 23-25.

⁷⁰ In effetti, come osserva Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale*, cit., p. 16, «lo stesso problema ermeneutico non si pose nei tempi seguiti al concludersi dell'esperienza romana, se non quando i testi giustiniani ripresero a circolare, imposti all'osservanza di tutti».

⁷¹ Su questo quadro di fonti, cfr. Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 13, 183 s.

colo). Trascorsa la fase iniziale, l'ermeneutica di tale periodo, innanzitutto, si atteggiò come una *prassi sempre meno creativa e normativa*; in secondo luogo e correlativamente a ciò, funzionò altresì come una *disciplina tecnica sempre più raffinata e vincolante* dell'attività *interpretativa*; infine, nella fase terminale, assurse anche al rango di vera e propria *teoria*.

In sintesi, sotto il *primo* profilo, il progressivo spostamento dell'equilibrio tra *ratio* ed *auctoritas* dall'elemento razionalistico a quello volontaristico comportò il ridimensionamento del potere innovativo e normativo dell'interpretazione giurisprudenziale. Sotto il *secondo* profilo, tale rinnovamento ideologico, di matrice scientifica, filosofica e politica, fu mediato anche dalla progressiva trasformazione dei criteri interpretativi da schemi di legittimazione postuma di soluzioni ermeneutiche raggiunte su basi materiali (*aequitas, rationabilitas*) a strumenti di riconoscimento di una volontà normativa concepita come preesistente. Sotto il *terzo* profilo, con la Scuola storica, in particolare col suo fondatore Savigny, questa congerie di elementi fu trasformata in una visione organica dell'interpretazione, in quanto, per la prima volta, questa fu non solo concepita come attività fisiologica, dunque ubiquitaria, per la realizzazione del diritto, ma soprattutto indagata sullo sfondo di una compiuta concezione del diritto (storicista e sistematica).

Si tratta ora di approfondire la comparsa di tali aspetti nel corso delle quattro fasi indicate, accomunate, al di là di innegabili differenze reciproche, da un elemento ben preciso, che ne fa parti di un'unica età, quella, appunto, della recezione. È il fenomeno della capacità di certi soggetti (giuristi e giudici) di imporre *di fatto e gradualmente* come nucleo del diritto comune l'elaborazione del *Corpus iuris civilis*, fonte in apparenza “*straniera*”, proponendone interpretazioni plausibili perché adeguate allo spirito del tempo⁷².

⁷² Sulla differenza tra la normatività immediata della giurisprudenza romana e quella mediata della giurisprudenza medievale, cfr., per tutti, Savigny, *Sistema del di-*

3.2.1. La fase dei Glossatori

Nella *prima* fase, avviata dalla riscoperta del *Corpus*, per lungo tempo rappresentata in termini leggendarî⁷³ (come riemersione nel “Placito di Marturi”⁷⁴), la produzione del diritto fu influenzata soprattutto dalla Scuola dei Glossatori, costituente una sorta di cerniera tra l’epoca antecedente di Giustiniano e quella successiva dei Commentatori. A partire dal fondatore della Scuola di Bologna, Irnerio (c. 1050-c. 1100), passando per Azzone (c. 1150-c. 1225), fino ad arrivare ad Accursio (c. 1180-c. 1160), autore di quella *Magna glossa* destinata a divenire il testo canonico del filone, i Glossatori si contraddistinsero proprio per la tecnica ermeneutica utilizzata, consistente nel corredare i brani della compilazione giustiniana di una miriade di annotazioni esplicative, interlineari o marginali (“glosse”)⁷⁵.

Volendo fissare in maniera concatenata i caratteri di questa Scuola, può dirsi che essa operò, da un lato, in una fase ancora caratterizzata dall’*unità* e dalla *solidità* di quel Sacro Romano Impero che occupava buona parte del continente europeo, dunque dalla *centralità* del *Corpus* che esso riteneva di aver ereditato (“*translatio imperii*”⁷⁶); dall’altro, nella presunzione della *razionalità eterna* di questo testo, quindi dell’opportunità di attenersi alla sua *lettera*, facendo uso di tecniche

ritto romano attuale, vol. I, cit., p. 183.

⁷³ Che la compilazione giustiniana fosse impiegata anche in Occidente ben prima dell’epoca dei Glossatori, lo sostiene con dovizia di argomenti Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 61. Ma sul punto v. anche le riserve di Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, cit., p. 16 s.

⁷⁴ Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 79 s., dove sono menzionati ulteriori placiti.

⁷⁵ Cfr. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 62-64, cui si rinvia anche per gli ostacoli che si frapponivano al progetto della Scuola (in particolare: divieti di commento e di interpretazione del *Corpus*) e gli espedienti da essa utilizzati per superarli.

⁷⁶ Sul punto, cfr. *ivi*, p. 61.

perlopiù *esegetiche* ed astenendosi dal corromperne il senso⁷⁷. Per quanto ci interessa, ne risultò, oltre a una congerie di interpretazioni modestamente *creative e normative*, un contributo *innovativo* pressoché *nullo* alla *metodologia* ermeneutica.

3.2.2. La fase dei Commentatori e dei primi trattati sull'interpretazione

Ben diversa fu la *seconda* fase dell'età della recezione, segnata dalla Scuola dei Commentatori, la cui fama fu dovuta, oltre che ai capiscuola Cino da Pistoia (1270-1336 o 1337) e Ranieri da Forlì (c. 1300-1358), soprattutto al loro allievo Bartolo da Sassoferrato (1313 o 1314-1357) e al discepolo di questi Baldo degli Ubaldi (1319 o 1327-1400). Tali giuristi promossero un mutamento di stile che sembrò avere un rilievo soltanto tecnico, ma fu in realtà denso di presupposti e gravido di conseguenze. La scelta di studiare il *Corpus* col metodo del *commento*, cioè di una rielaborazione anche materialmente autonoma, manifestò sul piano formale l'intenzione dei Commentatori di divenire autentici attori della produzione giuridica.

La loro opera si contraddistinse così sotto due profili, ben diversi da quelli visti a proposito dei Glossatori: da un lato, l'esigenza di *coordinare* il *Corpus*, espressione della decadente autorità imperiale, con le diverse fonti giuridiche prodotte dalle sempre più intraprendenti realtà locali e corporative⁷⁸, in particolare quella comunale⁷⁹; dall'altro lato, il *rifuto* della presunzione di *razionalità eterna* del testo giustiniano,

⁷⁷ Sulle tecniche dei Glossatori, cfr. Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 18-20.

⁷⁸ Sul pluralismo delle fonti medievali, v., per tutti, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 29-35, 223-235.

⁷⁹ Sul punto, per tutti, cfr. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 401-442, spec. 403-422 (sul tema, particolarmente importante ai nostri fini, dei divieti di interpretazione degli statuti).

considerato, non più come testo vincolante, bensì come veicolo di un *sensu*⁸⁰ da intendere in funzione dei bisogni della realtà bassomedievale⁸¹, facendo uso soprattutto dei raffinati strumenti *dialettici* offerti dalla scolastica⁸².

Sul piano *ermeneutico* ne scaturì una duplice *conseguenza*. Innanzitutto, la riemersione del valore *pienamente creativo e normativo* della *interpretatio* dei giuristi, non solo favorita dal possesso della qualità di esperti di diritto, ma soprattutto conquistata con la capacità di far fronte con sempre nuove creazioni alle esigenze sociali e politiche dell'epoca⁸³. In secondo luogo, la fissazione di un catalogo di *nozioni e direttive ermeneutiche* complementare a quello stabilito dal *Corpus*; catalogo, questo, che, tuttavia, proprio a causa del pragmatismo dei giuristi medievali, non costituì mai un vero e proprio apparato metodologico, ma solo un arsenale cui attingere per legittimare *ex post* la soluzione ermeneutica ritenuta di volta in volta preferibile⁸⁴. Sotto quest'ultimo profilo, i Commentatori impiegarono, sì, molteplici *criteri interpretativi* (*declaratio per rubricam, communis usus loquendi*, ecc.) e *correttivi* (*eadem vel similis ratio*, presunzione di volontà, principi e valori ecc.), nonché *schemi di ragionamento* (*a simili, a contrario* e altri ancora), ma li coordinarono soprattutto sotto la guida della «*rationabilitas*» e delle sue

⁸⁰ Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 65-68 e nt. 34.

⁸¹ Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 158, 244, 257.

⁸² Su tali strumenti, cfr. Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., p. 532 (che richiama la lezione di Cino da Pistoia).

⁸³ Cfr. la rassegna di Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 169, 211, 215-218.

⁸⁴ Sul punto, v., per tutti, Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 325, 332, 347, spec. 320-321 (corsivi nell'orig.): «tutta l'analisi fin qui condotta [...] ci ha sempre più portato sulla via di una *identificazione dell'interpretazione con l'argomentazione*. [...] L'interpretazione, in sostanza, non ci si è presentata come una reale chiave di comprensione della norma (o della volontà del legislatore, o del disegno generale dell'ordinamento); [...] ma sempre e solo [...] come un complesso di strumentazioni e tecniche argomentative volte a suffragare una scelta del giurista».

principali declinazioni («*operabilitas*», «*aequitas*», «*publica utilitas*» e così via)⁸⁵.

Ne risultò, come era avvenuto in epoca romana, anzi a maggior ragione, un concetto di «*interpretatio*» molto più comprensivo del nostro, perché composto da tre nuclei concorrenti, tanto da essere qualificato «*nomen aequivocum*»⁸⁶. Innanzitutto, mera *esegesi letterale* (non di rado chiamata soltanto «*significatio*»⁸⁷), consistente nell'individuazione del contenuto semantico immediato del testo, concepito come significato preliminare e provvisorio. In secondo luogo, *adattamento* del diritto a *fini applicativi*: sia nelle forme *esplicative* della *declaratio* (scioglimento delle ambiguità lessicali, basato sulla scelta del significato letterale ritenuto più adeguato alle esigenze del caso concreto) e della *intensio* (esplicitazione dei significati da ritenere immanenti al testo in base alla presunzione di razionalità del legislatore, come nel caso di scuola del divieto di esportare farina, ritenuto implicato da quello di esportare grano); sia nelle forme *correttive* della *restrictio* e della *extensio* (manipolazione su base equitativa del significato esplicito, volta a escludere/includere sottofattispecie in esso rientranti/non rientranti). Infine, *creazione di diritto* nuovo (elaborando con argomenti dialettici i significati individuati in via interpretativa). La *summa* di questa complessa fenomenologia fu offerta da Bartolo in una definizione divenuta poi paradigmatica: «*interpretatio sumitur quandoque pro correctione ..., quandoque pro arctatione seu derogatione..., quandoque pro verborum*

⁸⁵ Ivi, spec. pp. 160, 242, 356-384.

⁸⁶ Sulla complessità del concetto medievale di interpretazione, v., con varietà di accenti, Caprioli, *Interpretazione nel diritto medievale*, cit., pp. 13, 18; Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 162-168; Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 174, 178, 181, 206, 208; Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 104, 108-111, 136.

⁸⁷ Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 67 (che segnala oscillazioni al riguardo).

expositione seu declaratione... , quandoque pro additione seu ad novum casum extensione»⁸⁸.

Prima di passare alla terza fase dell'età della recezione, è opportuno dedicare qualche cenno ai *primi trattati sistematici sull'interpretazione*, pubblicati da giuristi italiani tra la seconda metà del Quattrocento e la prima metà del Cinquecento. Essi occuparono una posizione mediana⁸⁹ tra la Scuola dei Commentatori, da cui mutuarono lo stile compositivo e l'ispirazione equitativa, e il movimento umanistico, di cui condivisero le esigenze di rigore filologico, in particolare in vista del recupero del senso originario della compilazione giustiniana⁹⁰. I più significativi furono: il *Tractatus extensionis* (1435) di Matteo Mattesilani; il *De interpretatione legis extensiva* (1460), prima opera monografica sull'analogia, di Bartolomeo Cepolla, «il miglior teorico dell'*extensio legis*»⁹¹; il *Tractatus de iuris interpretatione* (1463), primo trattato generale sull'interpretazione, di Costantino Rogerio; il *De interpretatione iuris* (1496; ristampato nel 1584 come *De interpretatione legum*), «la

⁸⁸ Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., spec. pp. 157, 89, 174, 154, 222 e, rispettt., 104. Per una diversa sistematizzazione, che, riferendosi soprattutto ai primi trattati sistematici di cui parlerò tra breve, si incentra sulla *summa divisio* tra *comprehensio* (abbracciante sia la *significatio* quale interpretazione meramente letterale, sia l'*interpretatio declarativa* quale sviluppo logico della *significatio* basato sull'applicazione di schemi come quello *a genere ad speciem*) ed *extensio* (applicazione di una norma a un caso legato a quello da essa compreso da un rapporto di *similitudo* relativo di una *eadem ratio*), cfr. Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 63-130. Per una replica, v. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 220-222, spec. 222, il quale evidenzia che i giuristi medievali individuarono (non una sola, bensì) tre forme di *extensio* (comprensiva, correttiva e analogica).

⁸⁹ Cfr. D. Luongo, *La metodologia del Commento nei trattati sull'interpretatio iuris di età umanistica*, in «AION», 2018, p. 235 s.

⁹⁰ Sul punto, sempre prezioso Maffei, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, cit., spec. pp. 22 s., 60 s., 92, 158 s., 162, 164 s., 175 s., 187 (che evidenzia ripetutamente l'esistenza, all'interno del movimento, di molteplici correnti, quale riflesso della diversità delle culture e, dunque, delle aspirazioni giuridiche nazionali).

⁹¹ Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 113.

più completa [opera] sul tema dell'interpretazione del diritto»⁹², di Stefano Federici; il *De extensionibus* (1509), «il primo [...] trattato generale di logica giuridica»⁹³, di Pietro Andrea Gammaro, «il giurista che si preoccupò di precisare con maggior senso filosofico il valore del diritto come fenomeno di razionalità»⁹⁴; il *De verborum et rerum significatione* (1530) di Andrea Alciato, il più raffinato degli umanisti italiani⁹⁵.

Con tali opere furono definitivamente fissati i risultati della riflessione dei due secoli precedenti. Il tendenziale primato della *ratio* sulla *littera legis*, la correlata bipartizione tra *interpretatio circa verba* e *circa mentem*, la distinzione tra *extensio* e *comprehensio legis*⁹⁶: tutti questi temi furono trattati per la prima volta in forma monografica e sistematica. Il risultato fu un apparato capace di costituire, in verità più sul piano *categoriale* che su quello metodologico, un punto di riferimento per le future indagini ermeneutiche⁹⁷.

⁹² Ivi, p. 13.

⁹³ Ivi, p. 11.

⁹⁴ Ivi, p. 33.

⁹⁵ Per ulteriori notizie su queste (e altre) opere, cfr., ampiamente, Luongo, *La metodologia del Commento nei trattati*, cit., pp. 204-235; in termini più sintetici: Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 39-51; Geldsetzer, *Einleitung*, cit., pp. XVI-XX; Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 7-15; Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., pp. 53-56.

⁹⁶ Su questi temi, cfr. Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 64-84, 94 s., 113-118 e 125-127.

⁹⁷ Su questa scia si posero, infatti, già i trattati sull'interpretazione degli umanisti maturi, francesi e tedeschi (così Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 13, che evidenzia soprattutto l'influsso di Federici), tra i quali si segnalano il *Iurisconsultus* (1559) di Francois Hotman e *l'Interpres* (1613), «il classico di questa disciplina», di Valentin Wilhelm Forster, «il più noto ermeneutico del diritto» della sua epoca (entrambe le citazioni da Geldsetzer, *Einleitung*, cit., p. XX). Su queste due opere, cfr. altresì Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., p. 55 s.

3.2.3. La fase del giusrazionalismo

La *terza* fase dell'età in esame ebbe inizio nel XVII secolo e fu dominata dalla *cultura giusrazionalista*. Come nelle epoche successive, i suoi principali protagonisti furono i giuristi tedeschi, tardivamente impegnati nella recezione della tradizione romanistica, che fu avviata solo nel Cinquecento⁹⁸. Notevoli per quantità e originalità furono i suoi motivi ispiratori generali: dalla rivoluzione *scientifica* promossa da Galilei e Newton, a quella *filosofica* prodotta da Cartesio, fino alla rivoluzione *politica* coincidente con l'affermazione della forma statale⁹⁹. Essi concorsero al medesimo risultato, quello *spostamento* di equilibrio *dal razionalismo al volontarismo* che, come anticipato, segnò la direzione della modernità.

A un orecchio distratto, quest'ultima osservazione potrebbe suonare paradossale, perlomeno in riferimento ai primi due motivi. Si potrebbe ritenere, cioè, che, proprio perché la rivoluzione scientifica fu resa possibile da un *metodo* rigoroso come quello sperimentale e matematizzante, e proprio perché la rivoluzione filosofica si tradusse nella piena fiducia nel *metodo* critico, la modernità abbia piuttosto costituito il compimento delle tendenze razionalistiche tipiche dell'epoca medievale.

Sennonché, le due forme di *razionalità* furono ben diverse: mentre quella *medievale* fu materiale, concreta e finale, la razionalità *moderna* fu formale, astratta e strumentale. In altre parole, mentre la prima si tradusse nel perseguimento di *risultati equi e ragionevoli*, cioè accettabili

⁹⁸ Imprescindibile al riguardo, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1967; tr. it. di U. Santarelli, S.A. Fusco, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1980, pp. 177-219, spec. 177 (sull'autentica recezione, cosiddetta «pratica»).

⁹⁹ Sui caratteri della «modernità centrale», specie giuridica, illuminanti sono le riflessioni di A.M. Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, Coimbra 2012; tr. it. di G. Damele, ed. it. a cura di A. Mazzacane, *La cultura giuridica europea*, il Mulino, Bologna 2013, pp. 203-239, spec. 232 s.

da tutti *nella situazione* di turno, la seconda costituì piuttosto il *mezzo per analizzare e fissare* le caratteristiche *ricorrenti* nelle realtà di un certo tipo¹⁰⁰. È proprio qui che, seguendo lo spunto di un acuto storico del diritto, va colto il nesso tra *giusrazionalismo* e *volontarismo* quale cifra della *modernità*: l'uso della razionalità come strumento di analisi comportò che «i tratti più caratteristici della natura dell'uomo [furono] identificati da molti autori nella libertà e nell'autodeterminazione (ossia nel potere della volontà), e il fondamento della società [fu] visto nel contratto». Ed è proprio sotto quest'ultimo profilo che i primi due motivi indicati si saldarono col terzo: «un metodo razionalistico d'indagine (un *razionalismo metodologico*) sfoci[ò] così in un modello volontaristico dell'ordinamento sociale, cioè in un *volontarismo assiologico*»¹⁰¹.

Tale mutamento di equilibrio si manifestò innanzitutto in ambito *giuridico*, attraverso le opere di Hobbes¹⁰² e Pufendorf¹⁰³, e produsse risultati anche sul terreno della *pratica* e della *disciplina ermeneutica*: un nuovo *concetto* di “interpretazione”, un certo sfavore per le *innovazioni* dottrinali e un'attenzione inedita per le questioni di *metodo*. In questa sede non è consentito passare in rassegna i principali studi in materia apparsi tra il 1650 e il 1800, più o meno aderenti all'ideologia volontarista¹⁰⁴, ma bisogna concentrarsi sui suddetti punti cruciali. In-

¹⁰⁰ Sulla nozione contemporanea di «ragionevolezza giuridica», cfr. le perspicue osservazioni di S. Zorzetto, *Ragionamento giuridico e ragionevolezza*, in *Intorno al ragionamento giuridico*, a cura di A. Carratta, M. De Caro, G. Pino, Roma Tre-Press, Roma 2022, pp. 13-42.

¹⁰¹ Hespanha, *La cultura giuridica europea*, cit., p. 219 (corsivi nell'orig.).

¹⁰² Sul pensiero giuridico di Hobbes, cfr., V. Omaggio, *Justus metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale Scientifica, Napoli 2000; T. Gazzolo, *Ius/Lex. Hobbes e il diritto naturale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

¹⁰³ Sul pensiero giuridico di Pufendorf, cfr. F. Palladini, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, il Mulino, Bologna 1990.

¹⁰⁴ Limitandoci a quelle monografiche (dato che riflessioni sull'interpretazione di stampo volontaristico si trovano anche in opere di carattere generale, a cominciare

nanzitutto, il timbro volontaristico si impresse in un nuovo *concetto* di “*interpretazione*”, ben diverso da quello medievale, perché incentrato sulla ricerca di ciò che il sovrano aveva inteso stabilire per il bene comune patteggiamente affidato alle sue cure¹⁰⁵.

In secondo luogo e correlativamente a ciò, si continuò, sì, a ritenere che l'interpretazione fosse necessaria unicamente per le disposizioni problematiche, ma tali furono considerate solo quelle equivoche (espressive di più significati concorrenti) od oscure (espressive di uno o più significati divergenti dalla volontà legislativa), non anche quelle inique (espressive di significati contrari al senso di giustizia del caso concreto); di qui lo scioglimento del matrimonio millenario tra *interpretazione della legge* (*Gesetzesinterpretation*) e *perfezionamento del diritto* (*Rechtsfortbildung*), in particolare in via di estensione analogica¹⁰⁶.

Infine, nell'ambito dell'interpretazione *dottrinale*, che già Francisco Suárez aveva distinto da quella *autentica* (legislativa espressa) e da quella *usuale* (legislativa consuetudinaria), si impose definitivamente grazie a Thomasius la bipartizione in interpretazione *grammaticale* e interpretazione *logica* (ora ricomprensente le forme classiche dell'interpretazione *dichiarativa, estensiva e restrittiva*). Più precisamente, secondo il grande pensatore tedesco, nel primo caso si trattava di riconoscere il

da quelle di Pufendorf), v. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., pp. 136-142 (sulle opere di Eichel, von Felde, Placcius, Schröter, Harres, Thomasius, Böhmer, Horn, Holderrieder, Eckhard, Rapolla, Glück, Grolman, Thibaut). Secondo Schröder, l'autore decisivo fu Christian Thomasius (1655-1728), il padre dell'Illuminismo tedesco, per almeno due ragioni: innanzitutto, perché, muovendo dalla distinzione tra *modi* (interpretazione grammaticale/logica) e *risultati* (interpretazione dichiarativa/estensiva/restrittiva) ermeneutici, chiarì per la prima volta che non esistevano specifici modi per specifici risultati, bensì che ogni modo era in astratto compatibile con ciascun risultato; in secondo luogo, perché, ancora una volta da pioniere, spostò l'attenzione dal secondo polo al primo (cfr. ivi, p. 138 s.).

¹⁰⁵ Sul volontarismo quale cifra dell'ermeneutica di quest'epoca, cfr. ivi, pp. 136, 140, 148, 151, 163, 165 s.

¹⁰⁶ Ivi, p. 142 s.

significato delle parole «senza considerare il pensiero» di cui esse erano pur sempre mezzi di comunicazione; nel secondo, invece, di «spiegare l'opinione di un uomo a partire da circostanze diverse dalle sue oscure parole», dunque di individuare la volontà o il senso (*mens, voluntas* o *sensus*) di chi le aveva utilizzate, fine ultimo dell'attività interpretativa. Lo stesso Thomasius ebbe inoltre il merito di integrare e sistematizzare i *metodi* interpretativi ereditati dalla tradizionale medievale, ossia le regole necessarie per il funzionamento dell'interpretazione grammaticale e di quella logica, elaborando un autentico pentalogico. In questo senso, all'interprete fu prescritto di tener presenti: la persona dell'autore; l'oggetto del discorso; ciò che precede e ciò che segue la locuzione interpretata, nonché le altre espressioni dell'autore; la corrispondenza alla sana ragione (degradata a strumento di accertamento della *voluntas*); il motivo retrostante all'emanazione della legge¹⁰⁷.

3.2.4. La fase savignyana

La *quarta* e ultima fase dell'età della recezione fu inaugurata dalle prime produzioni della Scuola storica tedesca, in particolare dall'opera del suo fondatore, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), autore di profondi cambiamenti nel modo di concepire non solo il diritto e la sua scienza, ma anche l'interpretazione giuridica.

Sotto il primo profilo, la scoperta che il diritto (a cominciare da quello romano), lungi dal discendere da un complesso di postulati evidenti e rigorosi, costituiva un'esperienza in *evoluzione continua* e *organica*,

¹⁰⁷ Ivi, pp. 143-152. Per approfondimenti sull'ermeneutica giuridica di Thomasius, v. K. Luig, *Die Auslegung von Willenserklärungen im Naturrecht von Grotius bis Wolff*, in J. Schröder (hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 29. September bis 1. Oktober 1999*, Steiner, Stuttgart 2001, pp. 144-152; su quella generale, v. A. Bühler, L. Cataldi Madonna, *Von Thomasius bis Sendler. Entwicklungslinien der Hermeneutik in Halle*, in Id. (hrsg.), *Hermeneutik der Aufklärung*, Meiner, Hamburg 1994, p. 50 s.

in quanto alimentata da consuetudini espressive di bisogni mutevoli ma condivisi, indusse Savigny a prendere le distanze dalla mentalità giusrazionalista e a professare una concezione *storicista* e *sistematica* del fenomeno giuridico, nonché, di risulta, della scienza che lo studia¹⁰⁸.

Sotto il secondo profilo, la convinzione del carattere essenzialmente *comunicativo* della legge, cioè dell'essere mezzo di espressione di un pensiero che può anche differire dal suo significato immediato, lo spinse a individuare il *compito dell'interpretazione* nella «ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge», sempre necessaria affinché il diritto possa «tradursi nella vita pratica», eppure mai sufficiente per la sua natura non tanto scientifica, quanto *artistica*¹⁰⁹.

Ora, è proprio nel collegamento tra le due posizioni che riposano le ragioni dell'autonoma collocazione di Savigny nell'età della recezione.

¹⁰⁸ Sul punto, v. già l'intervento nella nota polemica con Thibaut: F.C. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814; tr. it. di G. Marini, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1982, spec. pp. 97-101. Per approfondimenti della concezione storicista e organicista della Scuola storica, cfr. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, cit., vol. 2, spec. pp. 11-38, nonché Hespanha, *La cultura giuridica europea*, cit., pp. 274-283 (specie per la distinzione tra la prima stagione, segnata da Savigny e in cui prevale l'elemento storico, e la seconda, condizionata da Puchta e dominata dall'elemento sistematico). Sulla Pandettistica, fondamentale P. Cappellini, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette*, Giuffrè, Milano 1984; Id., *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Giuffrè, Milano 1985.

¹⁰⁹ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., pp. 237 (significato immediato ed espressione come mezzo v. pensiero come scopo), 221 (prima citazione e giustificazione dell'uso della parola «pensiero [*Gedanke*]»), equivalente ai termini latini «*mens*» e «*sententia*», anziché di altre parole, ritenute equivoche, come «intenzione [*Absicht*]»), 223 (interpretazione [*Auslegung*] come «*explicatio*», distinta dalla spiegazione [*Erklärung*]»), 242 (distinzione fondamentale tra «il vero pensiero del legislatore», fine dell'interpretazione, e «quello che egli ragionevolmente avrebbe dovuto avere», funzionale invece alla correzione della legge), 245 (distinzione analoga a quella appena citata), 215 (seconda citazione), 297 (interpretazione come arte).

Trattando per la prima volta l'*interpretazione* come attività *ricorrente e ubiquitaria* nella vita giuridica, nella cornice di una concezione del diritto *compiuta e originale* per la sua impronta storicista e sistematica, Savigny fu finalmente in grado di abbinare alla pratica e alla metodologia giuridica del suo tempo (che peraltro aveva già prodotto buoni risultati¹¹⁰), una vera e propria *teoria dell'interpretazione nel diritto*, tanto da essere considerato il *fondatore dell'ermeneutica giuridica*¹¹¹.

Sviscerare tale teoria non è facile per diverse ragioni. Innanzitutto, perché ritagliata sul diritto romano, funzionante secondo una logica casistica, ben diversa da quella astratta del nostro diritto legislativo¹¹². In secondo luogo, perché la sua elaborazione avvenne attraverso diversi lavori, che produssero in alcuni punti mutamenti anche significativi¹¹³. In terzo luogo, perché la *vulgata*, soprattutto in Italia, ha ridotto la teo-

¹¹⁰ Esemplare è l'indagine di Thibaut, *Theorie der logischen Aulegung*, cit., spec. pp. 12-16, 22-25 (fondata sulla distinzione risalente a Thomasius tra interpretazione grammaticale e interpretazione logica, quest'ultima a sua volta costituente il tema principale dell'indagine e suddivisa in interpretazione secondo l'intenzione del legislatore e secondo le ragioni della legge), la quale, anzi, sotto il profilo strettamente metodologico, risulta persino più chiara e schematica di quella savignyana.

¹¹¹ Sull'ermeneutica giuridica di Savigny, v. H. Huber, *Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht*, in «Juristenzeitung», 2003, 1, pp. 1-56 (che sfata diversi luoghi comuni sui famosi quattro elementi dell'interpretazione); Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., spec. pp. 63-148, 219-240 (che si propone opportunamente di sciogliere ulteriori ambiguità emerse in letteratura, specie sulla scia della lettura gadameriana dell'opera di Savigny); J. Rückert, *Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pahologie*, in J. Schröder (hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, cit., pp. 288-327 (contenente una silloge utile e finemente commentata di passi tratti da diverse opere).

¹¹² Lo fa notare Rückert, *Savignys Hermeneutik*, cit., p. 292.

¹¹³ Oltre al *Sistema* più volte citato, bisognerebbe considerare anche i lavori metodologici pubblicati sin dalla giovinezza: tutti questi lavori sono ora raccolti in F.C. von Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, hrsg. von A. Mazzacane, Klostermann, Frankfurt a.M. 2004. Sulle differenze tra l'ermeneutica del giovane Savigny e di quello maturo, v. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., p. 220 s.

ria di Savigny ai noti quattro elementi dell'interpretazione, fornendone peraltro una immagine deformata, a cominciare dal loro inquadramento come tipi di interpretazione¹¹⁴. Limitandoci al capitolo IV del libro I del *Sistema*, il suo *opus magnum*, bastino le seguenti osservazioni, che mirano a mostrare in quale misura la teoria dell'interpretazione contemporanea è plasmata da Savigny, talvolta senza esserne consapevole¹¹⁵.

Punto di partenza è la *summa divisio* tra interpretazione di *single leggi*, che possono essere ben formulate o difettose, e interpretazione *complessiva delle fonti* del diritto, che mira a risolvere le *antinomie* attraverso *principi logici* e a colmare le *lacune* per mezzo dell'*analogia* (distinta dall'*interpretazione estensiva*¹¹⁶). Tornando alla prima alternativa, i suddetti quattro elementi devono essere sempre considerati tutti insieme e funzionano solo quando si riferiscono a leggi *ben formulate*, ossia che racchiudono «un pensiero completo in sé stesso, e [per le quali] non vi ha alcuna circostanza, la quale ci impedisca di riconoscere questo pensiero come il vero contenuto della legge». Che il loro ruolo si limiti a ciò, lo conferma anche il modesto spazio dedicato alla relativa analisi: l'elemento *grammaticale* «consiste nella spiegazione delle regole del linguaggio osservato dal legislatore»; quello *logico* «si riferisce [...] al rapporto logico, in che stanno tra di loro le singole parti [del pensiero]»; quello *storico* «ha per oggetto [l']azione o le modificazioni portate al diritto da [lla] legge»; quello sistematico «si riferisce alla inti-

¹¹⁴ Lo riconosce già in apertura Huber, *Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze*, cit., p. 1.

¹¹⁵ Sulla diffusione del pensiero di Savigny, cfr. la documentata ricostruzione di C. Vano, *Della vocazione dei nostri luoghi. Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny*, in «Historia et ius», 2016, 10, pp. 1-16.

¹¹⁶ Stando a Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., p. 261, l'autonomizzazione del concetto di «analogia» da quello di «interpretazione estensiva» si ha solo nel XIX sec. e si trova già nelle *Vorlesungen* del 1809 del giovane Savigny. Sul concetto contemporaneo di «analogia giuridica», cfr. G. Tuzet, *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci, Roma 2020.

ma connessione, che stringe tutti gli istituti e tutte le regole di diritto in una grande unità».

Se, invece, la legge interpretata è *difettosa*, nel senso che il suo significato *immediato* è incompiuto (*indeterminatezza per incompletezza*), molteplice (*indeterminatezza per ambiguità*) o difforme da quello individuato in base ai suddetti elementi e presumibilmente corrispondente alla volontà legislativa (*inesattezza*), tali elementi non bastano più e occorre porre rimedio al difetto di turno. Ciò significa che il significato immediato deve essere: *perfezionato*, se incompleto (es.: la legge richiede la presenza di testimoni per la conclusione di un negozio, ma non ne indica il numero); ridotto a uno, se molteplice, mediante interpretazione *dichiarativa*, che seleziona il significato più ampio (i.d. *lata*) o quello più stretto (i.d. *stricta*) (es.: «*praescriptio*» può significare eccezione, precetto o prescrizione); modificato, se inesatto, mediante interpretazione *correttiva* (*estensiva* o *restrittiva*) (es.: esclusione, in contrasto col significato immediato, dell'obbligo di restituzione del prezzo ricevuto dal possessore di buona fede che poi lo perda). Al riguardo, l'interprete ha a disposizione tre *rimedi generali*, mutevolmente efficaci a seconda che ricorra l'uno o l'altro dei tre vizi suddetti: connessione interna della legislazione, connessione della legge al proprio motivo (o *ratio legis*) e valore intrinseco del risultato interpretativo¹¹⁷.

Come si vede, l'architettura dell'attività interpretativa è disegnata con mano sapiente e sicura, ma senza nutrire una cieca fiducia nella possibilità di assicurare metodicamente la correttezza dei suoi esiti, in particolare ricorrendo alla *ratio legis*¹¹⁸. Inoltre, è vero che il disegno è tracciato sulla base della tradizione ermeneutico-giuridica, ma è pur vero che Savigny se ne allontana in almeno tre sensi, che egli stesso evidenzia e che determinano l'originalità della sua concezione. Innan-

¹¹⁷ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., pp. 229, 219 s., 267, 272, 278, 289, 296, 221 s., 232 s. e ntt. c) e d), 237-239.

¹¹⁸ Sulla problematicità e la variabile utilità di tale ricorso, cfr. ivi, pp. 224, 228, 231, 235, 240-247, 326-321.

zitutto, rifiutando l'idea che l'*interpretazione* sia richiesta soltanto per le leggi oscure, per sottolinearne il carattere *regolare e fisiologico*¹¹⁹. In secondo luogo, rifiutando la separazione tra interpretazione *grammaticale e logica*, per ribadire la necessità che queste due forme *interagiscano* nella ricostruzione del pensiero della legge. Infine, opponendosi alla sovrapposizione tra *interpretazione e correzione* normativa, la quale confonde il pensiero effettivamente racchiuso nella legge con quello che l'interprete vorrebbe che vi fosse racchiuso, soprattutto a causa del ricorso sfrenato alla *ratio legis*¹²⁰.

3.3. L'età della codificazione

In termini generali, il fenomeno della codificazione, cioè dell'introduzione attraverso un testo unico e sistematico di nuove disposizioni regolanti uno specifico ramo del diritto (o un suo settore)¹²¹, ebbe origine verso la fine del XVIII secolo. Sebbene tentativi di questo genere non fossero mancati in precedenza, essi giunsero a compimento solo allora, in quanto all'obiettivo comune a ogni progetto codicistico, la fissazione del diritto vigente, se ne aggiunsero altri, riflettenti l'ambizione degli Stati, ormai protagonisti riconosciuti della vita politica, di esercitare un

¹¹⁹ Sull'idea di origine romana, ma valorizzata soprattutto in epoca illuminista, secondo cui «*in claris non fit interpretatio*» (o «*Sens clair-doctrines*»), cfr. S. Masuelli, «*In claris non fit interpretatio*». *Alle origini del brocardo*, in «Rivista di diritto romano», 2002, pp. 401-424; Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., pp. 17-21; C. Schott, «*Interpretatio cessat in claris*» – *Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik*, in Schröder (hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, cit., pp. 155-189.

¹²⁰ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., pp. 324-331.

¹²¹ Per un'efficace panoramica del fenomeno, v. G.M. Labriola, *La codificazione del diritto fra storia, tecnica e tendenza. Una introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; per una introduzione più sintetica, V. Rapone, *Codice*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Giappichelli, Torino 2007, pp. 57-90.

controllo stabile della vita associata sulla scorta della neonata «scienza di polizia» (o del governo)¹²².

In questa sede, tuttavia, tralascierò i primi codici, in quanto non collegati affatto o per intero all'ordinamento germanico, ossia alla principale (se non l'unica) fucina continentale di tesi ermeneutiche dalla seconda metà del XVII secolo alla prima metà del XX secolo. Mi riferisco, in ordine cronologico, al Codice criminale della Toscana del 1786 (cosiddetta Leopoldina), all'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* del 1794, al *Code civil* francese del 1804 e all'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1811¹²³. Ciò spiega anche perché ho collocato l'ermeneutica giuridica tedesca della prima metà del XIX secolo nell'età della recezione.

Per “età della codificazione” intendo dunque il periodo che ha avuto inizio con i codici emanati durante l'Impero germanico (*Zweites Reich*: 1871-1918): il codice penale del 1871 (StGB), quello di procedura penale del 1879 (StPO)¹²⁴, quello di procedura civile dello stesso anno (ZPO) e il codice civile del 1896 (BGB)¹²⁵. Passando per la Repubblica di Weimar (1918-1933), il regime nazista (1933-1945), la suddivisione della Germania nella Repubblica Federale e in quella democratica

¹²² Sul nesso tra scienza di polizia e codificazione, Hesperia, *La cultura giuridica europea*, cit., pp. 227-232, spec. 230.

¹²³ Sempre prezioso sul punto G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, pp. 485-553.

¹²⁴ Sulla legislazione penale tedesca dell'800, v. T. Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer, Berlin u.a. 2011; tr. it. di G. Oss, S. Porro, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Cedam, Padova 2013, pp. 90-114.

¹²⁵ Sulla genesi del BGB, in particolare sulle discussioni relative al primato del diritto scritto su quello consuetudinario, cfr. S. Meder, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009; tr. it. di G. Carlizzi, ‘Ius non scriptum’. *Tradizioni della produzione privata del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, pp. 170-184.

(1949) e la loro successiva riunificazione (1990), tale età si estende fino ai giorni nostri¹²⁶.

Nel prosieguo mi concentrerò sulle sue prime grandi fasi: da un lato, quella del raffinamento e del consolidamento dei due fondamentali indirizzi della *teoria* dell'interpretazione, che ha attraversato l'ultimo quindicennio dell'800 e il primo quarto del 900; dall'altro lato, la fase dell'ascesa, del culmine e del declino di una vera e propria *filosofia* ermeneutica del diritto, di stampo *nomofattuale*, coltivata dal secondo quarto ai primi anni 80 del 900.

Non mi occuperò dunque degli sviluppi successivi, né della rivoluzione (pur sempre) interna all'età della codificazione, frutto della costituzionalizzazione dell'ordinamento tedesco, avvenuta con la Legge fondamentale di Bonn del 1949. Infatti, mentre i primi rilevano soprattutto sul piano della teoria dell'argomentazione¹²⁷, la seconda ha avuto un impatto tutto sommato modesto sul piano ermeneutico (a differenza di quanto accaduto, ad esempio, in Italia, pur con qualche ritardo, a partire dall'opera di Stefano Rodotà nel diritto civile e di Franco Bricola in quello penale¹²⁸).

¹²⁶ Per una ricca panoramica della letteratura metodologico-giuridica del periodo, cfr. J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Band 1*, cit., pp. 285-426 (questa parte inizia, però, dal 1850), *Band 2*, cit. (dal 1933 al 1990).

¹²⁷ Sulla scia di R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1978; tr. it. di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998.

¹²⁸ Sull'ermeneutica di questo secondo autore, cfr. il recentissimo e denso profilo di M. Donini, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in «Lo Stato», 2022, 1, pp. 1-28.

3.3.1. La fase della diatriba tra teorie oggettive e teorie soggettive

Nella *prima* fase, idealmente iniziata nel 1885 e terminata nel 1924, si ebbe dunque il *raffinamento* e il *consolidamento* della *contrapposizione* tra le teorie *oggettive* e quelle *soggettive* dell'interpretazione, incentrata sui *fini* di tale attività ed elevata in Germania a *summa divisio* teorica in materia¹²⁹. Qui interessa chiarire perché essa emerse proprio in questa fase, quali contenuti assunse e quali risultati produsse. Sotto il primo profilo, ancora una volta, intervennero diverse *cause*. Quella *remota* fu proprio la positivizzazione del diritto dei rami maggiori dell'ordinamento: il fatto che le disposizioni da interpretare fossero contenute in testi contemporanei, autoritativi, complessivi ed organici fu un dato con cui anche gli studiosi dell'interpretazione dovettero fare i conti. Non è un caso che il dibattito fu avviato «da tre dei più importanti giuristi dell'epoca»¹³⁰, il penalista Karl Binding (1841-1920)¹³¹, il processualcivilista Adolf Wach (1843-1926)¹³² e l'ecclettico Josef Kohler (1849-1919)¹³³, tra il 1885 e il 1886, ossia pochi anni dopo la redazione di tre dei codici menzionati e mentre era in corso l'elaborazione del quarto.

D'altro canto, e veniamo alla causa *prossima*, la codificazione aveva in sé un valore neutro, nel senso che imponeva, sì, di fare i conti

¹²⁹ Cfr., tra i classici: Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 124-126; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart 1968; tr. it. di A. Baratta, F. Giuffrida Répaci, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, pp. 131-165; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin u.a. 1991, pp. 316-320.

¹³⁰ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin u.a. 1960; tr. it. parz. di S. Ventura, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966, p. 40.

¹³¹ Nel manuale di diritto penale K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, Duncker & Humblot, Leipzig 1885, pp. 450-474.

¹³² Nel manuale di procedura civile A. Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Duncker & Humblot, Leipzig 1885, pp. 254-305.

¹³³ Nell'articolo J. Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, in «Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», 1886, pp. 1-61.

con la vigenza dei testi indicati, ma non in quale modo. Determinante fu dunque l'*ideologia* della legge scritta professata dall'autore di turno, una visione della quale non avrebbe potuto essere discussa la verità, ma tutt'al più la congruenza con certi postulati (filosofici¹³⁴, politici¹³⁵, dottrinali¹³⁶, realistici¹³⁷ o di altro tipo), più o meno spassionati (perché riflettenti principi speculativi, ideali di vita, dogmi scientifici, interessi corporativi o altri motivi). In altre parole, ciò che finalmente determinò la formazione di due distinte famiglie di teorie dell'interpretazione, nonché di diverse posizioni all'interno di ciascuna famiglia¹³⁸, fu il fatto che

¹³⁴ Si pensi all'argomento dell'essenza ragionevole della legge in Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 257.

¹³⁵ Si pensi agli argomenti: a) della soggezione dello stesso legislatore alla legge in Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 455; b) della essenziale strumentalità del diritto alla realizzazione di scopi tipici, ivi, p. 467; c) della inopportunità di subordinare la legge alle opinioni personali dei suoi autori in Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 30; d) della natura culturale e spirituale del diritto, ivi, pp. 40, 42.

¹³⁶ Si pensi agli argomenti: a) della pubblicazione della legge, che ne segnerebbe l'autonomizzazione dal legislatore (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 454, 456, 466; Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, p. 3; Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 256); b) della continuità della legge nonostante la successione dei legislatori (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 455); c) del testo (anziché del senso) della legge quale unico oggetto della deliberazione parlamentare (Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 261); d) della dipendenza di ogni disposizione di legge dalla connessione sistematica in cui si trova con le altre disposizioni dello stesso codice o di altre leggi (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 455, 466, 467).

¹³⁷ Si pensi agli argomenti: a) della fittizietà del legislatore perfetto vagheggiato dalle teorie soggettive (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 456); b) della complessità del processo legislativo, che impedirebbe di riconoscere una volontà chiaramente determinata (Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 22).

¹³⁸ Sull'eterogeneità esistente anche all'interno di ciascuna delle due famiglie di teorie dell'interpretazione, cfr., ad es., Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 256 nt. 4; P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), in Id., *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenju-*

ciascuno studioso prese le mosse da una idea specifica del funzionamento della legge scritta secondo la sua (pretesa) natura.

Quest'ultima considerazione ci introduce alla seconda questione da affrontare, quella dei *contenuti* assunti dai due filoni teorici. Con una formulazione capace di ricomprendere le diverse posizioni in campo, può dirsi che le concezioni *oggettive*¹³⁹, nate in reazione al soggettivismo di matrice savignyana ancora imperante¹⁴⁰, ritennero che la legge nascesse e restasse autonoma dal suo autore, dunque che dovesse essere compresa come una realtà a sé stante¹⁴¹, tanto da potersi rivelare «più ragionevole» o «più lungimirante» di quest'ultimo¹⁴². Tale *oggettività*, a sua volta, fu intesa diversamente dai vari studiosi, a seconda della rispettiva concezione della legge: come oggettività anche *semantica* oppure soltanto *teleologica*. La legge avrebbe dovuto essere trattata, cioè, come portatrice di un *significato* oggettivo, perché dipendente da regole linguistiche comuni¹⁴³, e/o come strumento per un *fine* oggettivo.

risprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, redig. von R. Dubitschar, Gehlen, Bad Homburg vor der Höhe u.a. 1968, pp. 76, 77.

¹³⁹ Ampiamente debitorie, in genere per loro stessa ammissione, dell'opera di H. Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Dieterich, Göttingen 1851.

¹⁴⁰ In particolare grazie all'opera di B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, Ebner & Seubert, Leipzig 1879, p. 55, il più noto pandettista dell'epoca, nonché principale artefice del codice civile tedesco del 1900: «l'interpretazione della legge [...] ha innanzitutto a che fare con l'accertamento del senso che il legislatore ha collegato alle parole da lui usate» (corsivi agg.).

¹⁴¹ Scopo dell'interpretazione sarebbe conoscere: la volontà del diritto (Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 451, 455, 456, 458); il senso immanente alla legge (Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., pp. 255, 256, 258); la volontà della legge (Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 1-2, 7-8).

¹⁴² Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 258 («*einsichtiger*»); Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 40 («*weitblickender*»).

¹⁴³ Soprattutto Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 20 s., 33, 35, 44 (che, pur sottolineando la funzione di limite del significato letterale, evidenzia l'opportunità di non ricorrere a formulazioni troppo dettagliate, cioè di conservare un certo grado di incompiutezza della legge). Altri oggettivisti furono invece scetti-

vo, perché riflettente bisogni vitali comuni¹⁴⁴. Per l'individuazione del suo contenuto, si sarebbe dovuto ricorrere a *criteri* convenienti e coordinati, soprattutto a quello teleologico¹⁴⁵. Inoltre, tale individuazione fu chiaramente distinta dal *perfezionamento* del diritto, consistente nel completare e armonizzare col resto del sistema il risultato della prima operazione¹⁴⁶.

Per contro, le concezioni *soggettive* ritennero che la legge nascesse e restasse vincolata alla volontà del suo autore, dunque che dovesse essere compresa come mezzo di comunicazione di quest'ultima¹⁴⁷. Anche della *soggettività* si ebbero accezioni differenti, quali riflessi delle varie concezioni della legge professate dai sostenitori di tale indirizzo: per alcuni si trattava di una soggettività *psicologica*, corrispondente a ciò che un legislatore in carne e ossa aveva voluto in maniera più o meno

ci sull'effettiva capacità delimitativa del significato letterale: Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 459, 463-465 (che inoltre insiste sulla prevalenza dell'uso linguistico giuridico su quello comune); Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 284 s. (che sottolinea la differenza tra «possibile senso delle parole della legge» e «possibile senso della legge»).

¹⁴⁴ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 467 s.; Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., p. 35 s.

¹⁴⁵ Sui criteri ermeneutici: Binding, *Handbuch des Strafrechts*, cit., pp. 458, 467 (grammaticale e logico – sistematico e teleologico –); Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., pp. 275, 277, 281, 284 (razionale, sistematico, storico e linguistico); Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 19, 20, 33, 35 e nt. 98 (complesso della legislazione, principi del diritto e scopo della legge, nel caso dell'«interpretazione superiore»; criterio letterale e criterio teleologico, nel caso dell'«interpretazione inferiore»).

¹⁴⁶ Su questa differenza, cfr. Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 48.

¹⁴⁷ E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* (1911), Band 4, Scientia, Aalen 1979, p. 209; Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 48, 52, 54, 69 (che impernia la sua teoria sulle figure paradigmatiche e affini del servitore e del militare, tenuti a una «obbedienza riflessiva»).

consapevole¹⁴⁸, per altri, invece, di una soggettività *normativa*, corrispondente agli scopi di tutela degli interessi dei consociati selezionati dal legislatore, ma solo in parte emergenti nelle sue parole o persino nelle sue rappresentazioni¹⁴⁹. Inoltre, anche i soggettivisti, da un lato, elaborarono *protocolli* ermeneutici più o meno complessi, varianti in ragione della rispettiva concezione della volontà legislativa¹⁵⁰; dall'altro lato, condivisero l'ormai acquisita distinzione tra interpretazione e *perfezionamento* del diritto¹⁵¹.

Bisogna esaminare, infine, i *risultati* della diatriba tra teorie oggettive e teorie soggettive. In estrema sintesi, essa: fece emergere per la prima volta, nello stesso contesto, l'alternativa tra le due possibili *finalità fondamentali* dell'interpretazione; rivelò che era proprio dallo scioglimento preliminare di tale alternativa che dipendeva la soluzione degli

¹⁴⁸ Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pp. 199 (sulla scia di Boeckh – «ricoscimento del già conosciuto» – e nel quadro di una concezione negoziale della legge), 218, 230, 231 s. (dove si precisa che, nel caso in cui il legislatore abbia stabilito delle regole di interpretazione, la sua volontà effettiva è quella conforme ad esse), 256, 258 (contro le teorie oggettive), 264 (contro le teorie garantiste).

¹⁴⁹ Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 75 s., 83.

¹⁵⁰ Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pp. 214-217, 256 s., 275, 285 s. (sufficienza del significato lessicale e frasale delle parole della legge; altrimenti necessità di procedere a interpretazione restrittiva o estensiva sulla base della connessione logica con altre espressioni legislative, degli antecedenti storici e dello scopo della legge); Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 59, 84, 60 s., 65-67, 94-102, 68 s., 72 s., 76, 82-84, 86 (interpretazione come progressione ermeneutica: formulazione provvisoria di ipotesi interpretative entro i limiti, alquanto elastici perché determinati non solo secondo regole linguistiche, ma anche secondo punti di vista materiali, dei «*possibili significati letterali*» della legge; individuazione, su questa base e facendo uso dei mezzi della ricerca storica – contesto, processo ed epoca genetica –, delle *rappresentazioni* dei fatti da disciplinare da parte del legislatore; integrazione di tali rappresentazioni, da compiere dopo aver scoperto con i mezzi appena indicati gli *interessi* per la cui tutela il legislatore è intervenuto e, in definitiva, gli *scopi* cui la legge deve servire).

¹⁵¹ Su questa differenza, cfr. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., p. 335 s.; Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 83, 88, 107, 121.

altri problemi in materia, in particolare quello dei criteri interpretativi; confermò la *distinzione*, già chiaramente emersa nell'opera di Savigny e ignota al pensiero medievale, tra interpretazione e *perfezionamento* del diritto; condusse all'elaborazione di *metodologie ermeneutiche* variamente raffinate e non sempre organiche, nelle quali, a differenza che nel pensiero di Savigny, assunse un ruolo primario l'idea di scopo (del legislatore o della legge); segnò, data la sua stretta dipendenza dalla forma codicistica, il definitivo *tramonto* dell'idea antica e medievale della *normatività* dell'interpretazione; non impedì, a causa delle indicate qualità delle metodologie ermeneutiche proposte, che l'attività interpretativa dei giuristi continuasse ad avere un carattere *ampiamente creativo*¹⁵².

¹⁵² La distinzione tra teoria soggettiva e teoria oggettiva dell'interpretazione ha scarso riscontro nella letteratura italiana contemporanea (ma, per riflessioni originali sull'intenzione legislativa e sul significato letterale, v. F. Poggi, *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, ETS, Pisa 2020, pp. 230-246, 305-325), che tende a seguire, piuttosto, la suddistinzione anglosassone (*morfologica*, anziché *teleologica*) in concezioni formaliste, scettiche e intermedie dell'interpretazione: cfr., per tutti, V. Velluzzi, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS, Pisa 2013, pp. 17-24. D'altro canto, la presenza in ciascuno dei due ambiti teorici di elementi improntati anche dall'altro, subito notata dai rispettivi fautori (es.: le teorie *soggettive* della volontà normativa facevano leva su interessi esistenti e da valorizzare *oggettivamente*: cfr. esplicitamente Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., pp. 70, 76 s.) spiega anche lo *scetticismo* di parte della letteratura tedesca contemporanea sulla validità della loro contrapposizione (cfr., con varietà di accenti, F. Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, WUV, Wien 2005, p. 19; B. Rüthers, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München 2007, p. 412 s.; R. Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, Carl Heymanns, Köln u.a. 2005, p. 41; R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, München 2006, pp. 21-24). A ben vedere, tale atteggiamento è giustificato, perché gli argomenti fatti valere dalle due famiglie non di rado si sovrappongono tra loro (es.: idea che la legge sia funzionale ai bisogni dei consociati e, dunque, debba essere interpretata anche secondo un criterio teleologico); impressionante è, in particolare, la vicinanza tra l'oggettivista Koehler e il soggettivista Heck (che però, in quanto tale, a differenza del primo, prende le mosse dalle rappresentazioni effettive del legislatore). Senonché, ciò non toglie la possibilità di relativizzare la contrapposizione e di trasformarla in una distinzione, secondo cui

3.3.2. La fase dell'ermeneutica giuridica nomofattuale

La *seconda* fase dell'età della codificazione, che si estese dal 1924 agli inizi degli anni '80, fu segnata da una novità assoluta nel panorama ermeneutico-giuridico: l'emersione, accanto alla prassi, alla metodologia e alla teoria, di una vera e propria filosofia, che qui propongo di chiamare "ermeneutica giuridica nomofattuale" (d'ora in poi: "ermeneutica nomofattuale"). Parlo di vera e propria *filosofia*, perché fu solo allora che la comprensione, oltre a essere praticata, disciplinata e analizzata, fu elevata a forza motrice dell'*intera* dinamica del diritto. E parlo di *ermeneutica nomofattuale*, perché la necessità della comprensione non fu considerata come una semplice conseguenza dell'eventuale imperfezione della legge, né della divergenza sempre possibile tra il suo significato immediato e il pensiero del suo autore; tale necessità fu piuttosto considerata come il riflesso, balenante in ogni momento della produzione giuridica, della coesistenzialità per quest'ultima di due elementi di natura diversa, l'elemento normativo e quello fattuale.

i due poli sono modi di vedere l'interpretazione diversi ma non separati. In questa versione, essi possono interagire variamente tra loro, dando luogo ad assetti in cui è riconoscibile la prevalenza dell'uno o dell'altro. Il punto è che la distinzione ha non solo un suo fondamento, da intendere, però, in senso *ontologico*, anziché *epistemico*, ma anche un ruolo fondamentale in campo metodologico. Così, sotto il primo profilo, che *esistano* usi linguistici condivisi o bisogni comuni che la legge è in grado di soddisfare (teorie oggettive) oppure rappresentazioni dei fatti da disciplinare da parte dei membri degli organi legislativi o interessi dei consociati che li hanno spinti a legiferare (teorie soggettive), sono dati difficilmente negabili. Nondimeno, è normale che ognuno di questi dati sia *individuato* da ciascun interprete in modo relativamente diverso da quello degli altri, dunque che sorgano controversie su quali siano gli usi linguistici condivisi, i bisogni che la legge è in grado di soddisfare, le rappresentazioni del legislatore o gli interessi che lo hanno indotto a intervenire. Sotto il secondo profilo, *metodologico*, è soprattutto muovendo dai possibili fini dell'interpretazione che è possibile affrontare in maniera adeguata e ordinata tutti gli altri problemi ermeneutici, relativi ai mezzi, alle regole, ai tipi di interpretazione e così via.

Entrambe le precisazioni sono fondamentali per lo studio del nostro tema in generale. La prima, perché mostra che la *filosofia* ermeneutica del diritto non è incompatibile con le altre forme di ermeneutica, in particolare con la *metodologia* e con la *teoria*, solo considera la comprensione in una prospettiva differente e in una certa misura complementare a quelle di queste ultime¹⁵³. La seconda, perché mette in risalto la differenza esistente tra l'ermeneutica giuridica in esame, denominabile, appunto, “*nomofattuale*”, e le altre concezioni ermeneutiche del diritto (preteoriche, teoriche o filosofiche), tutte più o meno *nomocentriche* (ma non necessariamente positiviste o, addirittura, legaliste), perché tutte più o meno disattente al ruolo codeterminante del fatto nella produzione giuridica¹⁵⁴.

Prima di illustrare cause, contenuti e risultati dell'ermeneutica nomofattuale, va messa in evidenza la sua *peculiare problematicità storiografica*. Essa è una concezione professata da diversi autori, che tuttavia

¹⁵³ Al riguardo, fa bene M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, spec. pp. 115-117 a sottolineare l'esigenza, soprattutto nel diritto penale, di una maggiore attenzione alla dimensione metodologica dell'ermeneutica. Tuttavia, questo problema, dal punto di vista dell'ermeneutica nomofattuale, può essere affrontato solo in seconda battuta, dopo aver compreso le dinamiche tipiche della produzione giuridica, che condizionano la possibilità di disciplinarla. Esplicitamente nel senso che l'ermeneutica giuridica (nomofattuale) non costituisce eppure presuppone una teoria dell'argomentazione, cfr. uno dei suoi protagonisti: A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck, München 1997, p. 45.

¹⁵⁴ In questo senso, l'ermeneutica nomofattuale va tenuta distinta sia dalle concezioni ermeneutiche preteoriche anteriori a Savigny, sia dalla teoria ermeneutica savignyana, sia dalle filosofie ermeneutiche contemporanee, in particolare quella sviluppata da R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986; tr. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano 1989, spec. pp. 48-85, sulla quale, v. le istruttive ricostruzioni di A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1998, spec. pp. 117-147, e G. Blando, *Ronald Dworkin*, in *www.aphex.it*, in corso di pubblicazione, § 2.

non si sono pensati, né presentati univocamente come compartecipi di un movimento unitario. Viene da chiedersi, pertanto: da dove partire per costituirla come tema di indagine storica? In base a cosa procedere alla delimitazione del suo patrimonio di idee e del novero dei suoi cultori? La mia risposta, che ho già proposto altrove¹⁵⁵, muove dal fatto che l'ermeneutica nomofattuale è una formazione spirituale, un prodotto culturale, come tale dotato di un senso, che deve essere seguito per la sua stessa comprensione¹⁵⁶. Pertanto, la sua identità non può essere afferrata immediatamente, all'inizio dell'indagine storica vertente su di essa, ma solo al termine di quest'ultima, se e quando l'ipotesi ricostruttiva formulata all'inizio, che avrà fatto da guida alla stessa indagine, risulterà confermata dagli elementi via via raccolti nel suo corso.

È proprio tale peculiare problematicità storiografica che spiega la diversità tra le varie presentazioni del movimento in esame reperibili in letteratura, le quali di solito lo considerano come il prodotto della recezione in ambito giuridico dell'ermeneutica filosofica gadameriana¹⁵⁷. Anche sul punto ho espresso più volte la mia opinione divergente, sostenendo che l'ermeneutica nomofattuale, piuttosto, è nata sotto

¹⁵⁵ G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, in «Persona y Derecho», 2011, pp. 85-87 (poi confluito in forma lievemente ridotta in Id., *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., pp. 11-57).

¹⁵⁶ Sulle caratteristiche delle sfere culturali (scienza, morale, arte e diritto), fondamentale Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 8.

¹⁵⁷ Nella letteratura tedesca, in questo senso, con varietà di precisazioni: E. Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon, Würzburg 2005, pp. 36-39 (che la inserisce nella cornice generale dell'ermeneutica giuridica fondata da Savigny); M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Gremer, Ebelsbach 1981, pp. 1-16; K. Seelman, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck, München 2004, pp. 127-129; J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Gremer, Ebelsbach 1991, spec. pp. 67-84 (che la distingue dall'ermeneutica giuridica continuatrice della tradizione risalente a Schleiermacher, Savigny e Dilthey, nonché da una supposta ermeneutica giuridica analitica); T. Vesting, *Rechtstheorie*, C.H. Beck, München 2007, pp. 112-116. Per una prospettiva diversa, cui si avvicina quella seguita in questa sede, cfr. Hassemer, *Ermeneutica giuridica*, cit.

l'influsso del pensiero di Gustav Radbruch¹⁵⁸ (1878-1949); si è sviluppata attraverso i contributi di questo autore e di Karl Engisch¹⁵⁹ (1899-1990); ha raggiunto il proprio vertice grazie ad alcune opere di Karl Larenz¹⁶⁰ (1903-1993), Josef Esser¹⁶¹ (1910-1992), Arthur Kaufmann¹⁶² (1923-2001), Martin Kriele¹⁶³ (1931-2020), Joachim Hruschka¹⁶⁴

¹⁵⁸ La letteratura sul pensiero di Radbruch è sterminata. Qui, come per gli autori successivi, mi limiterò a indicare gli studi di interesse ermeneutico: Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit.; Id., “Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico”. *Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. XX-XXVIII.

¹⁵⁹ A. Maschke, *Gerechtigkeit durch Methode. Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens*, Winter, Heidelberg 1993, pp. 126-212.

¹⁶⁰ Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik*, cit., spec. pp. 53-236.

¹⁶¹ *Ibidem*; Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, cit.

¹⁶² W. Hassemer, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in Hassemer (hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 1-13; G. Carlizzi, *Analogia e «natura della cosa»*. *La prima tappa della ricerca 'ontologica' di Arthur Kaufmann*, in A. Kaufmann, *Analogia und «Natur der Sache»*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1965), R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg u.a. 1982; tr. it. di G. Carlizzi, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli 2003, pp. XVII-LXIII (poi confluito in G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., pp. 59-120); S. Grote, *Auf der Suche nach einem “dritten Weg”*. *Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Nomos, Göttingen 2008, spec. pp. 42-52.

¹⁶³ V. Omaggio, *Postfazione*, cit.

¹⁶⁴ G. Zaccaria, *Introduzione*, in J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung* (1965); tr. it. di G. Carlizzi, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, il Mulino, Bologna 2009, pp. 7-14.

(1935-2017), Friedrich Müller¹⁶⁵ (n. 1938) e Winfried Hassemer¹⁶⁶ (1940-2014), i quali solo da un certo momento, e in genere in maniera complementare, hanno innervato le loro posizioni ermeneutiche richiamandosi a specifiche tesi formulate da Gadamer in *Verità e metodo* (relative, soprattutto, alla precomprensione e al circolo ermeneutico)¹⁶⁷.

Si tratta ora di ricostruire sommariamente la *nascita*, *l'ascesa* e il *declino* dell'ermeneutica nomofattuale in Germania tra il 1924 e i primi anni 80, fornendo un quadro riassuntivo del suo patrimonio di *idee* e dei suoi *risultati*. Comune ai tre momenti fu la *reazione* all'ideologia *nomocentrica*, che aveva raggiunto il suo apice proprio con la codificazione. Sebbene un'avversione analoga fosse stata manifestata già nella fase precedente, dando luogo alla svolta di Jhering (1818-1892) «verso una

¹⁶⁵ G. Andresani-N. Stamile, *Mulling Over Hermeneutics*, in N. Stamile, N. Castilho Gomes, D. Almanza Torres (ed. by), *Friedrich Müller's Theory of Law. Proceedings of the Special Workshop held at the 29th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Lucerne, Switzerland, 2019*, Steiner, Stuttgart 2021, pp. 29-38.

¹⁶⁶ G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, in W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymanns, Köln u.a. (1968), tr. it. di G. Carlizzi, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, Napoli 2007, pp. 10-38 (poi confluito in Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica*, cit., pp. 121-160).

¹⁶⁷ Al massimo si può affermare che l'ermeneutica filosofica di Gadamer ha esercitato un influsso decisivo su Esser e molto forte sul secondo Larenz, analogamente a quanto fa Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik*, cit., p. 1 e nt. 1. Sulla tesi dell'origine dell'ermeneutica nomofattuale nell'opera di Radbruch, sia consentito il rinvio a Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit., pp. 87-89, nonché alla presentazione dei curatori in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 15-18. Anzi, si può dire che questa antologia, poi pubblicata anche in lingua tedesca (S. Meder, V. Omaggio, G. Carlizzi, C. Sorge (hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert. Eine Anthologie von Grundlagentexten der deutschen Rechtswissenschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2018), è stata concepita insieme a Enzo Omaggio anche per convalidare l'ipotesi storiografica qui riproposta.

giurisprudenza pragmatica»¹⁶⁸ e alla conseguente schiusura giusliberista¹⁶⁹ delle *norme alla vita*, fu solo dalla fine del primo quarto del 900 che il rapporto tra queste due sfere fu visto come una *determinazione reciproca*.

Il parto può farsi risalire a un articolo pubblicato nel 1923/24 da Radbruch¹⁷⁰, da tempo vicino al movimento del diritto libero, ma soprattutto ispirato dalla dottrina neokantiana sudoccidentale (Windelband, Rickert, Max Weber e Lask)¹⁷¹. Muovendo dal duplice assunto, tipico di quest'ultima, che ogni realtà culturale è caratterizzata dalla tensione a un'idea e che il diritto è una realtà culturale, Radbruch si sofferma sui due termini dell'idea del diritto (solo dal 1924 identificata nella giustizia¹⁷², intesa come parità di trattamento dei fatti eguali¹⁷³): la forma e la materia. Come chiarisce la splendida metafora iniziale della creazione artistica, che pure ruota attorno a un'idea, a un progetto, il rapporto tra i due termini non è unilaterale, bensì *dialettico*. Da un lato,

¹⁶⁸ Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., pp. 58-65. Sulla centralità di Jhering per il pensiero giuridico ottonovecentesco, v. Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 29-31.

¹⁶⁹ Su tale movimento, cfr. la ricca indagine di L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Giuffrè, Milano 1975, pp. 201-370, spec. 229 s. (che individua tre generazioni – precursori, prima e seconda generazione – e vi include correnti più specifiche, in particolare quella del diritto libero e la giurisprudenza degli interessi).

¹⁷⁰ G. Radbruch, *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze* (1923/24); tr. it. di G. Carlizzi, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 31-37.

¹⁷¹ Su questi due rapporti, anche per riferimenti alle opere di Radbruch, sia consentito il rinvio a Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit., pp. 106 nt. 80, 90 nt. 17.

¹⁷² Come riconosciuto già in apertura dell'articolo G. Radbruch, *Die Problematik der Rechtsidee* (1924), in Id., *Gesamtausgabe*, hrsg. von A. Kaufmann, Band 2, *Rechtsphilosophie* 2, bearb. von A. Kaufmann, C.F. Müller, Heidelberg 1993, p. 460. Su questo aspetto, v. anche *ivi*, p. 92 ann. post. 127.

¹⁷³ Sul punto, fondamentale Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., spec. pp. 37-41.

la *forma dell'idea del diritto* è la pretesa che la convivenza umana abbia una disciplina di un certo tipo. Dall'altro lato, però, tale pretesa non può realizzarsi arbitrariamente, ma deve fare i conti con la sua *materia*, espressamente identificata da Radbruch nei «dati preformati per mezzo di concetti sociali»¹⁷⁴, che si presentano così già dotati di una propria natura, la «natura della cosa»¹⁷⁵.

Questa «oscillazione [*Hin und Her*]», questo doppio movimento, chiamato «idealizzazione del reale» e, rispettivamente, «determinatezza materiale dell'idea»¹⁷⁶, fa sì che il diritto operi attraverso *norme* che improntano in un certo modo i fatti da esse disciplinati¹⁷⁷, ma anche che questi *fatti* condizionino quelle norme, in quanto già rivestiti di senso dai consociati che ne sono artefici o protagonisti¹⁷⁸. Coerente con l'idea della pari essenzialità dell'elemento fattuale e di quello normativo per la realizzazione del diritto è la definizione di quest'ultimo che Radbruch stabilisce nella parte del suo *opus magnum* dedicata alla «logica della scienza giuridica», e che può fungere da *motto* della corrente in esame: «la legge esiste proprio in funzione della decisione di casi singoli, e in

¹⁷⁴ Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 36.

¹⁷⁵ Ivi, p. 37.

¹⁷⁶ Ivi, pp. 32, 31 (corsivi aggiunti). In termini pressoché identici, Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 14 s.

¹⁷⁷ Radbruch parlerà poi di «trasformazione teleologica»: ad esempio, del concetto biologico in quello penalistico di «feto» (*Filosofia del diritto*, cit., p. 133). È interessante notare che un'idea simile (rilevanza in generale, anche al di là dei termini tecnici, dell'«uso linguistico giuridico», anziché del «senso del linguaggio parlato»), era già stata efficacemente sostenuta, come visto (*supra*, nt. 143), da Binding, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 463 s. Sul punto, v. anche Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 213 e nt. 24.

¹⁷⁸ Ad esempio, già prima dell'intervento tipizzante del legislatore, un'ingiuria non è semplicemente una successione di processi fisici, bensì l'espressione di un significato offensivo: Radbruch, *Idea e natura del diritto*, cit., p. 35.

questo senso teleologico, in effetti, il diritto non è la totalità delle norme, bensì è la totalità delle decisioni»¹⁷⁹.

Ricostruire la *storia dell'ermeneutica nomofattuale* significa allora far vedere che i citati autori hanno seguito l'una e/o l'altra delle due indicate direzioni, condividendo l'originale idea fondamentale della dialettica norma/fatto quale forza motrice dell'intera esperienza giuridica, e arricchendola eventualmente con le suggestioni provenienti dall'ermeneutica gadameriana, di per sé incapace di (e neppure intenzionata a) fondare una filosofia del diritto, o anche soltanto una teoria dell'interpretazione giuridica. Ai presenti fini, non importa granché, invece, che la suddetta condivisione sia avvenuta riconoscendo in maniera più o meno esplicita l'influsso subito da Radbruch¹⁸⁰, né tanto meno condividendo tutti i corollari della suddetta idea fondamentale. Anzi, riprendendo una sollecitazione offerta da uno dei protagonisti del movimento, va riconosciuto che, mentre alcuni suoi rappresentanti hanno mostrato maggiore sensibilità per le questioni *giusfilosofiche* (a cominciare da Radbruch), altri si sono concentrati soprattutto sui problemi (*lato sensu*) *metodologici* (a cominciare da Engisch)¹⁸¹.

¹⁷⁹ Radbruch, *Filosofia del diritto*, cit., p. 134 s.

¹⁸⁰ Fermo restando che tale riconoscimento è riscontrabile più o meno esplicitamente in diversi protagonisti del movimento: dal successore di Radbruch sulla cattedra di Heidelberg, Karl Engisch (*Vom Weltbild des Juristen* (1950), C. Winter, Heidelberg 1965, p. 9), al suo allievo più devoto e curatore della sua *opera omnia*, Arthur Kaufmann (si considerino i numerosissimi passi di *Analogia e «natura della cosa»*, cit., reperibili attraverso l'indice dei nomi e in genere cruciali, nei quali Kaufmann aderisce alle tesi di Radbruch: centralità dell'idea del diritto, distinzione tra essere e dover essere, conseguente necessità di passare dall'uno all'altro, natura della cosa, rapporto di mera somiglianza tra i fatti della realtà ecc.), all'allievo di quest'ultimo più dotato filosoficamente, Winfried Hassemer (*Fattispecie e tipo*, cit., dove si trovano riferimenti adesivi simili a quelli di Kaufmann, anch'essi reperibili tramite l'indice dei nomi).

¹⁸¹ Hassemer, *Ermeneutica giuridica*, cit., § 4, che annovera tra i primi, interessati soprattutto al rapporto tra essere e dover essere, Kaufmann (sulla scia di Radbruch), e tra i secondi, interessati soprattutto al rapporto tra fatto e norma, Esser, Larenz, Kriele e F. Müller. Sennonché, la separazione tra essere e fatto, da un lato, e dover

In questa sede non dispongo dello spazio necessario per esaminare in dettaglio il pensiero dei citati autori. Pertanto, mi limiterò a fornire un quadro impressionistico delle *principali tesi* dell'ermeneutica nomofattuale, che quantifico convenzionalmente in *undici*¹⁸² e che potrebbero costituire la base per il *rilancio del movimento*, *sempre che* esso torni a prestare quell'attenzione alla prassi giuridica e, più in generale, al diritto positivo che ne ha determinato l'originalità¹⁸³:

essere e norma, dall'altro, non convince. La distinzione tra prospettiva giusfilosofica e prospettiva metodologica (*rectius*: epistemologico-trascendentale: su questa matrice trascendentale, fondamentale Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 44 s.) sembra riflettere, piuttosto, una differenza di domande privilegiate (mai esclusive, dato il loro condizionamento reciproco): nel primo caso "che cos'è il diritto?", mentre nel secondo "come è possibile conoscere il diritto?" (entrambe a loro volta distinte dalla vera e propria domanda metodologica: "come si deve conoscere il diritto?").

¹⁸² Dopo una lunga riflessione, ho preferito non inserire l'ulteriore tesi del doveroso fondamento dogmatico-topico dell'interpretazione che pure è stata accolta da alcuni esponenti dell'ermeneutica nomofattuale. Secondo questa tesi, nella versione esseriana, l'interpretazione deve essere razionale, e per essere razionale deve individuare significati non solo coerenti con le singole disposizioni vigenti, ma anche congruenti con le aspettative di giustizia del caso concreto coltivate dai consociati. Si badi: la sua esclusione non significa che questa tesi non abbia svolto alcun ruolo nella storia dell'ermeneutica giuridica (anzi, al tema è dedicata l'intera quarta parte dell'antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 221-266; per ulteriori ragguagli sul punto cfr. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e filosofia pratica*, cit., pp. 30, 41). Né significa che non possa contribuire al rinnovamento del movimento. Significa solo che, verso il ruolo della ragion pratica del diritto, i suoi esponenti sembrano aver assunto atteggiamenti non sempre reciprocamente compatibili (si confronti il relativismo di Radbruch, tra l'altro, con il teoreticismo di Engisch, con l'ontologismo di Kaufmann e con l'ottimismo pratico-razionale di Esser e Kriele).

¹⁸³ Per un elenco analogo, cfr. già Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, cit., pp. 14-16. Nelle note seguenti, salvo che tutti o alcuni passi di interesse manchino, non citerò dalle edizioni integrali delle opere dell'ermeneutica nomofattuale, bensì dall'antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit.

- A. tesi della *procedimentalità* della realizzazione del diritto. Il diritto nasce dall'applicazione ai fatti della vita associata di norme stabilite prefigurando questi ultimi a certi fini, nonché caratterizzate in origine da una *natura diversa* dalla loro. Le norme sono infatti *deontiche* e *generalì*, i fatti, invece, *ontici* e *singolari*. Pertanto, come ha mostrato soprattutto Arthur Kaufmann, il diritto non può mai realizzarsi *uno actu*, ma solo attraversando le fasi della *produzione* e dell'*applicazione normativa*, fasi a loro volta altrettanto complesse, nelle quali la suddetta distanza deve essere via via ridotta, in vista del suo annullamento¹⁸⁴. Come il *legislatore* deve rappresentarsi i fatti da disciplinare dal punto di vista degli ideali giuridici che intende realizzare e ricavarne norme più determinate, così il *giudice* deve considerare i fatti da decidere dal punto di vista di queste norme e trarne decisioni che affermano o negano la loro reciproca corrispondenza¹⁸⁵.
- B. tesi della *mediazione* tra *norma* e *fatto*. La distanza morfologica originaria tra questi due termini comporta che il suo superamento può avvenire soltanto ricorrendo a un medio, che, partecipando dell'uno e dell'altro, è in grado di *mettere* l'uno in relazione all'altro. Questo *tertium* è stato inteso principalmente come «*natura della cosa*», cioè come il senso che i fatti disciplinati dalle norme già ricevono dai consociati e che deve presumersi assunto da esse, le quali, altrimenti, non potrebbero fare presa sulla vita. La natura della cosa è dunque relativamente *vincolante* per chiunque. Innanzitutto per il legislatore, che può solo trattarla

¹⁸⁴ Kaufmann, *Analogie und «Natur der Sache»*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 53-56.

¹⁸⁵ Per la procedimentalità dell'applicazione normativa: Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 66; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., pp. 211-214.

teleologicamente nella misura da essa stessa concessa, cioè deviare il senso sociale dei fatti umani verso i fini che egli si prefigge. Inoltre, essa è vincolante per l'interprete, che deve sforzarsi di cogliere il modo in cui le disposizioni interpretate hanno rielaborato la natura della cosa¹⁸⁶.

- C. tesi della *tipologicità* delle *fattispecie normative*. La fattispecie normativa è l'immagine generica dei fatti disciplinati da una certa norma e alla quale il fatto da decidere deve corrispondere per poter esser sottoposto a quest'ultima. Tale immagine può essere intesa variamente. Nell'ermeneutica nomofattuale è stata intesa in modo da conservarne l'essenziale apertura alla realtà, cioè come *tipo*, figura collocata a metà strada tra astratto e concreto. Infatti, è vero che il tipo consiste in un complesso di caratteristiche

¹⁸⁶ Sul punto, cfr., oltre allo scritto di Radbruch citato *supra*, nt. 170: G. Radbruch, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken* (1938); tr. it. di G. Carlizzi, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 162; Id., *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in «Riv. int. di fil. del dir.», 1941, pp. 145-156; Id., *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in G.C. Hernmarck (hrsg.), *Festschrift Laun*, Toth, Hamburg 1948, pp. 157-176 (rielab. e ampliam. dell'articolo del 1941); Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»*, cit., pp. 61-64 (cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici esterni al movimento); Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 182 s., 188-190; F. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin 1966; tr. it. parz. di V. Omaggio, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 102; K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, Piper, München 1991, p. 232; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., p. 137 (in parziale dissenso da Kaufmann e Müller). Per una posizione mediana, che non nega la validità della natura della cosa, ma rileva la vaghezza del relativo concetto, cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (1967), Duncker & Humblot, Berlin 1976; tr. it. parz. di V. Omaggio, *Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto*, ivi, p. 91 s.

definitorie, perché altrimenti sarebbe inservibile alla decisione giuridica, che deve riscontrarne la presenza nel fatto da decidere. Ma è pur vero che le stesse caratteristiche non sono *concettuali- astratte*, cioè isolate, rigide e destinate a concretizzarsi sempre allo stesso modo, bensì *funzionali*, nel senso che si correlano a formare una proprietà graduabile e comunque suscettibile di manifestarsi in modi infiniti, corrispondenti agli egualmente infiniti fatti singoli che realizzano la fattispecie¹⁸⁷.

- D. tesi della *distinzione tra fenomenologia e logica del giudizio giuridico*. Questa e le successive tesi, a differenza delle precedenti, non si riferiscono all'attività di realizzazione del diritto in generale, bensì a quella sua parte culminante che è l'attività *interpretativa*. Essa risale a Karl Engisch, il più geniale teorico tedesco del giudizio giuridico. Sebbene non ricorra alla distinzione tra “fenomenologia” e “logica”¹⁸⁸, egli ha chiaramente in mente qualcosa di analogo. Così, il giudizio giuridico è certamente concepibile come il risultato di un sillogismo (dimensione logica), ma il suo momento problematico non è questo, bensì la preparazione delle premesse dello stesso sillogismo (dimensione fenomenologica), che dunque merita l'attenzione preminente dello studioso. Sul piano della teoria dell'interpretazione, questa è certamente la tesi

¹⁸⁷ Anche l'introduzione di questa figura nell'ermeneutica nomofattuale si deve a Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori*, cit., pp. 159-168. Tuttavia, l'analisi più chiara e completa di essa si trova in K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *La concretizzazione come riferimento al “tipo” nel diritto e nella scienza giuridica*, ivi, pp. 169-180. V. inoltre: Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Forme e modi di comprensione del tipo nel diritto*, ivi, pp. 181-193; Kaufmann, *L'analogia giuridica tra similitudine, assimilazione*, cit., spec. pp. 201-204; Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., spec. pp. 208-214.

¹⁸⁸ Che ho proposto nell'articolo G. Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in «Archivio penale», 2016, p. 68 s., proprio per cogliere il nucleo dell'indagine di Engisch.

centrale dell'ermeneutica nomofattuale, alla quale si collegano dunque tutte le altre¹⁸⁹.

- E. tesi dell'*interpretazione in concreto*. È la prima tesi emergente grazie all'approfondimento, promosso da Engisch, della dimensione fenomenologica del giudizio. Di contro all'intera tradizione, che concepisce l'interpretazione quale comprensione di un testo normativo in vista della successiva applicazione a un fatto concreto, l'ermeneutica nomofattuale evidenzia che i due momenti non sono separati, bensì *dialetticamente collegati*. Sotto quest'ultimo profilo, fraintendono i critici del movimento quando ritengono che esso sovrapponga l'interpretazione all'applicazione. Collegamento dialettico non significa confusione. Significa, piuttosto, che ogni interprete consulta la disposizione di turno sempre riferendosi a un fatto ben determinato, e in questo senso concreto, che può essere reale (come sempre vale per il giudice) oppure immaginario (come può valere per il dogmatico). L'interprete, dunque, non si chiede cosa può significare tale disposizione, bensì se ha un significato valevole per il fatto concreto, e, a seconda delle risposte che ottiene, corregge o stabilisce i risultati della propria attività, compiendo, se del caso, la vera e propria applicazione¹⁹⁰.

¹⁸⁹ K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (1945), C. Winter, Heidelberg 1963; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 40 («l'inferenza in quanto tale costituisce lo sforzo minore, la difficoltà principale risiede nel trovare le premesse»). Tra gli autori successivi, cfr.: Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 59; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 83 s.; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis* (1970), Fischer, Frankfurt a.M. 1972; tr. it. di S. Patti, G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, ESI, Napoli 1983, p. 24 s.

¹⁹⁰ Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 41 («nella premessa maggiore vengono inseriti soltanto quegli elementi considerati sotto la spinta del caso

F. tesi del *fondamento precomprensivo* dell'interpretazione normativa. Questa è l'unica tesi di chiara marca *gadameriana*, anche se gli usi peculiari ed eterogenei che ne ha fatto l'ermeneutica nomofattuale mostrano che il contributo dell'ermeneutica filosofica al riguardo è consistito nel fornire un'immagine per fenomeni tipici del diritto. Soprattutto per merito di Josef Esser, la precomprensione giuridica ha assunto due forme, *dogmatica* e *giustiziale*, accomunate dal fatto di consistere in anticipazioni di senso, in ipotesi interpretative di una certa disposizione, modellate sul caso da decidere. La differenza tra esse risiede nella base dell'ipotesi. La precomprensione dogmatica si fonda sulle conoscenze giuridiche e sulle esperienze applicative relative a casi simili a quello suddetto. La precomprensione giustiziale, invece, poggia sull'aspirazione a scegliere per il caso concreto l'inquadramento normativo ritenuto più giusto. La considerazione di entrambe le forme mette in luce che i risultati interpretativi non sono frutto soltanto dell'applicazione occasionale di certi metodi formali, ma anche di punti vista *materiali* radicati¹⁹¹.

concreto della vita [...]. In sintesi: per la premessa maggiore è essenziale ciò che si riferisce al caso concreto», 46 s.; J. Esser, *Die Interpretation im Recht*, in «Studium Generale», 1954, 6, pp. 373, 377; Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., pp. 58 s., 61; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., p. 66; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 87; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit.; tr. it. parz. di V. Omaggio, *La costruzione e la valutazione giuridica del fatto*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., p. 140 s.

¹⁹¹ Esser, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., pp. 135-137; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., pp. 88, 90 s.; J. Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, C.H. Beck, München 1972; tr. it. parz. di V. Omaggio, *Comprensione e interpretazione*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 93-95; F. Müller, *Applicazione, precomprensione topica*, cit., pp. 100-103; Larenz, *La giurisprudenza come scienza comprendente*, cit., pp. 121-123 (in parziale dissenso da Esser); Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 191, 232.

- G. tesi della *costruzione fattuale*. Per poter essere inquadrati nelle fattispecie normative, i fatti umani devono possedere caratteristiche corrispondenti a quelle che definiscono tali fattispecie. Ciò significa che devono avere una configurazione costituita da tutte e solo queste caratteristiche. Senonché, quando accadono, i fatti umani non si presentano mai in questa forma così raffinata e ordinata. Essi rientrano nel flusso della vita, nel *continuum* della realtà, caratterizzato da una infinità di dati (caratteristiche disparate dei loro protagonisti e spettatori, nonché dei loro luoghi di commissione). Ecco perché, come ha mostrato soprattutto Joachim Hruschka, ma pur sempre sviluppando un'intuizione di Engisch, per poter applicare una norma a un fatto occorre previamente costruirlo nel senso suddetto, cioè selezionarne le sole caratteristiche di potenziale rilevanza in base alla norma¹⁹².
- H. tesi della *circolarità sostanziale*. Discende dalla combinazione tra la tesi dell'interpretazione in concreto e quella della costruzione fattuale. Se il processo ermeneutico richiede che l'interprete individui la norma da applicare alla luce del fatto da decidere e costruisca questo alla luce di quella, allora esso ha carattere circolare (non vizioso). Spesso è stato affermato che questa tesi è emersa nell'ermeneutica giuridica sulla scia di quella *gadameriana*. In realtà, il circolo di cui stiamo discutendo, in quanto coinvolgente la norma e il fatto, anziché l'interprete e il testo oppure quest'ul-

¹⁹² Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 41 («bisogna valutare tale caso soltanto in base alle premesse giuridiche, distinguere l'essenziale dall'inessenziale all'interno di esso. [...] In sintesi: [...] nel caso concreto è essenziale ciò che si riferisce alla premessa maggiore»), 46; J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, cit.; tr. it. parz. di G. Carlizzi, *La costituzione del caso giuridico*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di Carlizzi, Omaggio, cit., pp. 125-135; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., p. 65 s.; Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative*, cit., p. 90; Larenz, *La costruzione e la valutazione giuridica del fatto*, cit., pp. 139 s., 142; Esser, *Die Interpretation im Recht*, cit., p. 373.

timo come intero e le sue parti, è ben diverso dal circolo gadame-riano. Il vero coniatore del circolo ermeneutico-giuridico è piuttosto Engisch, la cui immagine dell'«andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore ed episodio di vita» ha costituito un punto di riferimento costante per gli autori successivi ed è stata perfezionata da Winfried Hassemer nell'immagine della «spirale»¹⁹³.

¹⁹³ L'idea di una circolarità non viziosa si trova già in Radbruch, *Idea e materia del diritto*, cit., p. 37, ma ha avuto la sua formulazione più influente in Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., p. 41 («Non si tratta forse di un circolo? [...] a ben vedere, si tratta soltanto di una continua interazione, di un andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore ed episodio di vita, e non certo di un circolo fallace»), il quale, peraltro, si richiama a Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., p. 46 s. Tra gli autori successivi, cfr.: Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., p. 62 s. (dove compare, tra l'altro, l'immagine radbruchiana del «trapassare gradualmente a tentoni dall'ambito dell'essere all'ambito del dover essere e viceversa»); Id., *Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung* (1973), in Id., *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Heymanns, Köln u.a. 1984, pp. 65-77; Larenz, *La giurisprudenza come scienza comprendente*, cit., pp. 119-121; Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., pp. 66-70, spec. 69 («spirale»). Per alcune riserve, cfr. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., p. 205 nt. 41. D'altro canto, l'ermeneutica nomofattuale, perlomeno in Germania, ha trascurato il tema della circolarità processuale, che potrebbe costituire la sua dodicesima tesi e che si compone di due movimenti, dunque di due influssi: dalla prova alla sussunzione, che produce il fenomeno della processualizzazione dell'attività interpretativa, cioè della definizione dei concetti di fattispecie anche in base alle esigenze di prova dei fatti in essi sussumibili; dalla sussunzione alla prova, che produce il fenomeno della sostanzializzazione dell'attività probatoria, cioè della selezione del materiale probatorio in funzione delle caratteristiche giuridicamente rilevanti del fatto da provare. Il tema è stato solo sfiorato da Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 45-52, che si pone il problema collaterale della discernibilità del giudizio sussuntivo e di quello probatorio. Per un primo tentativo di approfondimento, cfr., volendo, Omaggio-Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., pp. 191-197, nonché Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione*, cit., spec. pp. 68-76. Sulle interazioni tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, v. già B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 114-123.

- I. tesi della *sussunzione come equiparazione*. La sussunzione è l'operazione logica consistente nel riconoscere che un fatto concreto rientra nell'estensione di una fattispecie normativa perché presenta le caratteristiche definitorie di quest'ultima. Per il pensiero tradizionale, tutti i fatti sussumibili in una fattispecie sono eguali tra loro. Per l'ermeneutica nomofattuale, anche qui a cominciare da Radbruch ed Engisch, le cose non stanno così: i fatti nascono e restano singoli, dunque diversi l'uno dall'altro, anche quando si rivelano corrispondenti alla stessa fattispecie. In particolare, tra tali fatti, alcuni sono più importanti, in quanto, realizzando nella misura massima possibile le caratteristiche definitorie graduabili della fattispecie, valgono come paradigmi. Pertanto, è naturale che, quando deve stabilire se un fatto corrisponde a una fattispecie, l'interprete lo raffronti col relativo fatto paradigmatico e concluda in senso positivo solo se riscontri una somiglianza significativa. È essenzialmente in questo senso che l'ermeneutica nomofattuale ha parlato del «carattere analogico» dell'applicazione normativa (ma forse sarebbe meglio tornare all'espressione engischiana, perché la prima può avere un suono inquietante, specie tra i penalisti)¹⁹⁴.
- J. tesi della *innovatività* dell'interpretazione. Insieme alla tesi successiva, è la più controversa tra quelle in esame. La sua menzione autonoma si giustifica a dispetto di un'apparente mancanza di originalità. In effetti, stando al profilo tracciato nella prima parte di questo lavoro, l'idea secondo cui l'interpretazione produrrebbe qualcosa di nuovo, di non interamente contenuto nella disposizione che ne forma oggetto, è stata spesso sostenuta nel

¹⁹⁴ Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori*, cit., p. 167; Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., p. 25 s.; Id., *Interpretazione, prova e sussunzione*, cit., pp. 48 s., 52; Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, cit., pp. 58-60; Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., pp. 212, 214, 218. Per alcune riserve, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), cit., p. 275.

corso della storia dell'ermeneutica giuridica. Sennonché, gli argomenti addotti a tal fine, pur nella loro diversità, hanno sempre avuto un'impronta *nomocentrica*: l'innovatività dell'interpretazione è sempre stata considerata come la conseguenza inevitabile dell'imperfezione della *legge* (*sub specie* di oscurità, ambiguità, insufficienza). Il movimento in esame, invece, antinomocentrico com'è, concepisce e spiega l'innovatività in maniera rovesciata: non in chiave ontologico-normativa, bensì *epistemico-fattuale*. Così, quand'anche le fattispecie normative fossero tutte fissate in maniera perfetta, la singolarità dei fatti da qualificare a tale stregua non consentirebbe di sapere se essi vi corrispondono prima del loro manifestarsi e della riflessione ermeneutica che ne deriva¹⁹⁵.

- K. tesi della *controllabilità solo postuma* del rispetto del *divieto di analogia*. Costituisce un corollario della tesi precedente nel campo delle norme penali ed eccezionali. Concentrandoci sulle prime, se l'appartenenza di un fatto alla portata di una fattispecie incriminatrice non può riconoscersi di primo acchito (salvo che si tratti di concetti logico-matematici), allora, anche ritenendo, come sembra giusto, che il confine tra interpretazione (estensiva) e applicazione analogica sia segnato dal significato letterale, l'affermazione o negazione che tale confine è stato superato potrà essere fatta solo alla fine del processo ermeneutico. In altre parole, come già riconobbe con estrema lucidità il giovane Hassemer, anche assumendo il complesso dei «possibili significati letterali» della disposizione incriminatrice quale limite della sua interpretazione, è solo dopo aver riflettuto su ciascuno di questi significati in relazione alle singolarità del caso da decidere che potrà stabilirsi se il divieto di analogia penale sia stato rispettato o non.

¹⁹⁵ Per tutti cfr. Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 167 («se la fattispecie 'contenga' una determinata decisione, si rivela solo *in seguito* al procedimento interpretativo e non *si sa* in precedenza» – primi due corsivi nell'orig., ultimi due corsivi agg.), 182.

Nulla esclude, infatti, che tale caso, nella sua originalità, faccia venire alla luce aspetti del contenuto normativo prima trascurati, solo perché marginali per la decisione dei fatti precedenti¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale*, cit., pp. 214-218, spec. 218 («al di fuori del processo interpretativo stesso non ci sono garanzie positive di correttezza dell'interpretazione»); Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten*, p. 98. In termini sostanzialmente simili Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 238 («possibile senso letterale» come limite il cui riconoscimento in concreto può essere problematico, tanto che, salvo il solito caso dei concetti logico-matematici, «il confine tra interpretazione da un lato (in specie interpretazione estensiva) e analogia dall'altro è fluido»). Più radicale Kaufmann, *L'analogia giuridica tra similitudine, assimilazione*, cit., pp. 204 s., che però si avvicina ai suddetti autori nella postfazione inserita nel 1982, in Id., *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 87. Sul problema dei confini tra interpretazione e applicazione analogica, oggi giorno il più delicato, cfr., nella penalistica italiana recente, le diverse posizioni di: R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2015, pp. 1778-1782; C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in «Giur. cost.», 2021, 4, pp. 1807-1815; O. Di Giovine, «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in «Quest. Giust.», 2018, 4, pp. 55-67; F. Giunta, *Nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale"*, in «Criminalia», 2016, pp. 157-160; M. Donini, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.», 2016, 3, pp. 21-26; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari 2017, pp. 126-144; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene*, in «disCrimen», 18 novembre 2020, pp. 21-28; V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in «Dir. Pen. Cont.», 17 gennaio 2018, pp. 6-15; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità*, in «Criminalia», 2016, pp. 164-178, 182-188; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Giuffrè, Milano 2006, pp. 529-535; F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in «Sist. pen.», 2 gennaio 2021, pp. 2-7.