

# 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](mailto:press@unipi.it) · PEC [cidic@pec.unipi.it](mailto:cidic@pec.unipi.it)

[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-119-6

layout grafico: [360grafica.it](http://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 Carlizzi .....9

### *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*

Gaetano Carlizzi .....15

### *La filosofia ermeneutica del diritto in Italia*

Baldassare Pastore .....83

### *Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi*

Tommaso Gazzolo .....129

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

Gianluca Gentile .....179

## **Note**

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

Giovanni Blando .....225

## **Archivio**

### *Ermeneutica giuridica*

Winfried Hassemer .....241

**ARCHIVIO**



# ERMENEUTICA GIURIDICA\*

Winfried Hassemer

## 1. L'universalità dell'ermeneutica

La storia del rapporto tra diritto ed ermeneutica è la storia di una lezione, di una fecondazione e di un arricchimento reciproci. Tale rapporto intercorre tra l'ermeneutica filosofica e quella giuridica, ma anche tra la teoria ermeneutica del diritto e la dogmatica giuridica. Il pensiero ermeneutico è simile a un legamento, capace di tenere insieme e di conferire un'unità di massima ad ambiti delle scienze, come pure della scienza e della prassi, che altrimenti si disgregherebbero.

Ciò non è casuale. L'ermeneutica non è un "settore" del lavoro scientifico, né è un ambito oggettivo o una disciplina; essa è piuttosto un metodo di approssimazione scientifica agli oggetti, un metodo di costruzione di teorie e di sistemi scientifici; è un fenomeno strutturale, che esige attenzione per ogni specie di attività scientifica, presuppone e sottende le singole scienze. Alla luce di ciò risulta senz'altro chiaro che le dimensioni dell'ermeneutica nulla hanno a che fare con i confini delle scienze<sup>1</sup>, ossia che l'ermeneutica – e ciò avviene da tempo, sebbene in

---

\* Traduzione, a cura di Gaetano Carlizzi, di W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1986, pp. 195-212.

<sup>1</sup> Ciò è evidente nel collettaneo da me curato *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, 1984, che offre contributi di filosofia, antropologia, filosofia del diritto, teoria del diritto, metodologia giuridica, retorica, didattica e letteratura.

forma mutevole – influenza le singole scienze e contribuisce a fondarle dal punto di vista gnoseologico: dalla scienza della storia<sup>2</sup>, passando per la teologia<sup>3</sup> e la scienza della letteratura<sup>4</sup>, fino ad arrivare alla “svolta postempirista” nelle moderne scienze della natura<sup>5</sup>, la quale comprende che non esistono “dati” indipendenti da una teoria o da un paradigma, dati “puramente” disponibili all’osservazione empirica.

Tutto ciò cade fuori dell’orizzonte di indagine prefissato con l’oggetto “ermeneutica giuridica”. Ma è nondimeno degno di nota, poiché l’universalità epistemologica dell’ermeneutica è ovviamente ricca di conseguenze anche per la sua recezione nella scienza e nella prassi giuridica: tale universalità non comporta soltanto che l’ermeneutica fornisce risposte anche a questioni di scienza giuridica; essa è altresì in grado di operare un collegamento epistemologico tra l’ambito del diritto e ulteriori ambiti oggettivi, di rimettere in discussione la scientificità della scienza giuridica e di fondarla criticamente<sup>6</sup>.

L’universalità dell’ermeneutica è stata continuamente rielaborata e resa fruttuosa da alcuni lavori prodotti nella cerchia della *Cátedra Francisco Suárez*. Nella prospettiva dell’ermeneutica giuridica, questi lavori ci hanno fornito soprattutto una comprensione approfondita e critica

---

<sup>2</sup> Fondamentale Droysen, *Historik*, 1937.

<sup>3</sup> Cfr., ad esempio, Simons-Hecker, *Theologisches Verstehen. Philosophische Prolegomena zu einer theologischen Hermeneutik*, 1969.

<sup>4</sup> Cfr., ad esempio, Nassen (Hrsg.), *Texthermeneutik. Aktualität, Geschichte, Kritik*, 1979.

<sup>5</sup> Cfr., ad esempio, anche per ulteriori indicazioni, Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, 1981, pp. 161 ss. Lì si rileva giustamente che ciò non costituisce una novità per un’epistemologia non-analitica delle scienze naturali (p. 163).

<sup>6</sup> Un esempio al riguardo: Arth. Kaufmann, *Einige Bemerkungen zur Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, in *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 67 ss., anche in Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 1984, pp. 119 ss.

della teoria delle norme<sup>7</sup>, la mediazione tra pensiero filosofico, scientifico-giuridico e sociologico<sup>8</sup> o il confronto tra la formazione di una teoria da un punto di vista scientifico-giuridico e una prospettiva di tipo materialistico<sup>9</sup>.

Queste problematiche si collocano a un livello di elevata astrazione – costituiscono i frutti di una trattazione persistente e moderna di problemi epistemologici e teorico-giuridici fondamentali. Lo sviluppo dell’ermeneutica giuridica iniziò con problematiche più semplici e concrete, almeno sul versante della scienza e della prassi del diritto. Tali problematiche ricevettero impulsi e risposte nell’ambito dell’ermeneutica generale. Le risposte erano pronte; nel XX secolo l’ermeneutica generale si era interessata – oltre che di questioni fondamentali di scienza teologica, letteraria e storica – anche di questioni fondamentali di scienza del diritto<sup>10</sup>.

## 2. Origini

Se posto a confronto con l’interesse per altri ambiti oggettivi, l’interesse della teoria ermeneutica per il diritto fu tuttavia tardivo. Un’opera standard sull’ermeneutica generale del XIX secolo parla certamente

---

<sup>7</sup> Ad esempio, López Calera, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, 1969, spec. pp. 129 ss.

<sup>8</sup> Soprattutto nei lavori di Ollero, *Derecho y Sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía alemana actual*, 1973, spec. pp. 44 ss.; *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlegendendiskussion in Deutschland*, 1978, spec. pp. 29 ss.; *Interpretation del derecho y positivismo legalista*, 1982, *passim*, spec. pp. 100 ss., 170 ss., 246 ss.

<sup>9</sup> Ad esempio, Saavedra, *Interpretacion del derecho e ideologia. Elementos para una crítica de la hermeneutica jurídica*, 1978, *passim*.

<sup>10</sup> Cfr., ad esempio, le concettualizzazioni sul ruolo della comprensione nel diritto di Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl. (1975), pp. 307 ss., l’indagine più ricca sull’ermeneutica generale; sul punto, adesso, Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, 1984.

di ermeneutica teologica o storica, ma non di ermeneutica giuridica<sup>11</sup>. D'altro canto, le metodologie giuridiche avevano familiarità col concetto di “*hermeneutica iuris*”; esse, tuttavia, lo impiegavano in un senso che, considerato nella prospettiva dell'ermeneutica giuridica attuale, non era specifico<sup>12</sup>, ossia per indicare grosso modo le dottrine dell'interpretazione, che già Savigny aveva sistematicamente presentato nella sua lezione sui metodi del 1802/1803<sup>13</sup> e che – con espressioni mutevoli – dominavano la metodologia del secolo scorso<sup>14</sup>. L'ermeneutica giuridica costituisce una filiazione comparativamente tarda della teoria ermeneutica generale.

Una teoria del diritto o metodologia che vincola a regole interpretative l'applicazione di norme legali a fatti è pur sempre un'antesignana dell'ermeneutica giuridica, ma non ancora la sua base: chi prescrive di trattare la legge tenendo conto della lettera, della connessione sistematica, della volontà del legislatore e del senso obiettivo della legge<sup>15</sup>; chi lega l'interpretazione della legge ai punti di vista dell'autonomia (oggettività) e dell'unità della legge, chi attribuisce rilievo all'origine, al significato materiale del testo e alla comparazione<sup>16</sup> – costui muove pur sempre dall'idea che la legge sia suscettibile e bisognosa di inter-

---

<sup>11</sup> J. Wach, *Das Verstehen. Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, 3 Teile, 1916, 1929, 1933.

<sup>12</sup> Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, pp. 22 ss.

<sup>13</sup> F.C. v. Savigny, *Juristische Methodenlehre* (ed. Wesenberg), 1951.

<sup>14</sup> Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4 Aufl. (1978), I, capp. 1-3.

<sup>15</sup> In questo senso la “classica” suddivisione delle dottrine dell'interpretazione; vedi, ad esempio, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 307 ss.

<sup>16</sup> A questo punto resta aperta la questione se sia mai stata formulata e sostenuta una giurisprudenza dei concetti così severa e chiusa; meritevole di lettura sul punto è Ogorek, *De l'esprit de légendes*, in «*Rechtshistorisches Journal*», 1983, pp. 277 ss., sull'ermeneutica di Montesquieu. Anzi, la giurisprudenza dei concetti serve alla metodologia attuale, anche all'ermeneutica giuridica, più come spauracchio che come oggetto di studio.

pretazione e che metodi di interpretazione diversi possano condurre a risultati interpretativi diversi. Una metodologia costruita sulle dottrine dell'interpretazione coglie dunque pur sempre l'apertura delle leggi e nega così i due assunti fondamentali di ogni giurisprudenza dei concetti in senso stretto, ossia che la legge sarebbe univoca e completa.

È stato soprattutto Coing<sup>17</sup> che, sulla scia – tra gli altri – di Betti<sup>18</sup>, Bollnow<sup>19</sup>, Geny<sup>20</sup>, nonché Gadamer<sup>21</sup>, ha elevato la lacunosità e mancanza di chiusura delle leggi a perno della propria dottrina dell'interpretazione, e ha chiarito in tal modo la tensione tra vincolo alla legge e creatività giuridica del giudice<sup>22</sup>. In questo modo fu formulato il problema di cui l'ermeneutica giuridica si è occupata fino a oggi e che la dottrina del diritto libero aveva risolto in maniera frettolosa e radicale<sup>23</sup>: il problema di un “corretto” rapporto con la legge, della “corretta” applicazione della legge al caso. Questo problema, in genere, diventa visibile solo quando si ritiene che la legge non sia suscettibile di un'estensione puramente deduttiva nella decisione dei casi, quando si rifiuta di usarla come base di conclusioni (tauto)logiche: quando la legge è concepita

---

<sup>17</sup> Ciò si trova, ad esempio, in Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. (1976), pp. 309 ss.; v. anche già Id., *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959.

<sup>18</sup> Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, 1955; Id., *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962.

<sup>19</sup> Bollnow, *Das Verstehen. Drei Aufsätze zur Theorie der Geisteswissenschaften*, 1949.

<sup>20</sup> GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit prove positive*, 2. Aufl. (Neudruck 1954).

<sup>21</sup> Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., pp. 307 ss.

<sup>22</sup> Cfr., in particolare, Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 329 ss., 334 ss.

<sup>23</sup> Cfr., soprattutto, H. Kantorowicz (pseudonimo: Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; sul punto, Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., p. 334 s.; Arth. Kaufmann, *Freirechtsbewegung – lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre*, in «Juristische Schulung», 1965, pp. 1 ss., anche in Id., *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2. Aufl. (1984), pp. 231 ss.

come direttiva decisoria non univoca, non completa e aperta al futuro. Infatti, solo allora si ha motivo di riflettere sul ruolo produttivo di chi “interpreta” o “applica” la legge, e, correlativamente a ciò, di ricercare i criteri della corretta interpretazione o applicazione.

### 3. Peculiarità

L'ermeneutica giuridica si accosta in maniera specifica al problema di un corretto rapporto con la legge (e già in ciò si distingue dalle altre teorie del diritto). La sua prospettiva è più ampia di quella delle teorie analitiche<sup>24</sup>, ed è diversa dalla prospettiva di una dottrina sistemica del diritto<sup>25</sup>.

#### 3.1. Rispetto alla teoria analitica del diritto

L'ermeneutica non respinge l'interesse di stampo analitico alla precisione del linguaggio giuridico – dalle leggi, passando per le teorie scientifico-giuridiche, fino ad arrivare all'elaborazione del fatto –, nonché alla chiarezza e alla coerenza dei sistemi giuridici, bensì ne relativizza l'importanza.

Per l'ermeneutica giuridica le condizioni di correttezza del rapporto con i testi normativi si trovano su un piano più fondamentale di quello semantico. Chiarezza, precisione e coerenza in quanto tali non sono ancora una garanzia di correttezza, bensì presupposti di trasparenza e controllo soprattutto dell'agire giudiziario. Certo, la trasparenza e il controllo sono obiettivi centrali e irrinunciabili dell'odierna teoria, scienza

---

<sup>24</sup> Paradigmatico il collettaneo H.J. Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976.

<sup>25</sup> Paradigmatico Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. (1975); critico al riguardo, dal punto di vista ermeneutico, Esser, *Vorverständnis und Methodewahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. Aufl. (1972), cap. IX (“*Systemtheorie und Konsensproblematik*”), pp. 205 ss.

e prassi giuridica. Tuttavia, una teoria sufficientemente plausibile della corretta applicazione o individuazione del diritto [*Rechtsfindung*] deve fare i conti col fatto che un torto flagrante può presentarsi in vesti irreprensibili dal punto di vista analitico<sup>26</sup>, e che i contrassegni del corretto parlare prescelti dalle teorie analitiche del diritto sono criteri storicamente mutevoli, agganciati alla nostra concezione empiricamente orientata del mondo e della scienza<sup>27</sup> e non convincenti per le altre culture giuridiche<sup>28</sup>.

### 3.2. Rispetto alla dottrina sistemica del diritto

L'interesse di stampo sistemico alla produzione nel sistema giuridico di conseguenze vantaggiose per il sistema generale (assorbimento dei conflitti, adattamento dei partecipanti all'apprendimento cognitivo, incremento della complessità elaborabile e così via) non è estraneo all'orizzonte problematico ermeneutico, ma viene solo diversamente formulato e localizzato (e così, ovviamente, modificato) dall'ermeneutica giuridica.

L'ermeneutica giuridica condivide con la dottrina sistemica del diritto l'interesse scientifico per connessioni che trascendono il sistema giuridico; soprattutto i progetti ermeneutici di stampo ontologico e gno-seologico<sup>29</sup> rendono evidente che tale dottrina non si limita al rapporto tra legge e sentenza, bensì considera il sistema giuridico come una parte

---

<sup>26</sup> Numerosi esempi al riguardo si trovano in Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2. Aufl. (1973).

<sup>27</sup> Ulteriori ragguagli su questo collegamento nel mio lavoro sugli scopi della pena nel diritto penale sociologicamente orientato, in W. Hassemer-Lüderssen-Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 39 ss., 47 ss.

<sup>28</sup> Esempi istruttivi sul punto, ad esempio, in D. Simon, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, 1973, pp. 13 ss., 22 s.

<sup>29</sup> Un tale stampo dell'ermeneutica giuridica si trova nei lavori contenuti nella raccolta Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit.; cfr., ivi, *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957), pp. 1 ss.; *Gedanken zur Überwindung des Rechtsphilosophischen Relativismus* (1960), pp. 51 ss., 57 ss.; *Rechtspositivismus und Naturrecht in*

del mondo e della scienza. Inoltre, l'orientamento all'*output* del sistema giuridico<sup>30</sup>, evidente dal punto di vista della teoria dei sistemi e sul quale si concentrano attualmente le discussioni tra i teorici e gli scienziati del diritto<sup>31</sup>, è – almeno ai miei occhi – un concetto presente nella tradizione dell'ermeneutica giuridica; la considerazione delle conseguenze dell'agire giuridico fa parte delle aspettative di giustizia e delle condizioni di consenso presupposte dal controllo ermeneutico di correttezza<sup>32</sup>.

Nonostante questi aspetti comuni alla teoria sistemica e alla teoria ermeneutica del diritto, non si può ignorare la fondamentale differenza esistente tra loro, dovuta alla fonte scientifica dalla quale derivano e alla quale sono di volta in volta legate.

La teoria funzionalista dei sistemi può tener conto dei valori giuridici e dei principî di eguaglianza, giustizia o autonomia solo nella qualità di funzioni sistemiche disponibili, mentre per una teoria ermeneutica essi costituiscono il fondamento e la guida della corretta individuazione del diritto. Sebbene la filosofia sociale e la teoria sociale descrittiva abbiano in comune aspetti molteplici e al momento in evoluzione sempre più manifesta, le tradizionali differenze si mostrano proprio nel rapporto tra

---

*erkenntnistheoretischer Sicht* (1961), pp. 69 ss., 93 ss.; *Die ontologische Struktur des Rechts* (1962), pp. 101 ss., 117 ss.; *Gesetz und Recht* (1962), pp. 131 ss., 152 ss.

<sup>30</sup> Sebbene Luhmann (in *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 31 ss.) non ritenga che il sistema giuridico – a mio avviso, troppo poco differenziato rispetto ai singoli ambiti del diritto – possa avere un sufficiente orientamento alle conseguenze, la sua raccomandazione di sviluppare «concetti giuridici adeguati alla società» (ivi, pp. 49 ss.) sfocia tanto per la costruzione sistematica, quanto per la prassi giuridica in un orientamento all'*output*; quest'ultimo si annida nella «adeguatezza sociale» dei concetti giuridici.

<sup>31</sup> Cfr., ad esempio – di volta in volta con ampi riferimenti –, Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, 1981; W. Hassemer, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Festschrift für Coing*, 1982, vol. I, pp. 493 ss.

<sup>32</sup> Sul punto, in particolare, Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., pp. 142 ss.

dottrina sistemica e teoria ermeneutica del diritto. La funzionalizzazione sistemica dei valori giuridici<sup>33</sup> è inaccettabile per una teoria ermeneutica del diritto, perché quest'ultima non può riformularla con i propri concetti di valore fondativi, perché alla propria tradizione appartiene in maniera esemplare la fondamentale distinzione tra essenza ed esistenza del diritto, tra giusnaturalità e positività, tra giustizia e certezza del diritto<sup>34</sup>, e perché, di conseguenza, l'ermeneutica (con le categorie essenza, giusnaturalità, giustizia) delimita un ambito che non può essere adeguatamente concepito – appunto – attraverso descrizioni funzionaliste.

#### 4. Fonti

Nella Repubblica Federale Tedesca, l'ermeneutica giuridica<sup>35</sup> è stata alimentata in origine da due fonti, che confluiscono in alcuni progetti, specialmente recenti; tali fonti sono, da un lato, la metodologia giuridica, dall'altro, la filosofia del diritto. È chiaro che questa distinzione è idealtipica – in verità, la stessa distinzione tra teoria del diritto, filosofia del diritto e metodologia è problematica<sup>36</sup>. Tuttavia, proprio lo sviluppo dell'ermeneutica giuridica mostra che i punti-chiave della ricerca giusfilosofica e metodologica non sono chiaramente distinguibili tra

---

<sup>33</sup> Cfr., ad esempio, sulla giustizia come «complessità adeguata del sistema giuridico», Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in «Rechtstheorie», 1973, pp. 131 ss., spec. capp. V ss.

<sup>34</sup> Particolarmente chiaro Arth. Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, cit., *passim*.

<sup>35</sup> Una panoramica generale si trova anche in Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, 1976, pp. 429 ss.

<sup>36</sup> Sulla distinzione tra filosofia del diritto e teoria del diritto, Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in Kaufmann-Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4. Aufl. (1985), pp. 1 ss., 9 ss.; sulla distinzione tra teoria del diritto e metodologia, W. Hassemer, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, in Arth. Kaufmann (Hrsg.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, 1971, pp. 27 ss.

loro, e che i loro aspetti comuni documentano piuttosto la coerenza e la ricchezza delle questioni fondamentali della scienza del diritto.

#### 4.1. Metodologia (fatto e norma)

Il punto di partenza dell'ermeneutica giuridica orientata ai metodi, nell'ambito della quale spiccano soprattutto i nomi di Esser<sup>37</sup> e Larenz<sup>38</sup>, ma anche di Kriele<sup>39</sup> e di Friedrich Müller<sup>40</sup>, è il rapporto tra norma<sup>41</sup> e vicenda umana [*Lebenssachverhalt*]. Sennonché, l'ermeneutica giuridica condivide questo punto di partenza con ogni teoria della produzione del diritto; in effetti, che il fatto si "adatti" alla relativa norma giuridica,

---

<sup>37</sup> In particolare: *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit.; *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in *Festschrift für L. Raiser*, 1974, pp. 517 ss.; *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, 1979; ora Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, 1984.

<sup>38</sup> In particolare: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., II, Systematischer Teil; *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965; *Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*, in *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, pp. 291 ss.

<sup>39</sup> In particolare: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2 Aufl. (1976).

<sup>40</sup> In particolare: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, 1966; *Juristische Methodik*, 2 Aufl. (1976); *Strukturierende Rechtslehre*, 1984.

<sup>41</sup> Non si tratta, dunque, soltanto di norme legali, di diritto codificato. I precedenti di un *case law* costituiscono per una teoria ermeneutica un equivalente funzionale del diritto legale; su questo collegamento, cfr. il mio lavoro *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in Kaufmann-Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, cit., pp. 193 ss., 205 s.; Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, IV, *Dogmatischer Teil*, 1977, pp. 202 ss. (sulla «norma del caso»); Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, in Kaufmann-Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, cit., pp. 276 ss., 285 s.

che la norma sia “adatta” per la decisione del fatto – che sia in gioco dunque, come suol dirsi, la “sussunzione” del fatto nella norma – tutto ciò è patrimonio comune di ogni raffigurazione dell’applicazione normativa giuridica.

Il passo che va oltre questa ovvietà – e che solo rende “ermeneutica” una teoria – è orientato a uno specifico rapporto tra norma e fatto. Questo rapporto si lascia parafrasare come “relazione”, come “corrispondenza”, come “dipendenza da”. Nella metodologia giuridica recente, il concetto scientifico di tale rapporto è stato enucleato, in particolare, dai lavori di Engisch<sup>42</sup>, la cui spesso citata immagine dell’«andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore (cioè norma legale: W.H.) e vicenda umana»<sup>43</sup> fa vedere efficacemente di cosa si tratta. La norma e il caso (che, secondo la metodologia tradizionale, si combinavano solo dopo la sussunzione deduttiva del caso nella norma) devono esser condotti in una relazione, in modo graduale e reciproco, nell’atto di individuazione del diritto, devono svilupparsi in maniera concretizzante l’uno in funzione dell’altro, e sotto questo profilo si presuppongono a vicenda. In tal modo il rapporto tra norma e fatto si dinamizza. L’applicazione normativa diventa concretizzazione normativa (sul fatto); la decisione del fatto diventa costituzione del fatto (con l’ausilio della norma). Norma e fatto si stabiliscono l’uno con l’altro nel processo di applicazione normativa ovvero di decisione del fatto.

Prima di poter concepire e formulare questo rapporto tra norma e fatto, l’ermeneutica giuridica doveva eliminare la tradizionale “ideologia della sussunzione”. In base alla tesi della sussunzione, norma e fatto non potevano essere messi in movimento, perché per essa la decisione del fatto era già sempre contenuta (sebbene ignota) nella norma e perché, di conseguenza, l’applicazione normativa poteva essere pen-

---

<sup>42</sup> In particolare: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. (1963); *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Aufl. (1968); *Einführung in das juristische Denken*, 7. Aufl. (1977).

<sup>43</sup> *Logische Studien*, cit., p. 15.

sata solo come sviluppo di un potenziale normativo disponibile; non era necessario mutare alcunché, ma solo concretizzare, attualizzare e concludere. All'eliminazione della tesi della sussunzione l'ermeneutica giuridica lavorò mano nella mano con alcune parti della teoria analitica del diritto<sup>44</sup>, e si fece istruire dalle indagini della scienza linguistica sulla dipendenza del linguaggio dal contesto<sup>45</sup>.

La lotta dell'ermeneutica giuridica contro la concezione secondo cui l'applicazione della legge sarebbe una mera sussunzione del fatto con l'ausilio di un'inferenza deduttiva è stata condotta su entrambi i piani dove la tesi della sussunzione credeva di aver trovato la propria certezza giuridico-concettuale: sul piano della lettera della legge e sul piano delle dottrine dell'interpretazione e dell'argomentazione. Questa tesi poteva essere scossa solo mostrando, da un lato, che il linguaggio della legge non ne determina (completamente) l'applicazione al caso, dall'altro, che le metodologie dell'interpretazione e dell'argomentazione non stabiliscono univocamente come deve procedere di volta in volta l'interpretazione del giudice.

#### 4.1.1. Lettera della legge

Dell'idea che una legge possa essere tanto univoca quanto completa – entrambe le qualità sarebbero presupposti necessari di un'inferenza sussuntiva a partire dalla legge – si era già disfatta la giurisprudenza de-

---

<sup>44</sup> Al riguardo, cfr. il collegamento pregnante tra tipi di spazi semantici in H.J. Koch, *Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht*, in Koch (Hrsg.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, 1977, pp. 13 ss., 29 ss., 41 ss.; inoltre, tra gli altri, Priester, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre*, cit., pp. 155 ss.

<sup>45</sup> Sul punto, tra gli altri, il mio lavoro *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, pp. 66 ss.

gli interessi<sup>46</sup>. L'ermeneutica giuridica, sorretta dalle acquisizioni della moderna scienza linguistica, è andata avanti su questa strada e ha mostrato che il linguaggio delle leggi condivide le stesse ambiguità della lingua parlata<sup>47</sup>, ossia la dipendenza del significato letterale dalla situazione enunciativa, dalla struttura della proposizione e dai campi terminologici, e che è possibile distinguere i concetti ambigui presenti nel linguaggio del diritto a seconda della loro vaghezza, porosità, esigenza di integrazione assiologica e relazione a una disposizione interiore<sup>48</sup>.

La quintessenza di queste indagini è la consapevolezza che la legge non può assicurare in maniera rigida la propria applicazione al fatto, ma tutt'al più guidarla. In ogni decisione di un fatto in base a una legge chi decide ha bisogno di informazioni che non emergono dalla legge stessa, ma nondimeno dirigono la decisione. Persino una novella legale che voglia arginare un'interpretazione giurisprudenziale della legge contrastante con la volontà del legislatore ricade sotto il controllo interpretativo della giurisprudenza, dato che le schiude necessariamente spazi esegetici<sup>49</sup>. In definitiva, la legge non può mai "procurarsi" la propria interpretazione; l'interprete trova nella legge solo un'informazione incompleta che gli lascia spazi di decisione<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Particolarmente chiaro Heck, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, appendice a Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929 (ristampa 1958), pp. 471 ss.

<sup>47</sup> Sul punto, Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 67 ss.; Arthur Kaufmann, *Recht und Sprache*, 1983; anche in Id., *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, cit., pp. 101 ss.

<sup>48</sup> Una esposizione concisa nel mio lavoro *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981: § 18 sul linguaggio quotidiano, § 19 sul linguaggio legale.

<sup>49</sup> Per sviluppi, v. il mio lavoro *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, cit.

<sup>50</sup> Sotto il profilo del vincolo del giudice alla legge, ciò comporta naturalmente conseguenze che sono già state discusse all'epoca della giurisprudenza degli interessi; sul punto, cfr., ad esempio, il confronto tra Stampe, *Rechtsfindung durch Interessenwägung*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 1905, pp. 713 ss., e Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, ivi, pp. 1140 ss. Sull'attuale stato della discussione, W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation*, cit.; Larenz, *Die Bindung des Richters*, cit.

### 4.1.2. Dottrine dell'interpretazione

Il secondo strumento per assicurare un rapporto specialistico con la legge è la metodologia, che, attraverso le regole interpretative e argomentative, formula direttive di correttezza della decisione, dell'inferenza e della motivazione. L'analogia e l'*argumentum e contrario*, le inferenze *a fortiori*, *a minore ad maius* o viceversa; il dovere di tener conto della lettera della legge, della connessione sistematica tra le norme, della volontà del legislatore o del senso obiettivo della legge, nonché il dovere di non superare in tali casi i limiti costituzionali – tutte queste cose vengono intese non solo come regole linguistiche, ma anche come regole decisorie finalizzate a stabilire e assicurare il collegamento tra norma e decisione del fatto. L'ermeneutica giuridica orientata ai metodi, direttrice nei lavori di Esser<sup>51</sup>, ha chiarito che per i precetti metodologici vale qualcosa di simile a quanto visto per la legge: essi non possono eliminare gli spazi dell'interpretazione legale e dell'individuazione del diritto, ma tutt'al più strutturarli.

Ad essere ritenuti disomogenei sono già le suddivisioni e i relativi contenuti delle varie dottrine dell'interpretazione<sup>52</sup>. Si distingue l'interpretazione dalla concretizzazione normativa, lo scopo dal mezzo dell'interpretazione, l'interpretazione soggettiva da quella oggettiva ecc., ma, ovviamente, suddivisioni diverse comportano contenuti diversi. Così, ad esempio, per interpretazione “storica” si intende qualcosa di diverso a seconda che le si accosti<sup>53</sup> o no<sup>54</sup>, in funzione limitativa, un'interpretazione “genetica”. Ne deriva che questa parte della metodologia non procura un sistema regolativo che consenta di interpretare *more geome-*

---

<sup>51</sup> In particolare, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., pp. 124 ss. e *passim*.

<sup>52</sup> Sul punto e su quanto segue, istruttivo Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, cit., pp. 288 ss.

<sup>53</sup> Così, ad esempio, Müller, *Juristische Methodik*, cit., pp. 160 ss.

<sup>54</sup> In questo senso la dottrina tradizionale e tuttora comune, così come viene trasmessa dalle discipline dogmatiche; cfr., ad esempio, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. (1978), § 17 IV, che si richiama soprattutto a Engisch.

*trico*; infatti, chi intende applicare la legge per mezzo di una dottrina dell'interpretazione deve dapprima compiere una scelta tra i diversi sistemi di interpretazione, dunque ha bisogno per decidere di informazioni che la metodologia non gli fornisce affatto.

Ancora più importante per la costituzione di spazi interpretativi è la circostanza che la metodologia contiene, sì, regole, ma non meta-regole interpretative.

È comprensibile dal punto di vista teorico ed è riconfermato con chiarezza dalla prassi giudiziaria<sup>55</sup> il fatto che la scelta di una determinata regola interpretativa è ricca di conseguenze; decidere secondo la volontà del legislatore, secondo la lettera della norma oppure secondo il suo senso produce, di solito, risultati interpretativi diversi. Pertanto, le regole interpretative potrebbero assicurare un “vincolo” del giudice solo se, anziché limitarsi a prescrivere di volta in volta – come fanno – un determinato risultato interpretativo, prescrivessero inoltre – come non fanno – quale regola si debba applicare in quali situazioni decisorie: dunque solo se contenessero una meta-regola per la loro applicazione. Ma questa regola non esiste. Il tentativo, talvolta intrapreso<sup>56</sup>, di disporre le regole interpretative in un ordine razionale ovvero di inserirle in una gerarchia non è convincente in teoria, né è tenuto in considerazione in pratica. Dunque le regole interpretative non sono in grado di determinare il risultato. Esse propongono di legittimare risultati desiderati (e individuati altrimenti): di legittimarli in quanto conformi alla volontà del legislatore, alla lettera della legge e così via; sono mezzi per presentare l'interpretazione della legge, non certo per stabilirla.

---

<sup>55</sup> A questo riguardo, ricco materiale è stato riportato alla luce dal progetto monachese di ricerca «*Argumentationstheoretische Aspekte höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen*», condotto da Arthur Kaufmann, Ulfrid Neumann e Jochen Schneider e i cui risultati non sono stati ancora pubblicati.

<sup>56</sup> Ad esempio, in Larenz, *Methodenlehre*, cit., pp. 332 ss.

### 4.1.3. Dottrine dell'argomentazione

Le cose non stanno diversamente per le regole argomentative della metodologia giuridica, le inferenze *a fortiori*, *a similibus ad similia*, e *contrario* e così via<sup>57</sup>. Anche questi procedimenti presuppongono, ma non contengono, una precedente decisione sui criteri. Tale decisione concerne la comparabilità (somiglianza, dissomiglianza) delle costellazioni che vengono comparate in via inferenziale. Le regole argomentative non dicono alcunché a questo proposito, ma – simili in ciò alle regole interpretative – rendono possibile la presentazione e la legittimazione professionale di una decisione che ha già stabilito la somiglianza (quale presupposto di un'inferenza analogica) ovvero la dissomiglianza (quale presupposto di un'inferenza *e contrario*) tra le due costellazioni.

In tal modo il rapporto tra norma e fatto fu liberato dall'irrigidimento concettuale-giuridico e aperto a una correlazione. Non fu più possibile concepire a legge e le regole metodologiche come grandezze fisse da cui la decisione dei fatti conseguiva meccanicamente. Piuttosto, dato che si volle evitare l'espedito teoricamente ingenuo, praticamente pericoloso e costituzionalmente precluso di consentire al giudice di riempire arbitrariamente, secondo il proprio gusto personale, gli spazi aperti dell'interpretazione della legge, la consapevolezza dell'apertura dei programmi decisori giuridici costrinse a interrogarsi ulteriormente sulle reali possibilità di concretizzazione della legge rispetto al fatto da decidere. Concretizzazione tramite il riferimento della legge al fatto finì per essere il programma metodologico<sup>58</sup> di una dottrina dell'interpreta-

---

<sup>57</sup> Cfr., ad esempio, Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes. Ein Lehrbuch*, 1981, num. marg. 69.

<sup>58</sup> La consapevolezza dell'apertura della legge comportò, accanto al programma metodologico, anche un programma sociologico-giuridico, che non si interrogava sul riempimento "corretto" degli spazi decisori giudiziari, bensì su quello "effettivo", sicché si trovò dinanzi ad attitudini, inclinazioni, moventi inconsapevoli, giochi di ruolo e così via; sul punto, cfr. Rottleuthner, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristi-*

zione per la quale fu chiaro che né la stessa legge né le regole metodologiche possono mettere al sicuro da sole l'interpretazione legale.

## 4.2. Filosofia del diritto (essere e dover essere)

Il programma della concretizzazione della legge attraverso il riferimento al fatto fu elaborato nella Repubblica Federale dall'altra fonte dell'ermeneutica giuridica, quella giusfilosofica. Anche qui il teorema della concretizzazione fu al centro delle riflessioni, le quali condussero ugualmente – ma lungo altre vie – a una nuova comprensione di norma e fatto, collegata alle acquisizioni metodologiche dell'ermeneutica giuridica e fondata in modo più profondo<sup>59</sup>.

Punto di partenza dell'ermeneutica giuridica giusfilosoficamente orientata, la quale – specie in collegamento a Radbruch<sup>60</sup> – è stata elaborata soprattutto da Arthur Kaufmann<sup>61</sup>, ma nella quale possono essere annoverati anche i teorici della natura della cosa<sup>62</sup>, delle strutture

---

*schen Dogmatik*, 1973, Zweiter Teil, pp. 161 ss. («sulla sociologia dell'agire giudiziario»); sull'ermeneutica giuridica, cfr. *ivi*, pp. 32 ss.

<sup>59</sup> Esposizione concisa, con ulteriori indicazioni, nel mio lavoro *Der Begriff des positiven Rechts*, in «Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft», 1978, *sub* B. (pp. 102 ss.).

<sup>60</sup> Soprattutto: *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. (1973, ed. H.P. Schneider u. E. Wolf); *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1948 (nuova edizione 1960); *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. (1965, ed. Arth. Kaufmann).

<sup>61</sup> Cfr. soprattutto i lavori contenuti nelle raccolte *Juristische Hermeneutik*, *cit.*, e *Rechtsphilosophie im Wandel*, *cit.*

<sup>62</sup> Soprattutto Maihofer, *Die Natur der Sache*, 1958; Bobbio, *Über den Begriff der "Natur der Sache"*, 1958; Baratta, *Natur der Sache und Naturrecht*, 1959; Schambeck, *Der Begriff der "Natur der Sache"*, 1960; tutti ristampati in Arth. Kaufmann (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, pp. 52 ss., 87 ss., 104 ss., 164 ss.

logico-materiali<sup>63</sup> o del «diritto naturale con contenuto mutevole»<sup>64</sup>, è il rapporto tra diritto e legge, tra *essentia* [*Essenz*] ed *existentia* [*Existenz*], tra essenza [*Wesenheit*] ed esistenza [*Dasein*], tra dover essere ed essere. Questo rapporto viene concepito come “differenza ontologica” e parafrasato come “campo di tensione”, come “corrispondenza”.

Ciò che nella variante metodologica dell’ermeneutica giuridica fu lo scioglimento del rigido rapporto tra norma e fatto, nella variante giusfilosofica fu lo scioglimento di un rapporto di deduzione tra diritto naturale e diritto positivo (legge), ovvero la questione se potesse darsi un diritto “corretto [*richtig*]” dopo il tramonto del diritto naturale astratto, vigente ovunque e per sempre. Anche la variante giusfilosofica emerse dunque dalla critica alla fiducia illusoria nell’individuazione della decisione giuridica corretta, dalla critica alla possibilità di una semplice deduzione della decisione da principi sovraordinati. Anche la variante giusfilosofica dell’ermeneutica giuridica si rifiutò, dopo il tramonto delle prescrizioni decisorie giusnaturalistiche, di accettare positivisticamente come “corretta” qualsivoglia decisione arbitraria del legislatore. Anche tale variante si interrogò poi sulle possibilità di concretizzare il “diritto corretto” rispetto al fatto da decidere. Anch’essa cercò la risposta a questa domanda in una relazione, quella tra dover essere ed essere, tra essenza ed esistenza, e mise così in movimento il rapporto tra regola e oggetto della decisione, dopo che la dottrina del diritto naturale e il positivismo lo avevano concepito in modo puramente meccanico<sup>65</sup>.

«Diritto è la corrispondenza tra dover essere ed essere» – questa tesi programmatica porta a compimento l’ermeneutica giusfilosofica. È la

---

<sup>63</sup> Soprattutto Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, 1957, pp. 7 ss., 28 ss.; Welzel, *Wahrheit und Grenzen des Naturrechts*, 1963, pp. 13 ss.

<sup>64</sup> Soprattutto Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2. Aufl. (1926).

<sup>65</sup> Su questa connessione e su quanto segue, v. più in dettaglio il quadro che fornisco nel mio lavoro *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 1 ss., 3 ss., 7 ss.

tesi centrale dello scritto che, nella letteratura tedesca, ha integrato reciprocamente la variante metodologica e quella giusfilosofica dell'ermeneutica giuridica<sup>66</sup>. La corrispondenza è ontologicamente fondata sul carattere analogico dell'essere e della conoscenza<sup>67</sup>. Ogni individuazione del diritto ha una struttura analogica<sup>68</sup>, essa è un «condurre-in-corrispondenza» la vicenda umana e la norma<sup>69</sup>.

Con ciò si stabilisce il collegamento tra la variante metodologica e quella giusfilosofica dell'ermeneutica giuridica. Il rapporto tra norma e fatto, messo in movimento dopo l'abbattimento della tesi della sussunzione, trova dal canto proprio una corrispondenza nel rapporto tra dover essere ed essere. L'ermeneutica giuridica individua il proprio oggetto specifico in questo rapporto, nonché nel riferimento reciproco tra le categorie dello stesso rapporto. È proprio a partire da ciò che essa sviluppa la propria teoria dell'interpretazione della legge e della decisione del fatto storico.

## 5. Punti-chiave

Senonché, il rapporto tra fatto e norma, tra essere e dover essere, può dinamizzarsi solo per mezzo di un elemento capace di collegare le sue due categorie in modo non meramente occasionale [*situativ*] e casuale. Dover essere ed essere, norma e fatto possono diventare reciprocamente produttivi solo se si supera la loro separazione metodico-dualista, se si mostra un ponte tra essi che non solo li collega, ma al quale sono essi stessi sempre collegati in maniera indissolubile. L'ermeneutica giuridica trova questo ponte, da un lato, nei progetti di un “diritto naturale concreto”, dall'altro, nella dottrina della comprensione.

---

<sup>66</sup> Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. Aufl. (1982), p. 18.

<sup>67</sup> Ivi, pp. 29 ss.

<sup>68</sup> Ivi, pp. 37.

<sup>69</sup> Ivi, p. 38.

## 5.1. Diritto naturale concreto

La ricerca di un “diritto naturale concreto”, che, da un lato, ha superato l’ingenuità gnoseologica del tradizionale, astratto e metastorico pensiero giusnaturalistico (e in ciò è “concreto”), ma, dall’altro, rispetto al positivismo, difende il carattere del “giusto [*Gerechten*]” e del contentutisticamente “corretto [*Richtigen*]” (e in ciò resta “diritto naturale”), si è compiuta lungo diverse vie: nelle dottrine della “natura della cosa” o delle “strutture logico-materiali” oppure nelle dottrine istituzionali del diritto<sup>70</sup>. Comuni a tutte queste dottrine sono i seguenti assunti di fondo: una rigida separazione tra essere e dover essere (dualismo metodico) è possibile dal punto di vista analitico, ma è falsa da quello fenomenologico; essa contraddice l’intera esperienza umana. Piuttosto, non può darsi un puro dover essere, né un puro essere. Ogni essere è previamente – sebbene differentemente – valutato, ogni dover essere necessita di un prolungamento nei fatti per poter essere in genere compreso. La lingua che parliamo, le istituzioni in cui e con cui viviamo sono necessariamente determinate tanto dall’essere quanto dal dover essere. Anche il diritto non può intendersi come “pura” correttezza o come mero fatto. Non è solo la positività che ha bisogno della giustizia, ma è anche la giustizia che ha bisogno della positività.

Fu così stabilito un collegamento tra essere e dover essere che necessariamente li rimandava l’uno all’altro. Posto che un dover essere privo di collegamento ai fatti (e viceversa) era impensabile, alla filosofia del diritto fu assegnato il compito di attuare la mediazione tra giustizia e

---

<sup>70</sup> Una concisa esposizione riepilogativa, con ulteriori indicazioni, in Arth. Kaufmann, W. Hassemer, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, pp. 18 ss., 23; cfr. anche Ellscheid, *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, in Kaufmann-Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, cit., pp. 171 ss., 186 ss. (3.5), nonché Arth. Kaufmann, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, ivi, pp. 82 ss.

positività del diritto, mentre alla metodologia giuridica quello di sviluppare un procedimento di avvicinamento tra vicenda umana e norma.

## 5.2. Dottrina della comprensione

Questa determinazione di compiti della metodologia giuridica emerse dalla recezione dell'ermeneutica generale, soprattutto di quella elaborata da Schleiermacher<sup>71</sup>, Dilthey<sup>72</sup> e Gadamer<sup>73</sup>, ma anche da Heidegger<sup>74</sup>. Senza prendere in considerazione le differenze tra queste elaborazioni<sup>75</sup> – pur significative per l'ermeneutica generale –, l'aspetto essenziale dell'ermeneutica giuridica è il seguente: l'interpretazione della legge è comprensione testuale. La comprensione testuale è soltanto un modo della comprensione quale forma generale dell'esistenza umana e della connessione effettuale storica. La comprensione presuppone un'anticipazione di senso, l'inquadramento della parte da comprendere in un insieme anticipato. Comprendere è dunque un processo progressivo di avvicinamenti, un processo che muove tanto il soggetto comprendente quanto l'oggetto da comprendere l'uno verso l'altro, e di conseguenza modifica l'uno con l'altro. Questo processo si sviluppa nel tempo; esso mette dunque in gioco l'individuo comprendente insieme alla sua storia di vita e alla tradizione [*Überlieferungszusammenhang*] della società cui appartiene (“precomprensione”). Poiché non è una visione (di un

---

<sup>71</sup> Cfr. soprattutto sez. 1, vol. 7 delle *Sämtliche Werke*, 1838 (ed. Lücke), pp. 143 ss.

<sup>72</sup> Cfr. soprattutto vol. VII delle *Gesammelte Schriften*, 1966 ss.

<sup>73</sup> Cfr. *supra*, nt. 10.

<sup>74</sup> *Sein und Zeit*, 11. Aufl. (1967), soprattutto pp. 148 ss., 310 ss.

<sup>75</sup> Sul punto, cfr. l'esposizione riepilogativa in Schroth, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, 1983, pp. 23 ss.; Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, cit., pp. 32 ss.; in generale Wittmann, *Der existentialontologische Begriff des Verstehens und das Problem der Hermeneutik*, in W. Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 41 ss., nonché U. Neumann, *Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, ivi, pp. 49 ss.

soggetto che si trova di fronte a un oggetto), bensì un avvicinamento progressivo, esso procede in modo circolare o, per meglio dire<sup>76</sup>, spirale: soggetto e oggetto si muovono l'uno verso l'altro nel processo della comprensione, si presuppongono a vicenda sui vari livelli dell'avvicinamento. Questo movimento esclude la possibilità di misurare e rimisurare una comprensione riuscita (una conoscenza “vera”). Poiché *res* e *intellectus* non si trovano l'uno rispetto all'altro nel rapporto statico della visione, bensì in quello dinamico dell'avvicinamento, la “verità” non può essere “*adaequatio rei et intellectus*”; essa è, piuttosto, un fenomeno dialogico, consensuale e procedurale<sup>77</sup>.

Si nota la vicinanza dell'ermeneutica generale all'immagine di Engisch dell'«andirivieni dello sguardo»<sup>78</sup>, ma anche alle moderne dottrine del diritto naturale concreto. Si tratta sempre di un avvenimento concreto, di un processo di avvicinamento tra soggetto e oggetto, tra dover essere ed essere, tra norma e fatto; ciascun polo dell'avvicinamento viene sempre concepito come aperto all'altro polo, e il risultato dell'avvicinamento non si può mai calcolare *more geometrico*.

### 5.3. Tre topoi

La teoria del diritto e la metodologia giuridica hanno fatto uso in vari modi questa acquisizione. Tale uso si estende alla prassi giudiziaria<sup>79</sup>, alla retorica giuridica<sup>80</sup> e alla didattica<sup>81</sup>. Qui non è possibile esporlo in

---

<sup>76</sup> W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 107 s.

<sup>77</sup> Sviluppato in modo più dettagliato nel mio *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., § 16 II 3, Exkurs 2.

<sup>78</sup> Cfr. *supra*, nt. 42 e 43 e passi da esse corredati.

<sup>79</sup> In generale Baratta, *Über Juristenrecht*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 57 ss.

<sup>80</sup> Haft, *Juristische Hermeneutik und Rechtsrhetorik*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 91 ss.

<sup>81</sup> Philipps, *Juristische Hermeneutik und Lehrtechnologie*, in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 103 ss.

dettaglio. Piuttosto, in conclusione, ci si deve limitare a tratteggiare i tre *topoi* attorno ai quali ruota attualmente l'ermeneutica giuridica: concretizzazione della norma e costituzione del fatto; precomprensione; comprensione scenica.

### 5.3.1. Concretizzazione della norma e costituzione del fatto

L'opinione secondo cui l'applicazione della legge consisterebbe nella sussunzione di un fatto in una norma si fonda su una prospettiva non solo ingenua sul piano teorico<sup>82</sup>, ma anche angusta su quello pratico. È la prospettiva del giudice di cassazione, cui è assegnato il fatto già definito, e che quindi ha solo il compito di controllarne l'inquadramento giuridico. Questa è solo una piccola porzione della prassi giuridica. In questa prospettiva si trascura l'attività, tra l'altro, delle parti e degli avvocati, la funzione, tra l'altro, dell'autorità inquirente e del giudice di merito, che consiste nel definire il fatto da giudicare secondo diritto.

I fatti non sono predati, né si stabiliscono da sé, ma sono piuttosto il risultato di un procedimento costruttivo al quale partecipa produttivamente chi intende applicare la legge. L'ermeneutica giuridica ha enucleato in modo chiaro questa nozione e l'ha discussa ampiamente<sup>83</sup>. I poli del processo della comprensione giuridica che devono essere avvicinati reciprocamente, condotti in corrispondenza, sono la norma di legge e la vicenda umana. La norma non può essere intesa senza la rappresentazione delle circostanze alle quali deve "adattarsi"<sup>84</sup>. Chiunque immagini il contenuto di un dover essere lo collega a fatti – pensati o constatati –.

---

<sup>82</sup> Sul punto, cfr. *supra*, § 4.1.

<sup>83</sup> Fondamentale Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, 1965.

<sup>84</sup> Si confronti la bella immagine di Radbruch, che mostra di nuovo la corrispondenza tra filosofia del diritto e metodologia di stampo ermeneutico: «l'idea artistica varia a seconda che debba realizzarsi nel marmo oppure nel bronzo. Questa relazione tra idea e materia può chiamarsi determinatezza materiale dell'idea» (*Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, p. 17).

La norma astratta da qualunque essere ci “è” tanto poco quanto ci “è” il fatto astratto da qualunque norma. Anzitutto, sarebbe insensato includere qualunque “fatto” nella considerazione giuridica; per tale considerazione rilevano di solito solo quelle circostanze che possono avere un significato giuridico, e un “significato giuridico” è inconcepibile senza una rappresentazione delle disposizioni giuridiche<sup>85</sup>. In secondo luogo, ed è quel che più conta, i fatti sono sempre il risultato di una selezione e di una strutturazione di informazioni. In ogni situazione pratica, le circostanze del mondo esterno sono così numerose e complesse da non poter esser percepite nella loro totalità. Esse vengono piuttosto connesse in un “tutto”, in una “forma [*Gestalt*]”, che produce un “senso”; ma questo non significa altro che esse vengono di volta in volta selezionate e condotte in una connessione strutturale. La percezione e il linguaggio umano che non operino una selezione e strutturazione sono impensabili.

Anche un “avvenimento del mondo esterno” diventa una “vicenda umana” e poi un “fatto giuridico” attraverso processi di selezione e strutturazione. Ma, dal canto loro, selezione e strutturazione sono impensabili senza principî guida della percezione e della decisione, senza sapere cosa debba valere come “significativo” e cosa come “non significativo”, cosa debba essere centrale e cosa periferico. Per la costituzione di un fatto questi principî sono le norme cui lo stesso fatto va condotto in corrispondenza.

Dunque tanto la norma quanto il fatto non possono essere compresi né stabiliti senza l’altro polo di turno. La concretizzazione della norma può esser sviluppata solo gradualmente, mentre si stabilisce il fatto.

---

<sup>85</sup> Così, ad esempio la situazione reddituale di una persona ha un rilievo giuridico del tutto diverso a seconda che venga considerata nell’ottica del diritto tributario, del diritto elettorale o del diritto penale; nel diritto elettorale, l’irrelevanza è una conquista storica; nel diritto penale, questa situazione è di solito priva di rilevanza per l’accertamento della colpevolezza, mentre può essere significativa per la commisurazione della pena, ad esempio quando si tratta di commisurare una pena pecuniaria: ma a decidere della significatività è sempre il programma normativo giuridico.

L'ermeneutica giuridica caratterizza pertanto l'individuazione del diritto come «dispiegamento della fattispecie e del fatto l'uno sull'altro nella forma della sincronia»<sup>86</sup>.

### 5.3.2. Precomprensione

Se la costituzione del fatto procede con l'ausilio della norma giuridica, sorge un ulteriore problema. Infatti, al di fuori del concreto procedimento interpretativo, la norma non è certo disponibile quale unità di misura definita, bensì costituisce a sua volta un fenomeno da sviluppare dinamicamente nel processo interpretativo. A ben vedere, dunque, non si può parlare di “norma”, bensì di “comprensione della norma” da parte di chi vuole intenderla. Questa comprensione della norma è un fenomeno non-statico e non-obiettivo; essa muta necessariamente durante il processo della comprensione ed esprime un'attitudine [*Potenz*] della persona che lo conduce. Dunque – proprio nell'ambito del diritto, dove la comprensione o l'incomprensione ha conseguenze tipicamente dolorose per altri esseri umani – ci si deve interrogare criticamente sul modo in cui tali processi di comprensione possono giustificarsi come “corretti”, sul modo in cui i terzi interessati possono controllarli e difendersi dalla in-comprensione. L'ermeneutica giuridica risponde a questa domanda con la categoria della «precomprensione», mutuata dall'ermeneutica generale e resa fruttuosa per le proprie problematiche<sup>87</sup>.

La consapevolezza che l'individuazione del diritto costituisce un processo di comprensione costituisce già una buona ragione di cautela e di critica verso lo sviluppo e il risultato di tale individuazione. La comprensione, infatti, è prima di tutto insostituibile e irripetibile, è una prestazione (riuscita o censurabile) di un individuo nel tempo: un diver-

---

<sup>86</sup> W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 108.

<sup>87</sup> Fundamentale Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., pp. 136 ss. e *passim*; con altri accenti, anche W. Hassemer, *Einführung*, cit., § 14, 15 I Exkurs I.

so individuo avrebbe forse compreso altrimenti e altro, e lo stesso vale per il primo individuo in una diversa situazione. Inoltre, nessun essere umano comprende qualcosa “puramente” o addirittura “oggettivamente”; egli vede piuttosto l’oggetto con i propri occhi, in base alle speranze, alle delusioni e alle paure legate alla propria storia di vita, seleziona e struttura<sup>88</sup> con l’ausilio delle proprie aspettative personali di senso, delle proprie precomprensioni individuali. Vista così, la categoria della precomprensione si trova sullo stesso livello deterioro del pregiudizio o addirittura della prevenzione: l’interpretazione della legge sarebbe «il risultato del suo risultato», per dirla con le parole di Gustav Radbruch<sup>89</sup>, l’aspettativa di senso produrrebbe quest’ultimo.

Questa visione della precomprensione è in sé corretta, eppure incompleta. Essa esprime giustamente che non si dà comprensione senza aspettativa di senso legata alla storia di vita. Tuttavia, trascura che la precomprensione non è un fenomeno legato esclusivamente alla storia di vita e perciò individuale. Suscita pertanto la falsa impressione che vi sia un’alternativa alla precomprensione, ossia che possa darsi una comprensione “libera dal pregiudizio”.

Le aspettative di senso, le precomprensioni sono solo in fondo attitudini di individui singoli. Esse sono anzitutto contrassegni sociali e culturali, risultati della “connessione effettuale” storica in cui si trovano di volta in volta non soltanto gli esseri umani, ma anche il loro diritto. A tal riguardo, esse non sono occasionali, individuali e spontanee, bensì oggettive e durature. Inoltre, le precomprensioni derivano anche da una socializzazione professionale; la formazione giuridica si può pro-

---

<sup>88</sup> Cfr. *supra*, § 5.3.1.

<sup>89</sup> Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7 u. 8. Aufl. (1929), p. 129. L’espressione rientra nel seguente contesto: «l’interpretazione è il risultato – del suo risultato, il mezzo interpretativo viene scelto solo dopo che il risultato è già stato fissato, i cosiddetti mezzi interpretativi servono in verità solo a fondare in via postuma a partire dal testo ciò che era stato già trovato nella sua integrazione creativa».

priamente considerare come il tentativo di tramandare e di elaborare aspettative di senso.

Alla luce di ciò, sarebbe ingenuo e pericoloso obbligare il giudice a un'interpretazione della legge "libera da pregiudizi", pretendere che egli eviti le precomprensioni. Dato che non è in grado di farlo, non trovandosi al di fuori della società e della storia, nella prassi questa raccomandazione sfocerebbe nelle tattiche giudiziarie della dissimulazione e della reticenza. Anche l'ermeneutica generale ha ironizzato sul tentativo di eludere il circolo ermeneutico, e ha raccomandato «di non tirarsi fuori dal circolo, bensì di entrarvi nel modo corretto»<sup>90</sup>. Per la prassi giudiziaria ciò non può significare altro che essa porta alla luce le precomprensioni, rendendole così comunicabili e controllabili, dunque che si impegna alla completezza della riflessione e dell'argomentazione<sup>91</sup>. Se la precomprensione costituisce una condizione di possibilità della comprensione, la correttezza del procedimento giudiziario non può essere realizzata ed esaminata sostanzialmente, ma solo proceduralmente.

### 5.3.3. Comprensione scenica

Si arriva così al piano a partire dal quale l'ermeneutica giuridica può compiere oggi un ulteriore progresso: il piano del procedimento<sup>92</sup>.

Malgrado l'ermeneutica generale – in particolare con Dilthey<sup>93</sup> – abbia evitato ben presto di concentrarsi sulla sola comprensione testuale, annoverando piuttosto tra gli oggetti di comprensione anche le espressioni di vita o le condizioni spirituali estranee, l'ermeneutica giuridica

---

<sup>90</sup> Heidegger, *Sein und Zeit*, cit., p. 153.

<sup>91</sup> Più in dettaglio sul punto, cfr. il mio lavoro *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 135 ss.

<sup>92</sup> Primi elementi nel mio *Einführung*, cit., § 16 II 3 («comprensione scenica»), 16 III («principi di procedura penale: modello della comprensione scenica»).

<sup>93</sup> Cfr., ad esempio, Dilthey, *Die Entstehung der Hermeneutik*, in *Gesammelte Schriften*, 1966 ss., vol. V, pp. 317 ss.

non ha prestato attenzione a questa tradizione; essa si è bensì concepita come ermeneutica testuale, ha limitato il proprio interesse al rapporto tra norma e fatto e, all'interno di questo rapporto, si è occupata più dell'interpretazione della legge che della fissazione del fatto.

Questa limitazione non è adeguata all'oggetto.

L'agire giuridico – anche giudiziario – è solo in fondo lavoro sui testi, lo è in sostanza solo nella discussione e nell'individuazione della decisione giudiziaria. Per prima cosa è essenzialmente comunicazione e interazione tra esseri umani, è processo, avvenimento transitorio e non riproducibile nel tempo, è rapporto anche con la parola parlata e non soltanto col testo scritto, è azione in sequenze pratiche e strategie. In questa fase scenica dell'agire giudiziario, la concretizzazione della norma e la costituzione del fatto accadono realmente, le precomprensioni diventano ricche di sviluppi.

L'ermeneutica giuridica è ben preparata per una feconda teoria della comprensione scenica. L'arsenale concettuale e metodico di cui dispone per la comprensione della corrispondenza e della sincronia, il suo interesse alla dinamizzazione dei rapporti polari, la sua concezione procedurale della comprensione riuscita e del giudizio corretto fanno sperare che essa fornisca un contributo importante alla moderna teoria del procedimento.