

# Problemi fondamentali e storia dell’ermeneutica giuridica\*

## 1. INTRODUZIONE

L’ermeneutica giuridica è strettamente collegata ai problemi fondamentali delle varie scienze del diritto. Tra questi problemi rientrano, ad esempio, quelli relativi alla distinzione tra legge e diritto, alla scientificità della giurisprudenza e alla formazione o alla nascita del diritto. Per quanto riguarda l’origine o la nascita del diritto, esistono due concezioni, che finora sono rimaste contrapposte. Sotto questo profilo, bisogna distinguere tra norme provenienti dall’alto, le quali sono statuite da un’autorità sovrastante la società, e norme che crescono – per così dire – spontaneamente, dal basso della società, indipendentemente da qualunque volontà dominante. Sin dall’antichità i giuristi sono soliti illustrare queste differenti rappresentazioni della nascita del diritto con la bipartizione tra diritto scritto (*scriptum*) e diritto non scritto (*non scriptum*), là dove lo *ius scriptum* serve a esprimere la volontà di un legislatore statale, e lo *ius non scriptum* le forze sociali. Come esempi di un diritto siffatto, non prodotto dallo Stato, bensì dalla sfera sociale, dovrebbero essere menzionati: il diritto consuetudinario, il diritto autonomamente posto dalle associazioni e dalle società negli statuti o nelle delibere, il diritto dei giuristi nonché il diritto giudiziale, dunque soprattutto il diritto prodotto in via di interpretazione e sulla base del procedimento ermeneutico<sup>1</sup>.

Le espressioni “diritto dei giuristi” o “diritto giudiziale” designano, al contempo, il primo problema fondamentale dell’ermeneutica nel diritto, che si potrebbe rendere, ad esempio, con il seguente interrogativo: significa forse l’er-

\* Il testo originale su cui si basa la presente traduzione, intitolato *Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik*, è la relazione presentata da Stephan Meder (Università di Hannover) al Congresso *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, svoltosi all’Università di Zurigo nei giorni 16-17 maggio 2008 a cura della Schweizerische Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (atti pubblicati in M. Senn, B. Fritschi, hrsg., *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, Franz Steiner, Stuttgart 2009). Traduzione dal tedesco di Gaetano Carlizzi.

1. Sul punto, più in dettaglio, vedi S. Meder, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, pp. 107 ss.

meneutica “applicazione” di regole già presenti, oppure sulla base di essa può essere anche creato diritto nuovo? A tale domanda sono state date risposte assolutamente differenti nelle diverse epoche: la soluzione dipende da determinate concezioni fondamentali relative non solo alla nascita del diritto, ma anche al rapporto tra diritto e Stato, sul quale ora desidero soffermarmi in dettaglio.

Di recente, la questione del rapporto che lega il diritto allo Stato ha suscitato un crescente interesse con riguardo alla globalizzazione progressiva e alla inadeguatezza della finanza. Oggigiorno allo Stato viene rivolta sempre più spesso la richiesta di una riflessione sui compiti tradizionalmente spettantigli. In alcuni ambiti, lo Stato non deve più fornire in prima persona certe prestazioni, bensì trasferirle ai terzi e limitarsi a garantire una sfera di attività. Di questo mutamento tengono conto espressioni come “Stato garante” o “Stato cooperativo”, le quali hanno ampiamente soppiantato i precedenti modelli dello Stato sociale o interventista<sup>2</sup>. Di conseguenza, la competenza alla statuizione del diritto non può essere ormai riservata soltanto al legislatore statale, bensì bisogna riconoscere in misura sempre maggiore anche ai privati il potere di porre diritto oggettivo.

Alla luce di ciò non può sorprendere che, nell’epoca recente, si moltiplichino le voci secondo cui il rilievo della statuizione del diritto sarebbe generalmente aumentato. In particolare, si critica il fatto che la formazione e la ricerca della scienza giuridica insisterebbero ancora troppo sugli ambiti dell’interpretazione e dell’ermeneutica giuridica, mentre la statuizione del diritto sfumerebbe sullo sfondo<sup>3</sup>. Questa critica si fonda su premesse che si possono mettere in discussione, eppure in essa trova espressione una determinata comprensione concettuale, vale a dire, in primo luogo, che ermeneutica e statuizione del diritto si trovano in opposizione, e in secondo luogo, che ermeneutica e interpretazione sono più o meno equivalenti.

## 2. ASPETTI TERMINOLOGICI

Questa comprensione spinge a considerare con maggiore precisione terminologica concetti così plurivoci come quelli di ermeneutica, interpretazione o statuizione del diritto. Nel prosieguo desidero innanzitutto specificare gli aspetti differenziali e comuni di interpretazione ed ermeneutica, per poi illustrare il rapporto tra interpretazione e statuizione del diritto.

2. Cfr. le indicazioni in H. Treiber, *Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft – eine „Revolution auf dem Papier“?* (Teil 1), in “kj”, 2007, 40, pp. 326–44, in particolare p. 335, nota 49.

3. Cfr., per tutti, H. Eidenmüller, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht*, in “jz”, 60, 2005, pp. 668–71, in particolare pp. 670 s. e pp. 216–24.

### 2.1. *Ermeneutica e interpretazione*

Notoriamente si suppone che l’“ermeneutica” tragga origine dalla mitologia greca: Hermes era il nome del messaggero degli dei, il quale non solo annunciava e comunicava la loro volontà grazie allo strumento del linguaggio, ma provvedeva altresì a commentarla, interpretarla, tradurla e renderla comprensibile. Già nell’antichità la parola “ermeneutica” schiudeva un ampio orizzonte di significato. Così, ad esempio, Platone chiama il poeta “ermeneuta degli dei” e Filone di Alessandria indica Aronne come l’ermeneuta di Mosè. Come l’ermeneutica, così anche il suo equivalente latino *interpretatio* mira a rendere comprensibile qualcosa. Tuttavia, né gli antichi greci né gli antichi romani conoscono la moderna distinzione tra l’ermeneutica come teoria e l’interpretazione come prassi dell’*ars interpretandi*. Questa distinzione sorge solo nel XVII secolo. Certo, anche in precedenza esistevano nelle varie discipline, soprattutto nella teologia, nella filologia e nella giurisprudenza, riflessioni metodologiche sull’interpretazione di testi e discorsi. Ma da ciò bisogna distinguere l’ermeneutica generale, la quale si occupa dell’interpretazione in quanto tale, a prescindere dai problemi delle singole discipline.

È importante fissare quanto segue: l’ermeneutica e l’interpretazione hanno molti aspetti in comune e si possono difficilmente delimitare. Ma una differenza sussiste, in quanto l’ermeneutica – andando oltre l’interpretazione di singoli passi testuali – ha di mira un’analisi fondamentale di ciò che chiamiamo “comprensione”. Confrontata all’interpretazione, dunque, l’ermeneutica sarebbe il concetto più ampio.

### 2.2. *Ermeneutica e statuizione del diritto*

Vengo ora alla seconda distinzione, vale a dire tra ermeneutica e statuizione del diritto. In questo contesto bisognerebbe ricordare ancora una volta la critica già citata, secondo cui la ricerca contemporanea si concentrerebbe troppo sull’ermeneutica o sull’interpretazione e trascurerebbe perciò la statuizione del diritto<sup>4</sup>. Sullo sfondo c’è l’idea che la statuizione del diritto sarebbe una disciplina generalizzante, anticipata di una pluralità di casi dello stesso genere – una programmazione di futuri accadimenti. Per contro, l’interpretazione o l’ermeneutica sarebbero riferite non già al futuro, bensì alla situazione. Esse riguardano una decisione nel caso singolo, dunque disciplinano un accadimento episodico, trascorso e irripetibile.

Di recente la concezione secondo cui la statuizione del diritto sarebbe – appunto – l’opposto dell’interpretazione, dell’ermeneutica o dell’“applicazio-

4. Cfr. le riflessioni che precedono nel passo contrassegnato dalla nota 3.

ne del diritto”, è stata sottoposta sempre più spesso a obiezioni. Così, è stato notato che una prognosi di un comportamento futuro attraverso la legge sarebbe possibile solo in misura limitata. Dato che il linguaggio sarebbe sempre impreciso e bisognoso di interpretazione, gli scopi di una disciplina si potrebbero conseguire per lo più solo nel concorso tra statuizione del diritto e interpretazione<sup>5</sup>. Si aggiunga che, anche nella decisione di un caso singolo, dovrebbe essere presa in considerazione l’efficacia dei precedenti, giacché, per esigenze di egualanza giuridica, in casi eguali o simili la norma dovrebbe essere interpretata in maniera eguale o simile. Un aspetto comune alla statuizione del diritto e all’interpretazione consisterebbe, inoltre, nel fatto che in entrambi i casi si tratterebbe di creazione del diritto, cioè di una concretizzazione autonoma di ciò che mira a risolvere un determinato conflitto. Infatti, in concetti come interpretazione, ermeneutica o applicazione giuridica si rifletterebbe sempre anche la persona dell’interprete e la libertà di chi deve giudicare un caso concreto<sup>6</sup>.

Tra statuizione e applicazione del diritto non sussiste dunque alcuna differenza categorica, ma al più soltanto di grado. Entrambe le funzioni servono alla realizzazione del diritto. Esse si riferiscono l’una all’altra e possono essere integrate solo allorquando siano collegate in maniera metodica ed effettivamente stabile. Che statuizione del diritto ed ermeneutica non debbano essere necessariamente concepite come contrapposte, lo riteneva in particolare Friedrich Carl von Savigny – il fondatore della “moderna” ermeneutica giuridica. Nel

5. Cfr., ad esempio, le riflessioni di Claudius Schott sulla definizione di “ferrovia”: *Juristische Hermeneutik im Wandel*, in P. Michel, H. Weder (hrsg.), *Sinnvermittlung. Studien zur Geschichte von Exegese und Hermeneutik*, I, Pano, Zürich 2000, pp. 71, 89 ss. Vedi anche Joachim Wenzel per l’esempio del concetto di “arma”: *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, in “JZ”, 63, 2008, pp. 345-9, in particolare pp. 346 s.

6. Per la critica della concezione tradizionale secondo cui si potrebbe stabilire un confine chiaro tra statuizione del diritto e interpretazione: G. Müller, *Elemente einer Rechtssetzungsllehre*, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2006<sup>2</sup>, pp. 20 ss. (con ulteriori indicazioni). Lo stretto intreccio sussistente tra ermeneutica e teoria delle fonti del diritto è chiarito dalle vicende dell’“interpretazione autentica”, la quale ha acquistato una particolare importanza nella seconda metà del XVIII secolo sotto forma di dovere di riferire le questioni interpretative al potere legislativo. Sullo sfondo c’è l’idea, caratteristica dell’ermeneutica illuministica, secondo cui lo scopo di ogni interpretazione dovrebbe essere l’accertamento del senso inteso dall’autore (ovvero dal legislatore) e solo la legge potrebbe determinare la sentenza giudiziale (cfr. *infra*, passo contrassegnato dalla nota 19). Con il passaggio al XIX secolo, l’“interpretazione autentica” è stata via via eliminata dall’ambito dell’interpretazione ed è stata considerata come una parte della legislazione (cfr., ad esempio, F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Veit und Comp., Berlin 1840, pp. 208 ss. [trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*, I, a cura di V. Scialoja, UTET, Torino 1886]). Un ulteriore esempio è offerto dalla cosiddetta “interpretazione usuale”. Qui a intervenire come modo interpretativo è la *consuetudo*, la quale, in effetti, in quanto diritto consuetudinario, appartiene alle fonti del diritto. Savigny, ad esempio, ritiene che anche l’«interpretazione usuale» non sarebbe interpretazione, in quanto «nel suo corso» sarebbe «esclusa quella libera attività» che egli considera come elemento irrinunciabile di ogni interpretazione (*ibid.*).

prosieguo vorrei occuparmi in modo un po' più preciso della sua concezione e dei relativi presupposti storici.

### 3. L'ERMENEUTICA DI SAVIGNY COME PUNTO DI PARTENZA

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ha sviluppato il suo modello di ermeneutica giuridica soprattutto nel primo volume del suo *System des heutigen Römischen Rechts* (1840)<sup>7</sup>. Contro questo modello, già in epoca risalente, è stato obiettato che esso non sarebbe in grado di dare conto degli ampliamenti di competenza del giudice intervenuti nell'epoca contemporanea nonché della crescente importanza della formazione metalegale di discipline giuridiche<sup>8</sup>. Questa obiezione si potrebbe rivelare estremamente ricca di conseguenze per la recezione della dottrina di Savigny, e in particolare per la sua valutazione da parte di Hans-Georg Gadamer (1900-2002). A tale riguardo, Gadamer si riferisce soprattutto a Ernst Forsthoff (1902-1974), al quale spetta il merito di aver intrapreso per primo, nelle sue *Hermeneutische Studien*, il tentativo di un'ampia valutazione dell'ermeneutica di Savigny<sup>9</sup>.

Secondo Forsthoff, Savigny ha sviluppato soltanto un'ermeneutica scientifica generale, mentre ha trascurato di affiancarvi una specifica ermeneutica giudiziale. D'altra parte, la scientificizzazione della giurisprudenza operata da Savigny avrebbe determinato una frattura tra teoria e prassi. Il fatto che Savigny, com'è addirittura notorio, abbia richiesto un avvicinamento tra teoria e prassi, Forsthoff non è disposto ad ammetterlo: questa richiesta, secondo Forsthoff, sarebbe rimasta inattuata nel "sistema di pensiero" di Savigny<sup>10</sup>. Solo Rudolf von Jhering (1818-1892) avrebbe tentato, con il suo *Der Zweck im Recht* (1877), «di pervadere e fronteggiare scientificamente con nuovi mezzi la realtà della società civile»<sup>11</sup>. Jhering avrebbe creato in tal modo i presupposti affinché potessero essere riconosciuti anche gli elementi produttivi e creativi dell'attività giudiziale. I sostenitori della scuola storica, per contro, considererebbero il giudice come «un esecutore della legge» e la sua sentenza «come una copia meccanica dell'episodio di vita in decisione»<sup>12</sup>.

7. Ivi, pp. 206-330. Una prima formulazione, nella quale è già evidente il concetto fondamentale, è stata esposta da Savigny a Marburgo, nel semestre invernale 1802-03 (per una genealogia dell'ermeneutica di Savigny fondata sui testi, cfr. S. Meder, *Mißverständen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, pp. 8 ss.).

8. E. Forsthoff, *Hermeneutische Studien*, in Id., *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Niemeyer, Halle 1940, pp. 18-44.

9. *Ibid.*

10. Ivi, p. 23.

11. Ivi, p. 25.

12. Ivi, pp. 29 e 31.

#### 4. PANORAMICA DELLA STORIA DELL'ERMENEUTICA GIURIDICA

Per poter valutare adeguatamente questa critica, è necessaria una breve panoramica della storia dell'ermeneutica giuridica. Come già indicato, la moderna distinzione tra l'ermeneutica come teoria e l'interpretazione come prassi era ignota nell'antichità. A quell'epoca l'ermeneutica era ancora ampiamente legata alla sfera sacra, nella quale una volontà autoritativa si manifestava e pretendeva obbedienza<sup>13</sup>. Quando oggiorno parliamo di ermeneutica, ci troviamo certamente all'interno della tradizione scientifica della modernità. Tuttavia, un collegamento con l'antichità sussiste, in quanto anche le forme principali nelle quali l'ermeneutica si è sviluppata – l'interpretazione giuridica delle leggi e l'interpretazione teologica e filologica degli scritti sacri o classici – mirano ancora a dichiarare una volontà autoritativa.

##### 4.1. *Ermeneutica umanistica*

Un esempio del fatto che anche l'ermeneutica moderna assume come punto di partenza una volontà autoritativa è costituito dalla giurisprudenza umanistica. Allorquando, verso la fine del xv secolo, l'arte tipografica incontrò una crescente diffusione, la giurisprudenza umanistica individuò nella produzione del testo corretto il proprio compito principale: i giuristi umanisti cercarono, tramite emende o aggiunte, di ricostruire il testo del *Corpus iuris civilis* così come lo aveva originariamente emanato Giustiniano o come avrebbe dovuto idealmente emanarlo<sup>14</sup>. Essi hanno posto in dubbio l'autorità del testo (corretto) tanto poco quanto i glossatori medievali. Il loro motivo centrale restava dunque di tipo normativo. Come esempio del modo di pensare umanistico si può indicare il giurista della recezione Ulrich Zasius (1495-1562), il quale, al motto *ad fontes*, incitò alla liberazione dall'«escrescenza avvolgente della glossa» e richiese un orientamento al testo originario, ma anche alla *ratio* e alla *equitas*:

Se oggiorno i nostri insegnanti di diritto [...] non dipendessero così ciecamente dalla glossa e da varie tradizioni barbare, vane e ridicole, la verità giuridica sarebbe già riconosciuta meglio e con più chiarezza. Infatti, numerosi commentari ripugnanti, zeppi di errori, sarebbero dimezzati o completamente

13. Cfr. soltanto la voce H.-G. Gadamer, *Hermeneutik*, in J. Ritter et al. (hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (1971 ss.), 3, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1974, coll. 1061-73, in particolare col. 1062. Il fatto che né gli antichi giuristi romani né i glossatori medievali abbiano sviluppato una “vera e propria ermeneutica” lo sottolinea anche Schott, *Juristische Hermeneutik im Wandel*, cit., pp. 71, 76.

14. H. E. Troje, *Graeca leguntur. Die Aneigung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Böhlau, Köln-Wien 1971, pp. 106 ss.

eliminati. Nel caos terribile di vero e falso che vi è contenuto, il vero giammai si può imporre. Per questa ragione, gli unici veri e propri interpreti del diritto mi sembrano essere quelli che si sforzano soprattutto di spiegare il testo inalterato e che trascelgono dalla glossa e dai commentari dottrinali solo ciò che è veramente utile [...]. Ma si dovrebbe prescindere dal guazzabuglio delle opinioni dottrinali, e raffigurare piuttosto tutto il diritto in buon ordine, così come esso corrisponde alla verità delle fonti e ai bisogni della vita odierna<sup>15</sup>.

L'ermeneutica teologica ricevette impulsi simili dalla riduzione alla lettera della Sacra scrittura operata dalla Riforma. Il parallelo tra la resistenza della giurisprudenza umanistica contro il culto scolastico dell'autorità e il principio *sola scriptura* di Lutero è evidente: anche l'ermeneutica teologica si distanza dalle autorità medievali, soprattutto dall'autorità della Chiesa cattolica, e mira, attraverso la corretta interpretazione, a risalire al testo originario, che già contiene ciò che è davvero determinante<sup>16</sup>. Anch'essa si fonda su una consapevolezza metodica che vuole essere legata all'oggetto, oggettiva, libera da ogni arbitrio soggettivo.

#### 4.2. Ermeneutica dell'illuminismo

In linea di principio, questo vale anche per l'ermeneutica dell'illuminismo, la quale va nondimeno distinta per molti versi dall'umanesimo giuridico. L'ermeneutica dell'illuminismo tenta per la prima volta di formulare una teoria generale dell'interpretazione e tratta quest'ultima come una parte della logica. Essa, inoltre, si fonda sulla premessa secondo cui sarebbero suscettibili di interpretazione solo i *passi* testuali oscuri, poco chiari o difficilmente comprensibili. A questa idea di un'ermeneutica dei luoghi corrisponde anche la *Sens-clair-o Act-clair-doctrine*, che nel suo nucleo era nota già nell'antichità e che è tuttora diffusa nell'ambito giuridico anglosassone e francese. Secondo tale dottrina, elevata al rango di norma fondamentale nel XVII e nel XVIII secolo, l'interpreta-

15. U. Zasius, *Von wahrer und falscher Jurisprudenz*, hrsg. von E. Wolf, Klostermann, Frankfurt am Main 1948<sup>2</sup>, p. 12 (= *Lucubrationes*, 1518, p. 67). Analogi è il giudizio di Savigny su Bartolo, cui il «nobile oggetto» delle «fonti classiche del diritto [...] [fu] velato» da «una massa di letteratura recente, nella quale buono e cattivo si confondevano in modo informe e la cui impietosa elaborazione assorbì le forze migliori» (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI, Mohr, Heidelberg 1850<sup>2</sup>, p. 158 [trad. it. di E. Bollati, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, I-III, Gianini e Fiore, Torino 1854-57]). Il movimento umanistico si potrebbe anche intendere come il tentativo della modernità di riconquistare un'origine ermeneutica attraverso la liberazione dalla zavorra interpretativa medievale.

16. Cfr., per tutti, G. Theiß, *Bibelverständnis und politische Kultur im Protestantismus*, in *Siegener Universitätsreden*, 7, Universität Siegen, Siegen 1997, pp. 5-28, in particolare pp. 6 e 12 (sul principio scritturale protestante).

zione è preclusa quando una legge, un contratto o un altro testo giuridico vincolante siano formulati in modo chiaro e univoco<sup>17</sup>.

L'ermeneutica dell'illuminismo muove inoltre dall'idea che l'interprete sia di regola in grado di comprendere pienamente il senso inteso dall'autore e che i passi ambigui o incerti costituiscano l'eccezione. Essa individua lo scopo dell'interpretazione nell'accertamento metodico del senso inteso dall'autore. Nei suoi aspetti centrali, essa concorda con la cosiddetta "teoria soggettiva dell'interpretazione", che mira all'accertamento di ciò che ha voluto l'autore storico (ovvero il legislatore)<sup>18</sup>. Nell'illuminismo, inoltre, domina l'idea secondo cui ognuno di noi avrebbe un accesso privilegiato ai propri pensieri e saprebbe meglio di chiunque altro che cosa ha inteso con un determinato testo o discorso. Questa concezione, in collegamento all'intenzionalismo ermeneutico, comporta che la cosiddetta interpretazione autentica, cioè l'autointerpretazione di un autore, acquista una priorità indiscussa. Per la giurisprudenza ne deriva che la migliore interpretazione della legge è quella compiuta dallo stesso legislatore. Così, nel XVIII secolo, il diritto prussiano ha prescritto – com'è noto – un dovere giudiziale di riferimento al potere legislativo in caso di dubbi od oscurità nell'applicazione di una legge. Ciò condusse in seguito alla nascita della *Gesetzcommission* del *Preußische Allgemeine Landrecht*, che risolveva autoritativamente, cioè con forza di legge, i dubbi di interpretazione legale<sup>19</sup>.

Questo esempio mostra che l'ermeneutica dell'illuminismo concordava perfettamente con le concezioni della scienza del diritto pubblico e della teoria delle fonti giuridiche dell'epoca. Il suo successo nel XVII e nel XVIII secolo si fonda soprattutto su ragioni costituzionali. L'assolutismo illuminato intendeva riconoscere come unica fonte giuridica il comando del monarca. Esso cercò pertanto di escludere ogni altra formazione del diritto, ad esempio attraverso la consuetudine, la giurisprudenza o la scienza.

#### *4.3. La svolta verso l'ermeneutica giuridica moderna*

"Intenzionalismo ermeneutico", "teoria soggettiva dell'interpretazione" e limitazione dell'interpretazione a singoli passi testuali formulati in modo oscuro o

17. C. Schott, "Interpretatio cessat in claris" – *Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik*, in J. Schröder (hrsg.), *Theorie der Interpretation von Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie*, Steiner, Stuttgart 2001, pp. 155–89; E. Klingenberg, *Justinianus Verbot der Digestenkommentierung*, in J. Assmann, B. Gladigow (hrsg.), *Text und Kommentar*, Fink, München 1995, pp. 407–22, in particolare p. 417, il quale ritiene, tuttavia, che la *Sens-clair-Doktrin* «oggiorno verrebbe ancora sostenuta a malapena»; vedi, per contro, le indicazioni in Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., p. 18.

18. Cfr. ivi, pp. 108 ss.

19. Cfr. § 47 della *Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht* del 1794.

poco chiaro tengono conto perfettamente degli interessi dell'assolutismo illuminato. Esse non sono soltanto contrassegni dell'ermeneutica giuridica illuministica, ma anche caratteristiche discreteive rispetto a quell'ermeneutica giuridica moderna formulata per la prima volta da Savigny. Le diversità fondamentali tra l'ermeneutica dei luoghi tradizionale e l'ermeneutica giuridica moderna si mostrano già a monte – nell'idea sulla nascita del diritto. Dove l'assolutismo giuspubblicistico si rivolge al comando e alla forza di volontà del principe, la scuola storica rimanda all'ambito della società – allo spirito del popolo, che come metafora del diritto consuetudinario getta al contempo un ponte verso il diritto dei giuristi.

La profonda cesura che l'ermeneutica moderna sta a significare si rivela innanzitutto nel fatto che, secondo Savigny, a essere suscettibili di interpretazione non sono soltanto i passi testuali oscuri o incomprensibili, ma anche i testi formulati in modo chiaro e univoco. La rottura procede di pari passo con il tentativo di fondazione di una teoria scientifica dell'interpretazione, la quale assume come punto di partenza un'ampia analisi della comprensione, ben oltre i singoli passi testuali. Al centro si trova un procedimento determinato, che Savigny discute sotto voci come “traspor-si-a ritroso nel punto di vista del legislatore” e “ricostruzione del pensiero immanente alla legge”. Savigny argomenta, ad esempio, come segue: i testi giuridici, e in particolare le leggi, esprimono un pensiero «grazie al quale l'esistenza [di un] rapporto giuridico viene assicurata dall'errore e dall'arbitrio»<sup>20</sup>. Questo scopo si potrebbe raggiungere solo se «coloro i quali entrano in contatto con il rapporto giuridico comprendono quel pensiero in modo puro e completo»<sup>21</sup>. A tal fine, l'interprete dovrebbe «trasporsi mentalmente nel punto di vista del legislatore e ripetere artificialmente in sé la sua attività»<sup>22</sup>. Egli potrebbe così “far risorgere” la legge nel suo “pensiero”. Savigny, pertanto, definisce l'interpretazione come «ricostruzione del pensiero immanente alla legge»<sup>23</sup>. Una tale “ricostruzione” sarebbe

20. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., p. 212.

21. Ivi, pp. 212 s.

22. Ivi, p. 213.

23. Il significato del “trasporsi” è dibattuto (J. Grondin, *Einführung in die philosophische Hermeneutik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 2001<sup>2</sup>, p. 109). Con “trasporsi” Savigny intende soprattutto che l'interprete riproduce il pensiero del legislatore. A tal riguardo, per lui è più importante l'accertamento del senso attuale di una fonte del diritto (“passaggio alla vita”, passi contrassegnati dalle note 32, 34), anziché la ricostruzione del suo contenuto originario. Ciò, tuttavia, non significa che si debba plaudire all'arbitrio o al gradimento. L'ermeneutica esige un'arte così rigorosa proprio per il fatto che essa non supera l'estranchezza, ma vuole solo renderla comprensibile. Con un po' di esagerazione si potrebbe dire che l'ermeneuta, nella tensione tra estraneo (“trasporsi”) e proprio (“libera attività spirituale”, “agire per”, “accertare nuovamente”), “riannoda il mondo in sé” (passi contrassegnati dalle note 32, 34, 37).

necessaria per ogni legge, se si vuole operare sulla vita, e in questa sua generale necessità risiede al contempo la sua giustificazione. La sua applicabilità non dipende dunque, ad esempio, come molti suppongono, dalla circostanza del tutto casuale dell'oscurità di una legge<sup>24</sup>.

In definitiva, secondo Savigny, non è solo il singolo passo, bensì l'intero oggetto dell'interpretazione a essere bisognoso di spiegazione. Il compito dell'interprete risiede nel riconquistarsi il testo traendolo dal suo specifico contesto. L'esito della teoria moderna non consiste soltanto in un'estensione rilevante dell'oggetto dell'interpretazione, ma anche in un riposizionamento dell'accento dalla volontà del legislatore all'individualità dell'interprete. Pertanto, non deve meravigliare il fatto che nell'ermeneutica moderna si parli più spesso di "arte", "tatto", "sensibilità" o "capacità di giudizio". Questo andrebbe particolarmente sottolineato con riguardo all'affermazione secondo cui Savigny avrebbe inteso considerare il giudice come "esecutore della legge". Una tale critica può essere rivolta alle teorie dei singoli sostenitori dell'ermeneutica dell'illuminismo, ma non alla moderna ermeneutica giuridica di Savigny.

##### 5. LA CRITICA DI GADAMER ALL'ERMENEUTICA DI SAVIGNY

Dopo la Seconda guerra mondiale, l'interesse per l'ermeneutica da parte della scienza del diritto è chiaramente aumentato. L'impulso decisivo è stato fornito dal grande successo riscosso da Gadamer con *Wahrheit und Methode*, la cui prima edizione risale al 1960. In quest'opera l'ermeneutica giuridica svolge notoriamente un ruolo chiave. Tuttavia, anche *Wahrheit und Methode* non è riuscita a introdurre all'ermeneutica di Savigny. In base allo stato in cui si trovava allora la storia del diritto e la ricerca metodologica, Gadamer poté soltanto riallacciarsi alle indagini di Forsthoff. Questo aspetto necessita di una breve spiegazione.

Secondo Gadamer, il ruolo chiave dell'ermeneutica giuridica risiede nell'"applicazione" intesa come momento immanente a ogni comprensione. Nella comprensione avverrebbe «sempre una sorta di applicazione del testo da comprendere alla situazione attuale dell'interprete»<sup>25</sup>. L'applicazione sarebbe

24. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., pp. 207 e 318 ss. Che Savigny con "ricostruzione" già molto presto, forse addirittura per primo, tenti di circoscrivere il compito dell'ermeneutica è confermato anche dalle indagini di storia dei concetti di G. Scholtz, *Rekonstruktion* (Art.), in Ritter et al. (hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., 8, 1992, coll. 570-8, 570 s. Secondo le riflessioni convincenti di Scholtz, i suoi elementi produttivi sono «così intensamente presenti che "ricostruzione" e "costruzione" diventano talvolta sinonimi» (col. 571).

25. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Mohr Siebeck, Tübingen 1986<sup>5</sup> (ed. or. 1960), p. 313 (trad. it. *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo con *Introduzione* dello stesso autore e testo originale a fronte, Bompiani, Milano 2004<sup>3</sup>).

una «parte costitutiva del processo ermeneutico allo stesso modo della comprensione e della interpretazione»<sup>26</sup>. Ciò varrebbe in particolare per l'interpretazione giuridica e teologica:

Anzi, la tensione sussistente tra il testo posto – della legge o della novella – e il senso raggiunto dalla sua applicazione nel concreto istante dell'interpretazione, avvenga questa nella sentenza oppure nella predica, è costitutiva tanto dell'ermeneutica giuridica quanto dell'ermeneutica teologica. Una legge non vuole essere intesa storicamente, bensì deve concretizzarsi nella sua vigenza giuridica attraverso l'interpretazione<sup>27</sup>.

Allo stesso modo, il testo di una novella religiosa dovrebbe essere inteso nuovamente in ogni situazione concreta: «Qui comprendere è sempre già applicare»<sup>28</sup>. Ebbene, con queste riflessioni, Gadamer ritiene di dover entrare in netta opposizione all'ermeneutica del XIX secolo. L'applicazione sarebbe stata espunta dal contesto dell'ermeneutica soprattutto a opera di Friedrich D. Ernst Schleiermacher (1768-1834)<sup>29</sup>. Questo giudizio tocca anche Savigny, che Gadamer considera ampiamente legato a Schleiermacher. Allo stesso modo di quest'ultimo, Savigny avrebbe considerato «come puramente storico» il compito dell'ermeneutica giuridica e avrebbe ignorato la «tensione tra il senso giuridico originario e quello attuale»<sup>30</sup>.

La critica di Gadamer è stata accolta più o meno acriticamente nelle scien-

26. *Ibid.*

27. Ivi, p. 314 (come già indicato in precedenza, Gadamer intende “applicazione” in senso lato, inclusivo della “concretizzazione”).

28. *Ibid.* La questione dell'affinità tra l'ermeneutica giuridica, da un lato, e quella filologica, letteraria o teologica, dall'altro lato, è controversa. In questo contesto rilevano anche le precomprensioni di turno circa il rapporto tra diritto e Stato: chi ritiene che “diritto” e “Stato” significino più o meno la stessa cosa sottolinea maggiormente l'autonomia dell'ermeneutica giuridica e le differenze che la separano dalle altre discipline (così, ad es., E. Schumann, *Eigenständigkeit und Vielfalt der juristischen Hermeneutik – Zugleich zu Gadamers These über deren „Modellfunktion“*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, Beck, München 2007, pp. 1307-401, ad es. p. 1369; in una direzione simile procede la parte giuridica del contributo di Jörg Schneider e Gerson Trüg: *Über den Umgang mit biblischen und juristischen Quellen. Disziplinübergreifendes und -trennendes am Beispiel der wissenschaftlichen Bibelexegeze sowie der Interpretation juristischer Texte hinsichtlich Auslegung und Textänderung*, in “ARSP”, 91, 2005, pp. 188-220, in particolare pp. 204 ss., nel quale, tuttavia, la prospettiva penalistica è dominante, e la questione se l'interpretazione possa creare diritto nuovo viene marginalizzata a causa del riferimento alla possibilità del mutamento delle leggi statali). Il problema si trova altresì al centro del dibattito svoltosi tra Gadamer e Betti; cfr. Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., pp. 65 ss.; sull'ermeneutica di Emilio Betti, di recente, D. Piccini, *Dalla Scienza nuova all'ermeneutica. Il ruolo di Giambattista Vico nella teoria dell'interpretazione di Emilio Betti*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli 2007.

29. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 188.

30. Rispettivamente ivi, pp. 332 e 190.

ze giuridiche, soprattutto da Josef Esser nel suo influente scritto *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*<sup>31</sup>. Essa concorda sotto profili importanti con la concezione di Forsthoff, il quale ha tacciato Savigny di astrattezza e di adesione alla “giurisprudenza dei concetti”. Una lettura più precisa della metodologia di Savigny consente invece di riconoscere che questa critica è stata elevata a torto. Ciò emerge già dalle prime due proposizioni con cui egli dà avvio alla dottrina sviluppata nel *System*: «Il contenuto delle fonti giuridiche è stato finora considerato come regola autonoma del diritto, dunque come dato. Se questa regola deve fare ingresso nella vita, dal canto nostro è necessario fare qualcosa per accoglierla in noi in modo determinato»<sup>32</sup>.

Per una migliore comprensione bisogna sapere che nel *System* Savigny tratta la dottrina delle fonti del diritto prima dell’interpretazione. Fonte del diritto – questa è la sua sintesi – è tutto ciò che «contiene una regola autonoma del diritto»<sup>33</sup>. Vi appartengono non solo le leggi, ma anche la consuetudine e il diritto scientifico. Ma perché – bisognerebbe chiedersi – Savigny fissa una linea di separazione così netta tra il contenuto delle fonti del diritto e il suo ingresso nella vita? A questa domanda c’è una risposta chiara: l’ermeneutica dell’illuminismo vede nel diritto quasi sempre qualcosa di predato; il diritto, dunque, ha la propria sede esclusivamente nelle regole, e di conseguenza può essere ritrovato solo in queste ultime. Savigny ritiene, per contro, che legge e diritto non si possano equiparare senz’altro. Egli contesta che le norme siano in grado di determinare e assicurare da sole la loro applicazione. Pertanto, è necessario che l’interpretazione, dal canto proprio, “faccia” qualcosa “per”; essa deve accogliere in sé la regola in modo determinato per poterla concretizzare.

Savigny, dunque, pone il diritto non più come fisso e definito (*law in the books*) e soprattutto chiuso in regole, bensì indica la sua nascita – cerca, per così dire, di raffigurarla *in statu nascendi* (*law in action, law in the making*). La concezione secondo cui le regole devono “fare ingresso nella vita” evidenzia che

31. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Frankfurt am Main 1972<sup>2</sup>, p. 132 (trad. it. di S. Patti, G. Zaccaria, *Precomprendere e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto – Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983). Sulla grande risonanza che ha avuto la recezione in Esser della critica gadameriana a Savigny, basta vedere W. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, III, Beck, Tübingen 1976, pp. 435 ss.; B. Huwiler, *Privatrecht und Methode*, in “Recht”, 1999, 5, pp. 1-29, in particolare pp. 16 s., 25 (passi contrassegnati dalle note 187, 190, 335).

32. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., p. 206 (corsivi assenti nell’originale). Richiedendo un “fare per”, Savigny espriime che il corso della comprensione stimola l’interprete «a dire di più di ciò che è stato detto» (cfr. P. Stoellger, *Theologische Perspektive der Hermeneutik mit Blick auf die Hermeneutik des Rechts*, pubblicato nel Quaderno dell’ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Franz Steiner, Stuttgart 2009). Anche nella formula del “comprendere-meglio” viene attuata l’idea di una “eccedenza ermeneutica” (vedi il par. successivo).

33. Ivi, p. 206.

Savigny non considera affatto il compito dell'ermeneutica giuridica come "puramente storico" o "teorico". Tale compito riposa piuttosto, come anche Gadamer ritiene, sotto il segno della tensione tra il contenuto originario di una fonte giuridica e il suo senso attuale. Quest'ultimo, cioè, anche secondo Savigny, deve essere sempre nuovamente individuato affinché una regola possa fare ingresso nella vita. La tensione tra regola e applicazione è stata illustrata da Savigny sulla base di diversi esempi, sui quali, tuttavia, non ci si può intrattenerne in dettaglio nella presente sede<sup>34</sup>.

#### 6. LA FORMULA DEL “COMPRENDERE-MEGLIO” COME PROBLEMA ERMENEUTICO FONDAMENTALE

Dall'epoca del passaggio al XIX secolo, in materia di interpretazione di testi ci si imbatte di frequente nella massima secondo cui sarebbe necessario comprendere l'autore meglio di quanto egli avrebbe compreso sé stesso<sup>35</sup>. Nell'epoca successiva, si incontra sempre più spesso l'osservazione secondo cui la "legge potrebbe essere più ragionevole del legislatore". Questo è in particolare lo slogan popolare della dottrina della cosiddetta "teoria dell'interpretazione oggettiva", sorta verso la metà del XIX secolo e finora dominante<sup>36</sup>. Da essa biso-

34. Sul punto, cfr. più in dettaglio Meder, *Mißverstehen und Verstehen*, cit., pp. 64 ss. Onde evitare equivoci, bisogna sottolineare di nuovo che in questa sede la differenza (per certi versi considerevole) tra Gadamer e Savigny non va assolutamente contestata. A mo' di esempio potrebbero essere utili le riserve espresse da Gadamer a proposito del "trasporsi" (nota 22), che, com'è stato affermato di recente, potrebbe indurre a individuare un "rapporto sbagliato" di Savigny con la "tensione" tra regola e applicazione (cfr. J. Kaspers, *Altes erneuert! Neues veraltet?*, in "RG", 10, 2007, pp. 215, 217). Nell'ermeneutica filosofica contemporanea il tema è stato già discusso e al riguardo è stata avanzata l'ipotesi che Gadamer, con queste riserve, avrebbe "forse tirato troppo la corda". Così, Jean Grondin ritiene che l'espressione "trasporsi" corrisponda assolutamente al moderno concetto di comprensione nell'accezione corrente: «Si "mostra comprensione" per qualcuno quando si comprende la sua questione. Ma quest'ultima non si comprenderebbe se non ci si "trasponesse" nella situazione dell'altro» (J. Grondin, *Einführung zu Gadamer*, Mohr Siebeck, Tübingen 2000, pp. 94 ss.). Anche per Savigny il "trasporsi" significa soltanto che l'interprete cerca di riprodurre i pensieri dell'altro ovvero di comprendere la sua questione. Questa motivazione non comporta una riduzione oggettivistica o soggettivistica o addirittura psicologistica della sua ermeneutica (note 62, 67). La questione concernerebbe dunque la misura in cui, a questo proposito, Savigny e Gadamer si distanziano effettivamente l'uno dall'altro. Infatti, anche Gadamer considererebbe un grave errore il fatto di scorgere nella situazione ermeneutica una libertà o un arbitrio rispetto all'oggetto dell'interpretazione, e anch'egli pretenderebbe che l'interprete riproduca le *ragioni* dell'altro. E, all'opposto, anche l'ermeneutica di Savigny non vuole che l'interprete prescinda da sé; piuttosto, il "trasporsi" costituisce solo uno dei numerosi passi lungo la "strada" che conduce a integrare il nuovo e l'estremo nelle proprie visioni (vedi nota 23 del presente saggio).

35. Indicazioni in Meder, *Mijverstehen und Verstehen*, cit., pp. 106 ss. (cui si rimanda anche per la preistoria della formula nel XVIII secolo).

36. Cfr., per tutte, BVerGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 11, 126, 130 (giurisprudenza costante);

gnerebbe distinguere la dottrina dell’“interpretazione soggettiva”, che considera indispensabile l’accertamento della volontà del legislatore storico e accorda a quest’ultima quanto meno una priorità fino a prova contraria<sup>37</sup>.

### 6.1. “*Interpretazione oggettiva*” ed ermeneutica giuridica moderna

Punto di partenza dell’“interpretazione oggettiva” è l’idea secondo cui le leggi presenti nella realtà giuridica sarebbero necessariamente lacunose, contraddittorie od oscure. Pertanto, la legge non offrirebbe una soluzione per ogni caso da decidere<sup>38</sup>. Già Savigny riteneva che «la maggior parte dei casi giuridici non può essere decisa a partire dal codice, bensì solo da quella integrazione non precognita di esso, la cui preparazione e definizione merita pertanto maggiore attenzione di ogni altra operazione»<sup>39</sup>. Ciò viene espresso in modo simile da Gadamer: la «disciplina della vita attraverso le regole del diritto» è «incompleta, bisognosa dell’integrazione produttiva»<sup>40</sup>. In un altro passo, Gadamer realizza «che se il testo, sia esso una legge o un messaggio sacro, deve essere compreso adeguatamente, cioè in modo corrispondente alla pretesa che solle-va, esso va compreso nuovamente e diversamente in ogni istante, ossia in ogni

ulteriori indicazioni in J. Wenzel, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, in “JZ”, 63, 2008, pp. 345-6. Alcuni autori sono dell’avviso che l’espressione “interpretazione oggettiva” indichi tutte quelle concezioni che individuano lo scopo dell’interpretazione della legge nell’accertamento di un senso immanente, oggettivo o autonomo, cioè indipendente dalla volontà del legislatore storico. Così, sembra conseguente qualificare come “oggettiva” persino la teoria dell’interpretazione di Thibaut (cfr., ad esempio, U. Foerste, *Verdeckte Rechtsfortbildung in der Zivilgesetzbarkheit*, in “JZ”, 62, 2007, pp. 122, 124), senza che vi sia un indizio del fatto che Thibaut abbia accolto la teoria della “legge più ragionevole”. Persino la teoria dell’interpretazione dei glossatori o dei commentatori, la quale si preoccupa della “fedeltà alla legge”, dovrebbe essere designata allora come “oggettiva”; cfr. le riflessioni sulle relative concezioni del rapporto tra interprete e testo in Schott, *Juristische Hermeneutik im Wandel*, cit., pp. 71, 78. Le riflessioni seguenti dipendono dalla premessa che non sia casuale che la formula della “legge più ragionevole” (e, insieme a essa, il concetto di “metodo oggettivo”) si sia diffusa solo verso la metà del XIX secolo (sullo statalismo emergente in quest’epoca, cfr. *infra*, passo contrassegnato dalla nota 64).

37. Cfr. il precedente par. 4, passo contrassegnato dalla nota 18. Una panoramica critica della “teoria dell’interpretazione soggettiva” e “oggettiva” è offerta da B. Rüthers, *Rechtstheorie*, Beck, München 2007<sup>3</sup>, pp. 452 s. (là dove, tuttavia, Savigny viene inquadrato come sostenitore della teoria soggettiva; sul punto, vedi *infra*, passo contrassegnato dalla nota 67).

38. Sulla forma della “legge più ragionevole” in Gustav Radbruch, cfr. la sua prima trattazione, del 1906, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit*, in Id., *Gustav Radbruch Gesamtausgabe [GRGA]*, hrsg. von A. Kaufmann, I, C. F. Müller, Heidelberg 1987, pp. 409-22. Finora nulla è cambiato al riguardo, cfr. Wenzel, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, cit., pp. 345, in particolare pp. 347 s. (passi contrassegnati dalle note 40 ss.).

39. Cfr. le indicazioni in Meder, *Mißverständen und Verstehen*, cit., p. 161.

40. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 44.

situazione concreta»<sup>41</sup>. Infatti, «la legge è sempre manchevole, non perché essa sia manchevole di per sé, bensì per il fatto che, di fronte della disciplina intesa dalle leggi, la realtà umana resta necessariamente carente e non consente pertanto una semplice applicazione»<sup>42</sup>. L'interprete, «nella situazione concreta, dovrà svincolarsi dalla precisione della legge. Ma se lo fa, non è perché non si possa fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto. Svincolandosi dalla legge, egli non realizza dunque una riduzione del diritto, ma, al contrario, individua il diritto migliore»<sup>43</sup>.

“Interpretazione oggettiva” ed ermeneutica giuridica muovono dunque dal fatto che non tutti i problemi giuridici siano risolvibili sulla base delle leggi statali. In tal modo, le due concezioni fondamentali esposte all'inizio, secondo cui il diritto viene ordinato dall'alto o emerge dal basso, entrano in tensione. In altre parole, se è nella situazione decisoria concreta che viene individuato il “diritto migliore”, l'ordine “dall'alto” subisce una relativizzazione rilevante. L'ermeneutica e l'interpretazione oggettiva entrano dunque in conflitto con una visione che riserva il concetto di “diritto” alle norme di origine statale<sup>44</sup>. Oltre alla questione di teoria delle fonti relativa al se e alla misura in cui anche il diritto non statale sia riconosciuto, il punto di partenza esposto solleva soprattutto problemi giuridici pratici: infatti, il divieto di *non liquet* implica che “chi applica il diritto” non lasci insoluto alcun caso, dunque che debba decidere anche quando il caso non è regolato da norme statali. La decisione autonoma del “soggetto applicante” crea inoltre problemi costituzionali, in quanto essa entra in conflitto con il principio di separazione dei poteri. Nel prosieguo occorre affrontare soprattutto gli aspetti della problematica legati alla teoria delle fonti.

### 6.2. La “dissoluzione” dell’idea della “volontà del legislatore”

Come già si è rilevato, sono stati in primo luogo i sostenitori dell’“interpretazione oggettiva” a fare riferimento alla formula secondo cui “la legge” può essere “più ragionevole del legislatore”<sup>45</sup>. La particolare capacità di attrazione della dottrina della “legge più ragionevole” si fonda sulla supposizione che essa offra,

41. Ivi, p. 314 (sul punto anche M. Senn, *Die Bewegungsfähigkeit des Interpreten*, in P. Stoellger (hrsg.), *Genese und Grenzen der Lesbarkeit*, Königshausen & Neumann, Würzburg 2007, pp. 75-93, in particolare pp. 85 ss.).

42. Ivi, p. 324. L'esempio paradigmatico della “semplice applicazione” sarebbe l'individuazione del diritto in via di mera sussunzione.

43. Ivi, p. 323.

44. Indicazioni di questa visione “tramandata” e oggi probabilmente ancora dominante si trovano in Meder, *Ius non scriptum*, cit., pp. 4 ss., 58 ss., 73 ss. (sul punto vedi anche *supra*, par. 5, passo contrassegnato dalla nota 28).

45. Per tutti, cfr. Rüthers, *Rechtstheorie*, cit., p. 453 (numero marginale 797).

sotto l’etichetta dell’interpretazione, una legittimazione del perfezionamento giudiziale del diritto. Una tale legittimazione è necessaria per coniugare tra loro lo stretto vincolo alla legge e il divieto di *non liquet*. Ma un ostacolo a questo riguardo è rappresentato dal concetto di “legislatore”, il quale rimanda alla valutazione “estranea” dell’autorità che statuisce la norma. È così che Gustav Radbruch (1878-1949) ritiene che si debba operare una netta distinzione tra l’autore della legge, inteso come l’insieme delle persone che prendono parte al processo legislativo, e il “legislatore”. “Legislatore” non sarebbe l’organo che la Costituzione chiama a legiferare, e neppure i suoi componenti, bensì lo Stato<sup>46</sup>. Di conseguenza, oggetto dell’interpretazione giuridica non potrebbe essere la volontà dell’autore della legge, erroneamente chiamato “legislatore”, «bensì solo la “volontà della legge”, la volontà esprimentesi soltanto nella legge del vero e proprio legislatore: la volontà dello Stato»<sup>47</sup>.

Dietro l’autore della legge deve dunque trovarsi un “legislatore ideale” – una “legge”, la cui volontà si incarna nello Stato. Radbruch tenta di illustrare più precisamente la sua visione compiendo un parallelo tra la scienza del diritto e la teologia. L’affinità delle due discipline risiederebbe nel fatto che anche la teologia riterrebbe di poter ricavare dal testo della Bibbia una risposta a tutte le questioni di sua competenza. Caratteristico della scienza del diritto e della teologia sarebbe il fatto che gli autori dei testi da interpretare di volta in volta appaiono soltanto come mezzo di espressione di un’entità superiore, sottratta alla sfera dell’imperfezione umana: «Così, mentre la legge diviene parola dello Stato, la scrittura diviene parola di Dio»<sup>48</sup>.

Il concetto di “volontà del legislatore” – una volontà che deve pur sempre esser ricavata dal testo legale – viene così separato da ogni manifestazione reale dell’organo legislativo. In definitiva, esso serve ormai soltanto, quale attribuzione onnipotente di competenza, a legittimare la valutazione “propria” dell’“interprete” rispetto al creatore della legge. Su questo sfondo Max Weber giunge alla conclusione che «la teoria moderna delle fonti del diritto» avrebbe «*dissolto*» il «concetto di una “volontà del legislatore” che si dovrebbe accertare esaminando la genealogia della legge (muovendo dai verbali delle commissioni e da fonti simili)»<sup>49</sup>.

46. Radbruch, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*, cit., pp. 412 s.

47. Ivi, p. 413.

48. Ivi, p. 419. Sui problemi di una teoria delle fonti del diritto fondata sull’ipotesi di un legislatore che si trova all’esterno delle norme da esso emanate, cfr. le indicazioni in Meder, *Ius non scriptum*, cit., pp. 4 ss., 17 ss.

49. M. Weber, *Rechtssoziologie*, in Id., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie* (1922), hrsg. von J. Winckelmann, Mohr Siebeck, Tübingen 1980<sup>5</sup>, pp. 387-513, cit. a p. 508 (corsivo assente nell’originale). La teoria “moderna” cerca dunque di fissare, oltre alle due volontà regolative che vengono in questione per l’applicazione giuridica, ossia quella dell’autori-

Le costruzioni di un “legislatore ideale” oppure “di una legge più ragionevole” vengono realizzate con grande impegno concettuale, ma hanno una giustificazione semplice. All’insegna del motto “non si è in grado di fare ciò che non è permesso fare”, esse occultano il contributo dell’“interprete” alla creazione del diritto, allo scopo di preservare alla dottrina delle fonti giuridiche l’immagine dell’esclusività dello Stato: la particolare forza di attrazione della formula della “legge più ragionevole” avvince, non da ultimo, perché dà la possibilità di camuffare come prodotto dell’interpretazione delle leggi statali il diritto creato *ex novo* dall’individuazione giudiziale della decisione.

### 6.3. La “migliore visione giuridica” del giudice

D’altro canto, secondo altri autori, dietro la formula della “legge più ragionevole” e dietro il “legislatore” non ci sarebbe il *legislator* statale, bensì la persona del giudice. Così, ad esempio, Oskar Bülow (1837-1907), nel suo famoso discorso del 1885, cerca di giustificare la libertà dell’interprete con le seguenti parole

Certo: la legge è non di rado più ragionevole del suo creatore, il codice è più saggio del legislatore! Con altre parole, più semplici e forse ben più adeguate: spesso ci si attende e si confida che i giudici abbiano una *visione giuridica* più ampia e *migliore* rispetto ai titolari del potere legislativo<sup>50</sup>.

Bülow ha riconfigurato il rapporto tra interpretazione e statuizione giuridica, evidenziando, in particolare, i contributi del potere giudiziario alla formazione del diritto. Tuttavia, la questione se anche l’interpretazione possa essere fonte del diritto era stata già discussa dai giuristi romani. Essi riconoscevano la vigenza, oltre alla legge, anche dello *ius non scriptum* fondato sull’interpretazione<sup>51</sup>. Su una linea simile si attestano i sostenitori della Scuola stori-

tà che statuisce la norma (autore reale della legge, organo legislativo) e quella del soggetto che applica il diritto (in particolare il giudice), una “terza” volontà (legislatore “ideale”, volontà della “legge”).

50. O. Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1885), pp. 1-48, rist. in W. Krawietz (hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, pp. 107-35, cit. a p. 128 (corsivi presenti nell’originale).

51. Cfr. D. 1.2.2.12: «Perciò, nella nostra comunità, o si decide in base al diritto [scritto], cioè alla legge [delle dodici tavole], oppure vige il vero e proprio diritto civile, che si fonda soltanto sull’interpretazione dei giusperiti». Mentre per i romani «l’interpretazione dei giusperiti» era soprattutto l’interpretazione compiuta da quegli esperti la cui produzione spirituale confluiva in un parere, in un commentario o in una monografia (cfr. Meder, *Ius non scriptum*, cit., pp. 139 ss.), oggi giorno noi pensiamo soprattutto al giudice che adotta una sentenza in giudizio. Tuttavia, l’espressione “diritto giudiziale” trascura alquanto i contributi degli avvocati e degli scienziati alla

ca, i quali, allo stesso modo, hanno qualificato il diritto dei giuristi come diritto non statale<sup>52</sup>. Bülow, per contro, intende la giurisprudenza come attività dello Stato<sup>53</sup>. Dunque, anche i sostenitori del movimento del diritto giudiziale concordano con il positivismo statalistico emergente verso la metà del xix secolo, il quale, con il passaggio al xx secolo, si è ampiamente affermato sulla scuola storica<sup>54</sup>.

#### *6.4. La migliore visione giuridica dello “spirito del popolo”*

Oltre agli autori che ritengono che dietro la formula della legge più ragionevole o il “legislatore” ci sia lo Stato oppure il giudice, esiste anche un approccio “sociologico” che si rivolge alle forze sociali. Così, ad esempio, Karl Binding (1841-1920) ha elevato lo “spirito del popolo” a elemento determinante dell’interpretazione. Contenuto della legge sarebbe ciò che vi trascoglie «lo spirito del popolo che interpreta ragionevolmente»<sup>55</sup>. In un altro passo, Binding formula la frase divenuta famosa: «La legge pensa e vuole ciò che ne trae lo spirito del popolo ragionevole»<sup>56</sup>. In modo simile si esprime Josef Kohler (1849-1919): «Le leggi non vanno interpretate secondo il pensiero e la volontà del legislatore, bensì sociologicamente, cioè come *creazioni dell’intero popolo, di cui è stato organo il legislatore*»<sup>57</sup>. Come Bülow, anche Binding e Kohler si sono resi conto

formazione del diritto. Esagerando un po’, si potrebbe dire che le norme prodotte attraverso il “diritto giudiziale” (o dei giuristi oppure attraverso il diritto consuetudinario) ricevono una formulazione pluralistica – nei casi di *ius non scriptum* raccolto in forma scritta si tratta di testi “senza” autore.

52. Per le discussioni circa il “carattere oppositivo” delle fonti non statali del diritto, cfr. Meder, *Ius non scriptum*, cit., pp. 67 ss.

53. Sul movimento del diritto giudiziale e sulle concezioni bülowiane della sentenza come “dichiarazione di volontà giuridica dello Stato”: R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt am Main 1986, pp. 257 ss. In questo contesto va ricompresa anche l’ermeneutica di Forsthoff, il quale, a dispetto della libertà del giudice, «di cui egli ha bisogno per realizzare la giustizia», sottolinea nondimeno la sua dipendenza dalla «volontà della guida dello Stato»: Forsthoff, *Hermeneutische Studien*, cit., pp. 47, 46.

54. Sul punto, cfr. più in dettaglio il par. 6.5.

55. K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, Duncker & Humblot, Leipzig 1885, p. 451.

56. Ivi, pp. 456 s.

57. J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Heymanns, Berlin 1906, p. 124 (corsivi presenti nell’originale). La lista degli esempi si potrebbe facilmente allungare. Qui basti citare una formulazione di Otto von Gierke (1841-1921), il quale, allo stesso modo, non ritiene decisive le idee del legislatore, bensì quelle della legge. Egli ritiene che quest’ultima «spesso non si risolva affatto in ciò che ha formato oggetto della consapevolezza degli organi legislativi, bensì si innalza dai livelli più profondi e oscuri della coscienza comune con un contenuto che si rivela solo gradualmente» (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Duncker & Humblot, Leipzig 1895, p. 140). Certo, anche nell’opera di Radbruch si ripete il discorso della “volontà collettiva”: ma la “volontà del legislatore” non sarebbe «la volontà collettiva di coloro i quali partecipano alla legi-

del fatto che è in definitiva il giudice che formula la “migliore visione giuridica” dello “spirito del popolo”. Eppure in tali autori l’accento cade maggiormente sull’idea che il giurista sia il rappresentante delle forze sociali, che il diritto, dunque, così come assumeva la Scuola storica, cresca piuttosto dal basso, anziché essere ordinato dall’alto.

Lo “spirito del popolo” o “volontà del popolo” è ancora oggi utilizzato come argomento interpretativo. In questo senso, Ekkehart Stein ritiene che il diritto sarebbe oggettivo nel senso che costituirebbe un elemento della realtà sociale:

Per l’interpretazione di esso non è perciò determinante la volontà degli uomini che hanno prodotto le singole norme, bensì sono decisive le esigenze della comunità sociale sottostante. Pertanto, non rileva la volontà del legislatore, né la volontà (in realtà solo fittizia) della legge, bensì soltanto la volontà della comunità giuridica (cioè, in democrazia, la volontà del popolo)<sup>58</sup>.

I problemi di questa impostazione sono evidenti: come fa l’interprete a sapere cos’è lo “spirito” o la “volontà” del “popolo”? Le dottrine della migliore visione giuridica dello “spirito del popolo” o della “volontà del popolo” conferiscono al giudice il potere di introdurre nello “spirito” o nella “volontà” del popolo, di volta in volta, ciò che si desidera trarre in seguito sotto forma di risultato interpretativo. “Volontà” o “spirito” del “popolo” (oppure della “comunità giuridica”) sono altrettanto fittizi quanto lo spirito o la volontà (“volontà terza”) di un “legislatore” o di una “legge” ideale<sup>59</sup>. Il “metodo oggettivo” separa la comprensione del senso dall’oggetto dell’interpretazione e copre il fatto che la “propria” valutazione fa nascere un nuovo *ius non scriptum*, giacché suggerisce che la decisione sia stata presa attraverso l’interpretazione delle leggi statali. Il metodo oggettivo, tuttavia, presenta per il giudice il vantaggio di esonerarlo dal dovere di giustificare in quanto tale la norma prodotta *ex novo* attraverso una decisione<sup>60</sup>.

slazione, bensì la volontà dello Stato» (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, II, 1932<sup>3</sup>, in Id., *GRGA*, cit., 2, C. F. Müller, Heidelberg 1993, pp. 206 ss., cit. a p. 344). Dunque, anche nei suoi scritti successivi Radbruch assume che dietro la “legge più ragionevole” ci sia lo Stato. Nello sfondo c’è chiaramente l’idea che lo Stato dovrebbe figurare come autore ideale, giacché, in definitiva, anche lo *ius scriptum* sarebbe formulato pluralisticamente (cfr. *supra*, nota 50).

58. E. Stein, G. Frank, *Staatsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007<sup>20</sup>, § 6 II (p. 37). A tal riguardo, Stein ritiene, evidentemente ignorando le impostazioni di Binding o di Kohler, che la teoria oggettiva, nella sua configurazione classica, debba essere scartata come un prodotto dell’apparentemente logica nonché superata “giurisprudenza dei concetti”.

59. Cfr. *supra*, passo contrassegnato dalla nota 49.

60. A un tale esonero il giudice sarà poi addirittura costretto finché non si concorderà sulle condizioni alle quali è consentito il perfezionamento del diritto. Finché non si chiarirà in che

### 6.5. Aspetti comuni alla teoria dell'interpretazione soggettiva e oggettiva

Le discussioni sulla dottrina della “legge più ragionevole” fanno capire che la teoria dell’interpretazione si occupa di due idee fondamentali, che finora hanno plasmato la teoria delle fonti del diritto. La teoria dell’interpretazione soggettiva mira a far sì che la volontà del legislatore statale (autore reale o storico della legge, organo della legislazione) non sia elusa attraverso l’interpretazione. Le radici di questa teoria risiedono nell’assolutismo del XVII e del XVIII secolo, secondo il quale solo la legge statale può determinare la sentenza<sup>61</sup>. Rispetto a essa, la teoria oggettiva sembra costituire un notevole progresso, là dove muove dal fatto che nessun legislatore può prevedere tutti i fatti concepibili bisognosi di disciplina, e che la pretesa di una “semplice applicazione” o mera sussunzione non si può accordare con le esigenze della prassi giuridica.

Nella realtà, peraltro, le differenze tra le due teorie, spesso raffigurate come contrapposte, restano contenute<sup>62</sup>. Infatti, anche il metodo oggettivo si fonda sulla premessa secondo cui solo la legge statale può determinare la sentenza. Lo sfondo è costituito dallo sviluppo dello Stato amministrativo burocratico e dalla legittimazione che, nella seconda metà del XIX secolo, esso riceve dalla ancora giovane scienza del diritto pubblico di stampo positivistico, la quale è legata soprattutto ai nomi di Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) e Paul

misura si possano riconoscere come fonti del diritto anche le regole non statali, le pretese di trasparenza o di fedeltà metodica rimarranno in conflitto con l’esigenza dell’autodifesa giudiziale: se il giudice esprimesse realmente la verità e dicesse che la legge (o almeno l’interprete) può essere più ragionevole dell’autore, la sua decisione, a causa di una disputa teorica, correrebbe il rischio di essere impugnata, annullata o sottoposta a critiche pubbliche, persino quando abbia individuato una soluzione giusta sulla base di un argomento convincente.

61. Sul punto, più precisamente *supra*, par. 4., passo contrassegnato dalla nota 18.

62. Le lamentele circa la confusione metodica diffusa potrebbero anche dipendere dalla carente capacità discretiva di concetti come “soggettivo” od “oggettivo”. Il metodo soggettivo è “oggettivo” nella misura in cui si esige dall’interprete di fare “propria” la valutazione “estranea” del legislatore. Il metodo oggettivo è “soggettivo” nella misura in cui consente (inconsapevolmente) all’interprete di sostituire la “propria” valutazione a quella dell’interprete (una buona panoramica sul dibattito attuale è offerta da H. D. Gretz, *Zur Diskussion über den Vorwurf vom “Wuchern des Richterrechts”. Oder: Vom Lob der Praxis* (?), in “NRB-Mitteilungsblatt”, 2008, pp. 23-7). A voler essere precisi, è ovvio che neanche l’interprete che impiega il metodo oggettivo sostituisce semplicemente la propria opinione personale a una valutazione estranea. I tribunali, di regola, si riferiscono agli svolgimenti dogmatici della scienza, che nelle ragioni decisorie assumono spesso un peso molto maggiore delle regole dell’interpretazione o della metodologia. La questione se il giudice sia soggetto a vincoli aggiuntivi oltre alla dogmatica è tematizzata da approcci che in letteratura sono discussi sotto lemmi come “pragmatica giudiziale” (W. Hassemer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in “ZRP”, 2007, pp. 213, 218; trad. it. di D. Siciliano, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in “Ars Interpretandi”, 11, 2006, pp. 265 ss.) oppure “pensiero istituzionale” (H. J. Strauch, *Rechtsprechungstheorie*, in K. D. Lerch, hrsg., *Die Sprache des Rechts*, 2, Walter de Gruyter, Berlin-New York 2005, pp. 479, 503, 500 ss.).

Laband (1838-1918). Essa intende realizzare uno “Stato-ente monolitico”, la cui volontà sovrana cerca di contenere nella misura più ampia possibile il diritto non statale, o addirittura di eliminarlo<sup>63</sup>. “Statalismo” e “volontarismo” sono i lemmi che gettano un ponte tra l’assolutismo illuminato del tardo XVII secolo e il positivismo giuspubblicistico affermatosi nel passaggio al XX secolo<sup>64</sup>.

Qui potrebbe risiedere la vera e propria ragione per cui il “metodo oggettivo” si vede costretto a “dissolvere” la “volontà” del legislatore ovvero a “costruire” una “volontà della legge” fittizia e a camuffare lo *ius non scriptum* sorto *ex novo* come prodotto dell’interpretazione delle leggi statali. Ciò vale meno per quegli autori che si rivolgono alla “migliore visione giuridica” dello “spirito del popolo”. Infatti, anch’essi ritengono che la comprensione di senso separata dal contenuto effettivo della norma costituiscia ancora interpretazione legale, senza riflettere sulle peculiarità della statuizione normativa non statale e sul suo significato per la teoria delle fonti del diritto<sup>65</sup>. In fondo si tratta di una delegazione di poteri decisori, che assume che diritto e Stato significhino più o meno la stessa cosa, e che non ha niente a che fare con il “comprendere-meglio” o con la “legge più ragionevole”. Gli aspetti comuni della teoria dell’interpretazione soggettiva e di quella oggettiva si fondano dunque sui legami tra l’assolutismo moderno e il positivismo giuspubblicistico affermatosi nel passaggio al XX secolo. Entrambi gli indirizzi sono plasmati da uno statalismo che muove dal monopolio giuridico dello Stato e cerca di dissolvere il più possibile le fonti non statali del diritto.

#### *6.6. Differenze tra la teoria oggettiva e l’ermeneutica giuridica moderna*

L’ermeneutica giuridica moderna, nella forma in cui è stata fondata da Savigny, condivide, sì, con la teoria dell’“interpretazione oggettiva” il punto di partenza per cui dalla legge non è possibile trarre una soluzione per tutti i casi da decidere<sup>66</sup>. Eppure essa si fonda su concezioni del tutto diverse circa il rapporto tra diritto e Stato. Mentre l’interpretazione oggettiva, al fine di assicurare il monopolio statale della produzione del diritto, è costretta a mascherare il contributo dell’“interprete” alla creazione giuridica, la teoria della nascita del diritto di Savigny non ha alcuna difficoltà a sbandierare come tale il diritto prodotto dai

63. Lo sviluppo storico si può esaminare in maniera particolarmente chiara considerando la disputa circa il carattere di fonte del diritto dell’autonomia; cfr. Meder, *Ius non scriptum*, pp. 58 ss.

64. Questi collegamenti sono stati approfonditi soprattutto da J. Schröder, *Politische Aspekte des Naturrechts in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts: Die Begründung des staatlichen Rechtserzeugungsmonopols*, in D. Klippel (hrsg.), *Naturrecht und Staat*, Oldenburg, München 2006, pp. 19-34, in particolare p. 33; Id., “Richterrecht” und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert, in K. P. Berger et al. (hrsg.), *Festschrift für Norbert Horn*, Walter de Gruyter, Berlin 2006, pp. 1255-70, in particolare p. 1257.

65. Cfr. le indicazioni *supra*, par. 6.4.

66. Cfr. le indicazioni *supra*, passi contrassegnati dalle note 38 ss.

giuristi. Tale teoria attribuisce un ruolo centrale alle fonti non statali del diritto, in particolare al diritto dei giuristi. In tal modo essa si oppone non solo all'assolutismo moderno e alla dottrina giusrazionalistica del diritto pubblico, ma anche allo statalismo affermatosi nella teoria delle fonti del diritto nel passaggio al xx secolo.

L'ermeneutica giuridica moderna, pertanto, non è "soggettiva" e neppure "oggettiva". Essa si fonda piuttosto sulla premessa dell'esistenza di una interazione complessa tra "testo" e "interpretazione". Ne deriva una differenza e una coincidenza di ciò che è stato fissato e di ciò che è stato compreso<sup>67</sup>. L'elemento produttivo risiede nella sovrapposizione di entrambi quei momenti che l'interpretazione oggettiva cerca di isolare. La possibilità di un "comprendere-meglio" o della "legge più ragionevole" risulta dal fatto che il "comprendere" dell'interprete rappresenta una prestazione creativa. Le riflessioni di Gadamer sul concetto di legge mostrano la perdurante attualità delle idee di Savigny sia sul rapporto tra legge e Stato, sia sulla correlazione tra testo e interpretazione<sup>68</sup>.

#### 7. RIEPILOGO

Epoche differenti hanno risolto in modo assolutamente diverso la questione se il diritto venga ordinato dall'alto, o piuttosto cresca dal basso. Dato che l'ermeneutica giuridica dipende sempre, anche, da determinate concezioni politiche circa i rapporti che il diritto intrattiene con lo Stato, essa non può dare da sola una risposta a tale questione. Il problema relativo al se e alla misura in cui, oltre allo Stato, anche altre fonti, ad esempio attraverso il diritto dei giuristi, il diritto giudiziale o il diritto consuetudinario, siano autorizzate a produrre *ius non scriptum* è il problema fondamentale della teoria delle fonti del diritto. Esso crea difficoltà insuperabili non solo all'assolutismo moderno, ma anche allo statalismo affermatosi in Germania in materia di teoria delle fonti nel passaggio al xx secolo<sup>69</sup>. Ciò è testimoniato anche dalle riflessioni sottili sul tema

67. Sul punto, più precisamente, Meder, *Mißverständen und Verstehen*, cit., pp. 125 ss. (e *infra*, par. 7). Sotto il profilo della "differenza", il testo è – per così dire – l'"altro" rispetto all'interprete. Per contro, per mezzo della teoria oggettiva, si dà la possibilità di riflettere il "proprio" nel testo (ma confronta le limitazioni indicate in precedenza nel passo contrassegnato dalla nota 62), dunque si abbandona l'idea di una "differenza".

68. È vero che Gadamer non si è pronunciato espressamente sul rapporto tra diritto e Stato, eppure le sue concezioni potrebbero essere senz'altro tratte dai passaggi precedentemente riferiti (cfr. passi contrassegnati dalle note 40 ss.). Ma l'ermeneutica di Savigny acquista una particolare attualità anche in connessione al mutamento funzionale dello Stato tratteggiato all'inizio (*supra*, par. 1, passo contrassegnato dalla nota 2).

69. È qui che potrebbe risiedere una delle ragioni principali del predominio durevole della teoria oggettiva – cfr. la critica svolta in R. Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, Heymanns, Köln et al. 2005<sup>3</sup>, p. 47; E. A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Stämpfli et al., Bern et al. 2005<sup>2</sup>, pp. 107 ss.;

dell’eventuale presenza, oltre al legislatore e all’interprete, di una “terza volontà”, attraverso la quale si potrebbe raffigurare in termini unitari una pluralità di fonti del diritto<sup>70</sup>.

La teoria della nascita del diritto elaborata dalla Scuola storica deve essere strettamente distinta, da un lato, dall’assolutismo moderno e, dall’altro, dallo statalismo professato in materia di teoria delle fonti dalla scienza positivistica del diritto pubblico. Essa si fonda sulla premessa che il diritto cresca dal basso più di quanto potrebbe essere ordinato da una volontà sovrana. L’ermeneutica di Savigny non è “soggettiva” e neppure “oggettiva”. Non è “soggettiva” perché muove dall’assunto che l’interprete “faccia” qualcosa “per” e che il contenuto di una fonte del diritto debba essere sempre nuovamente individuato, se vuole fare ingresso nella vita. Ma neppure è oggettiva, giacché l’interprete non è autorizzato a sostituire semplicemente la “propria” a una valutazione “estranea”. Per quale ragione l’ermeneutica fondata da Savigny meriti di essere considerata ancora (o di nuovo) “moderna” anche in epoche di progressiva internazionalizzazione e globalizzazione – ciò dipende non da ultimo dal rapporto tra diritto e Stato che essa presuppone. In base alle premesse della pluralità delle fonti del diritto, non occorre camuffare l’attività creativa dei giuristi come dichiarazione di volontà dello Stato.

Rüthers, *Rechtstheorie*, cit., pp. 453 ss. – nonché il nucleo della disputa sulle radici del “diritto giudiziale” (cfr. *supra*, par. 6, passo contrassegnato dalla nota 61).

70. Cfr. le indicazioni *supra*, passi contrassegnati dalle note 49 e 57.