

Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto^{*}

1. ERMENEUTICA FILOSOFICA ED ERMENEUTICA GIURIDICA

Una delle convinzioni centrali dell’ermeneutica contemporanea è che il “significato” di un testo che esige di essere compreso non sia predato all’interprete, bensì si costituisca attraverso l’interpretazione, sulla base di una precomprendizione codeterminata dalla tradizione¹. In questo senso, l’ermeneutica contemporanea è un’ermeneutica soggettivamente orientata. Il passaggio da una visione puramente orientata al testo a una prospettiva che concepisce l’interpretazione come accadimento interattivo è legato alla svolta ontologica che l’ermeneutica ha subito ad opera di Heidegger e di Gadamer, che si è collegato a quest’ultimo. Ora non si tratta più della questione delle abilità che permettono di carpire a un testo il suo “reale” significato, bensì della comprensione come processo antropologico. La pretesa normativa dell’ermeneutica antica, la quale intendeva essere una tecnica della comprensione, scivola così sullo sfondo. Gadamer lo ha espresso nella premessa alla seconda edizione di *Wahrheit und Methode*: «In questione non è cosa facciamo, né cosa dovremmo fare, bensì cosa accade con noi, oltre il nostro volere e il nostro fare»².

* Il testo originale su cui si basa la presente traduzione, intitolato *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, è la relazione presentata da Ulfrid Neumann (Università di Francoforte sul Meno) 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, R. Wittmann, *Der existentialontologische Begriff des Verstehens und das Problem der Hermeneutik*, in W. Hassemer (hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*, Decker und Müller Verlag, Heidelberg 1984, pp. 41, 43.

2. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, Tübingen 1986⁵ (ed. or. 1960), p. xvi (trad. it. *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo con *Introduzione* dello stesso autore e testo originale a fronte, Bompiani, Milano 2004³).

Questa centralizzazione del soggetto radicalizza la convinzione, talvolta reperibile anche nell’ermeneutica antica, che l’interpretazione di un testo possa essere legata alla prospettiva specifica dell’interprete³. Essa, infatti, non intende il momento della soggettività come fattore di disturbo dell’interpretazione “corretta” di un testo, bensì considera il soggetto come elemento costitutivo dello stesso processo della comprensione, inteso come processo interattivo. Per la teoria del diritto ciò significa che l’apparenza dell’oggettività dell’interpretazione della legge viene definitivamente e irrevocabilmente dissolta dall’ermeneutica filosofica. Il ruolo produttivo del giudice nell’applicazione della legge è una conseguenza del fenomeno universale della produttività della comprensione del testo.

Presumo che questo aspetto abbia giocato un ruolo decisivo nella recezione dell’ermeneutica operata dalla filosofia del diritto negli anni Settanta e Ottanta del xx secolo⁴. In particolare, il concetto di precomprensione è divenuto un punto di partenza della critica a una metodologia [*Methodenlehre*] giuridica che aveva tentato di presentare la decisione corretta come il risultato di un uso corretto dei metodi [*Methodik*] giuridici. Qui va ricordato, tra gli altri, il lavoro di Esser, apparso nel 1970, su precomprensione e scelta dei metodi⁵. Secondo Arthur Kaufmann, questa visione è diventata il punto di partenza di un’ontologia ermeneutica del diritto, nella quale – detto in modo un po’ abbreviato – alla pronuncia giudiziaria concreta si è riconosciuto uno *status* ontologicamente superiore a quello della norma legale astratta⁶.

3. Cfr., tra gli altri, H.-G. Gadamer, G. Boehm (hrsg.), *Seminar: Philosophische Hermeneutik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1976, pp. 69 ss., testo riprod. di Chladenius (1742).

4. Cfr. sul punto, M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Gremer, Ebelsbach 1981; W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in “ARSP”, 72, 1986, pp. 195 ss.; J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Gremer, Ebelsbach 1991; T. Giszbert-Studnicki, *Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik*, in “ARSP”, 73, 1987, pp. 476 ss.

5. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Athenäum-Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt am Main 1970 (edizione rivista e integrata, 1972; trad. it. di S. Patti, G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto – Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983).

6. Cfr., tra gli altri lavori, A. Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Decker & Muller, Heidelberg 1982², p. 12 (trad. it. *Analogia e “natura della cosa” – Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura e con un saggio introduttivo di G. Carlizzi, Vivarium, Napoli 2003). Sull’ermeneutica giuridica di Kaufmann, cfr. i contributi contenuti in Hassemer, *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., come pure in U. Neumann, W. Hassemer, U. Schroth (hrsg.), *Verantwortetes Recht. Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, in “ARSP”, Beiheft, 100, 2005. Per una trattazione monografica della filosofia del diritto di Kaufmann, S. Grote, *Auf der Suche nach einem “dritten Weg”. Zur Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Nomos, Baden-Baden 2006 (sull’ermeneutica).

Tuttavia, si deve porre la domanda se l'ermeneutica filosofica, sotto tale aspetto – come sotto altri aspetti –, si possa trapiantare senz'altro nel diritto e nella scienza del diritto. Gadamer – come è noto – ha risposto affermativamente a questa domanda, più precisamente: l'ha respinta con l'argomento che non ci sarebbe bisogno di un trapianto. L'ermeneutica giuridica, in verità, non costituirebbe un caso speciale di ermeneutica generale; essa sarebbe piuttosto in grado di «restituire all'ermeneutica storica la sua piena estensione problematica, e di ripristinare così l'antica unità del problema ermeneutico, nella quale il giurista e il teologo si incontrano con il filologo»⁷.

Questo è certamente vero per la storiografia giuridica, nella quale si tratta di gettare un ponte tra passato e presente. È dubbio se valga anche per la prospettiva della dogmatica giuridica. Infatti, dal punto di vista della dogmatica, il problema ermeneutico si pone diversamente. Per il giudice, come pure per lo scienziato del diritto che opera “dogmaticamente”, il problema non è costituito dal divario temporale, bensì dalla distanza tra legge generale e caso concreto. Naturalmente è possibile che specifici problemi interpretativi risultino dal fatto che la legge da applicare proviene da un'epoca storica di cui oggi-giorno non condividiamo più gli specifici apprezzamenti e schemi interpretativi. Nel diritto tedesco bisognerebbe ricordare, ad esempio, le prescrizioni dell'ordinamento processuale civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO) risalenti all'epoca imperiale, le quali miravano a una discriminazione processuale del movimento sindacale⁸.

Il concetto di applicazione impiegato da Gadamer tende a nascondere questa differenza che separa divario temporale, da un lato, e distanza tra astratto-generale e concreto-singolare, dall'altro. D'altronde, nel suo successivo arti-

tica giuridica, vedi pp. 116 ss.). Dettagliatamente sull'ermeneutica giuridica di Kaufmann, J. A. Santos Arnaiz, *Arthur Kaufmann en la deriva de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, disertazione dell'Universidad Rey Juan Carlos di Madrid, Madrid 2006, pp. 101 ss., 210 ss. (consultabile all'indirizzo <http://eciencia.urjc.es>).

7. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 311 (lì evidenziato in corsivo).

8. In base alla disciplina legale del 1877, tuttora vigente, i sindacati, in quanto associazioni di fatto, sarebbero dotati di capacità processuale passiva, ma non attiva. Dunque, essi potrebbero, sì, essere citati, ma non citare a loro volta davanti ai tribunali civili (§§ 50 ss. 1, 2 ZPO). Il Bundesgerichtshof, in considerazione del mutato apprezzamento della posizione dei sindacati, che trova espressione anche nella garanzia costituzionale della libertà di associazione (art. 9, c. 3 *Grundgesetz*), ha corretto tale conclusione, affermando che i sindacati – diversamente dalle altre associazioni di fatto – sono dotati anche di capacità processuale attiva (BGHZ 50, 325). Sulla problematica metodologica, vedi K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1983⁵, p. 302 (trad. it. di S. Ventura, limitata alla parte storica e condotta sulla prima edizione del 1960, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966).

colo *Hermeneutik und Historismus*, Gadamer l'ha espressamente riconosciuta: «La distanza tra legge e caso sembra semplicemente incolmabile. A tal riguardo, sembra possibile separare il problema ermeneutico dalla considerazione della dimensione storica»⁹.

Bisognerebbe discutere quali particolarità ne risultino in dettaglio per la struttura della comprensione dei testi giuridici. Di un aspetto mi occuperò più precisamente in seguito¹⁰. Tuttavia, per quanto concerne la funzione critica dell'ermeneutica, essa non deve essere sottoposta ad alcuna riduzione nell'ambito del diritto. La convinzione della produttività della comprensione dei testi e dell'applicazione vale senza limitazioni anche per l'attività del giurista.

2. DEMOLIZIONE DI UN MODELLO IDEALISTICO DI DIRITTO

Con la convinzione della funzione costitutiva dell'atto interpretativo, l'ermeneutica contemporanea demolisce la concezione di una norma giuridica racchiusa nel testo legale e da esso predata. La norma giuridica, nella forma concreta che assume necessariamente nell'atto di applicazione del diritto, è in ogni caso un prodotto anche dell'interpretazione legale.

Oggigiorno, nella teoria del diritto, questa assunzione è ormai indiscussa. Infatti, se la norma giuridica non può essere intesa semplicemente come “significato” di un testo normativo, allora si deve rinunciare senz'altro all'idea di un diritto che esiste idealmente. Questo significa: il diritto non è una datità ideale, bensì un fatto sociale. L'ordinamento giuridico è un fatto istituzionale nel senso della teoria di John Searle¹¹. In questo senso, le regole giuridiche non hanno alcuna esistenza ideale (racchiusa nel “significato” dei testi legali), bensì solo un'esistenza sociale. Esse esistono nella realtà sociale degli atti legislativi, dell'osservanza sociale delle regole e della prassi decisoria dei tribunali e delle autorità amministrative. Ovviamente il diritto è un fatto sociale dotato di una pretesa normativa. Ma questa normatività è una componente della struttura del fatto istituzionale “diritto”, e non, come si sostiene ancora nella filosofia

9. Gadamer, *Hermeneutik und Historismus*, in Id., *Wahrheit und Methode*, cit., pp. 477, cit. a p. 490 (trad. it. di R. Dottori, *Ermeneutica e storismo*, in H.-G. Gadamer, *Verità e metodo* 2, Bompiani, Milano 1995, pp. 373 ss., cit. a p. 386).

10. Vedi *infra*, par. 6.

11. Fondamentale J. Searle, *Atti linguistici: saggio di filosofia del linguaggio*, trad. di G. R. Cardona, Boringhieri, Torino 1977; Id., *La costruzione della realtà sociale*, trad. di A. Bosco, Einaudi, Torino 2006.

giuridica, una caratteristica del diritto come “essere spirituale” nel senso della filosofia di Scheler e Nicolai Hartmann¹².

3. PLATONISMO DELLE REGOLE E SCETTICISMO DELLE REGOLE

La convinzione del significato costitutivo dell’interpretazione giuridica non comporta che l’applicazione del diritto (quale atto cocostitutivo del contenuto del sistema giuridico) sia arbitraria. L’applicazione del diritto (applicazione della legge) è collegata ai testi legali tramite le regole del linguaggio (sul punto, vedi par. 4) e dell’interpretazione giuridica (sul punto, vedi par. 5). Questo collegamento, pur non potendo essere inteso affatto, secondo quanto detto, in senso deterministico, fonda un vincolo (relativo) del giudice alla legge.

Questo significa: la posizione di ogni costruttivismo radicale, che considerasse la norma *esclusivamente* come prodotto dell’attività di “chi applica il diritto”, è priva di fondamento. Nonostante il fatto che i testi di legge si presentino vaghi prima della loro concretizzazione ad opera del giudice, e pertanto regolino equivocamente diversi casi nel loro ambito di rilevanza, ciò non significa che essi non regolino alcunché. L’alternativa al platonismo delle regole non è necessariamente lo scetticismo delle regole. I testi legali non sono combinazioni di segni arbitrarie o casuali che riceverebbero un significato solo dall’atto interpretativo. Essi sono piuttosto semanticamente collegati alla produzione di regole linguistiche, che esercita un vincolo nel periodo della loro vigenza. Al tempo stesso, tali testi sono collegati a un determinato contesto politico-istituzionale, che è sempre già presente, almeno per grandi linee, quando ha inizio l’attività interpretativa.

Ciò deve essere sottolineato, in quanto la posizione del costruttivismo radicale non rappresenta soltanto una posizione teoricamente possibile. Nella letteratura tedesca sull’uso dei metodi giuridici, essa rievoca la tesi secondo la quale, prima dell’intervento dell’attività interpretativa, il testo normativo (testo legale) sarebbe «soltanto un pezzo di carta coperto di inchiostro»¹³. Ritengo che

12. Indicazioni in U. Neumann, *Rechtswissenschaft als säkulare Theologie. Anmerkung zu einem wissenschaftstheoretischen Topos des Kritischen Rationalismus* (2006), in Id., *Recht als Struktur und Argumentation*, Nomos, Baden-Baden 2008, pp. 318, 321 s. (su Henkel) nonché in Id., *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945* (1994), in Id., *Recht als Struktur und Argumentation*, cit., pp. 257, 261 ss. (su Coing).

13. F. Müller, *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlin 1997⁷, numero marginale 207 (riferendosi alla formulazione corrispondente di R. Ogorek, *Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?*, in P. Forstmoser, R. Ogorek, W. R. Schluep (hrsg.), *Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meyer-Hayoz*, Helbing und Lichtenhahn, Basel 1993, pp. 21, 28; ora in R. Ogorek, *Aufklärung über Justiz*, 1, Klostermann, Frankfurt am Main 2008, pp. 121, 129). Riferendosi alla mia critica (in “Golddammer’s Archiv für

questa sia una esagerazione della giusta tesi secondo cui l'atto interpretativo svolge una funzione di costituzione del significato (*cocostitutiva!*), per quanto si tratti di una esagerazione istruttiva. Nella sua portata letterale, questa affermazione trascura il duplice vincolo cui l'interpretazione dei testi legali soggiace *sin da principio*: il vincolo delle regole linguistiche¹⁴ e il vincolo del contesto politico-istituzionale. Alla concezione del testo normativo come inchiostro puro e semplice sfugge, inoltre, la prospettiva di chi applica il diritto: infatti, se si trattasse davvero soltanto di un pezzo di carta coperto di inchiostro, non sarebbe possibile spiegare perché un giurista, per la soluzione di un problema pratico, si dovrebbe occupare proprio di tale scritto e dell'inchiostro sparso in questo modo. Ancora, a tale concezione sfugge la prospettiva del legislatore; questi, infatti, non produce inchiostro per stimolare il giudice, il funzionario amministrativo e altri "operatori giuridici" ad ascrivergli un significato per via interpretativa. Piuttosto: il legislatore emana regole che sono necessariamente imprecise, ma non anche prive di qualunque significato prima dell'inizio dell'attività interpretativa.

4. VINCOLI ATTRAVERSO IL LINGUAGGIO: SEMANTICA E PRAGMATICA

Le regole del linguaggio, dal canto loro, hanno una esistenza solo sociale, ma non ideale. Dal punto di vista teorico-linguistico ciò significa: la semantica è ancorata alla pragmatica¹⁵. Mutamenti dell'uso linguistico effettivo (pragmatica), che possono anche essere mutamenti nell'uso del linguaggio tecnico del diritto, comportano una modifica della portata del vincolo legale trasmesso attraverso le regole linguistiche. In tal modo, a fronte del predominio della semantica nella teoria del diritto tedesca degli ultimi secoli¹⁶, il "significato" viene inteso prag-

Strafrecht, 2000, pp. 41 ss.), vedi ora la formulazione esplicitamente diversa in F. Müller, R. Christensen, *Juristische Methodik*, I, Duncker & Humblot, Berlin 2002⁸: la legge sarebbe «sin dall'inizio ben più che un semplice pezzo di carta coperto di inchiostro» (numero marginale 531).

14. Ora, per una formulazione corretta, cfr. ivi: il testo normativo fornirebbe «una *semantica provvisoria* tanto al profano che partecipa alla vita del diritto quanto al giurista» (numero marginale 531). Questa semantica "provvisoria" non può essere oltrepassata arbitrariamente persino nell'attività interpretativa dell'operatore giuridico.

15. Questa posizione teorico-linguistica viene analizzata e approfondita, nella prospettiva della teoria e della metodologia del diritto, soprattutto nei lavori di Friedrich Müller e degli autori che si ispirano a lui. Cfr., tra gli altri, Müller, Christensen, *Juristische Methodik*, cit., numeri marginali 209 ss.; R. Christensen, H. Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Duncker & Humblot, Berlin 2001, pp. 180 ss. ecc.

16. In maniera esemplare, H. J. Koch, H. Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, Beck, München 1982. Più di recente, ad esempio, M. Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze*, Nomos, Baden-Baden 2004; J. Bung, *Subsumtion und Interpretation*, Nomos, Baden-Baden 2004.

maticamente. Il significato di un termine è, con Wittgenstein, il suo uso nel linguaggio¹⁷ – naturalmente non l'uso individuale, bensì quello collettivo, il quale fonda regole e, d'altra parte, da regole è guidato. La tesi secondo cui la semantica è ancorata alla pragmatica non significa che le regole semantiche possano essere cambiate da deviazioni puntuali. In caso contrario, verrebbe meno la possibilità del verificarsi di errori semantici nelle comunicazioni intersoggettive. La tesi secondo cui la prassi linguistica è costitutiva delle regole semantiche si riferisce necessariamente alla prassi *collettiva* di una comunità linguistica.

Questa prassi non è stabile, bensì soggetta a cambiamenti, che spesso sono prodotti dai mutamenti sociali o tecnici. Tali cambiamenti dell'uso linguistico generale possono ripercuotersi sul linguaggio tecnico giuridico. Così, ad esempio, il Bundesgerichtshof (BGH), nelle prime decisioni penali pubblicate nella relativa raccolta ufficiale, ha adattato l'interpretazione del concetto legale di "arma" a un cambiamento dell'uso linguistico generale, che oggigiorno, accanto agli oggetti che funzionano meccanicamente, designa come "armi" anche le sostanze che producono un effetto biologico o chimico¹⁸. Tuttavia, i cambiamenti nell'interpretazione dei concetti legali si possono anche limitare all'ambito del linguaggio tecnico giuridico. Così, negli ultimi decenni, il concetto di "essere umano" ha subito un'estensione esorbitante nella terminologia giuridica della Repubblica federale. Oggigiorno, nella scienza e nella prassi penalistica tedesca, è già l'embrione nello stadio successivo all'impianto che viene trattato come "essere umano" nel senso delle fattispecie di omicidio¹⁹. "Essere umano" nel senso della garanzia costituzionale della dignità umana deve essere considerato già l'ovulo fecondato nello stadio iniziale, secondo alcuni autori addirittura l'ovulo non ancora fecondato²⁰.

È chiaro che una tale interpretazione tecnica dei concetti legali mina la capacità delle leggi di guidare l'attività giudiziaria. Chi ha il potere di ridefinire "tecnicamente" i concetti legali può per ciò stesso determinare la portata del vincolo alla legge. Per dirla nei termini di Niklas Luhmann, la concettualità dogmatica rende possibile una presa di distanza là dove la società attende vincoli²¹. A tale riguardo, la dogmatica giuridica ha la stessa funzione di quella teologica: relativizza il vincolo ai testi canonici. Essa lo fa giustapponendo al

17. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, a cura di M. Trinchero, Einaudi, Torino 1995, prop. 43.

18. BGHSt 1, 1.

19. BGHSt 32, 194.

20. Indicazioni in U. Neumann, *Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet*, in M. Kettner (hrsg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2004, pp. 42-3.

21. N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Cologne-Mainz 1974, p. 16 (trad. it. di A. Febbrajo, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, il Mulino, Bologna 1978).

principio *sola scriptura* un edificio teorico che in parte presenta un riferimento ormai debole al testo vincolante.

**5. VINCOLI ATTRAVERSO I METODI:
IL PROBLEMA DELLA GERARCHIA DEGLI ARGOMENTI**

Allo stesso modo delle regole del linguaggio, anche le regole della professione del giurista (della metodologia giuridica) limitano la libertà del giudice, senza determinare la decisione (almeno nei casi più delicati). Alla luce della critica ermeneutica all'idea di un senso legale predato, accertabile attraverso una interpretazione corretta, occorre rivedere la tradizionale concezione della funzione delle regole interpretative. Secondo l'opinione tradizionale, è compito della metodologia giuridica fornire regole e tecniche per l'accertamento del senso legale "corretto", "reale". La convinzione che un senso legale predato non sia altro che una finzione conduce a un capovolgimento del rapporto tra metodi e risultato dell'interpretazione. Le regole interpretative non sono determinate in funzione dell'accertamento del senso legale "corretto", bensì: queste regole determinano, all'opposto, quello che deve essere il senso legale "corretto". In altri termini: il senso della legge dipende dall'interpretazione che si sceglie. L'interpretazione soggettiva può condurre a un senso legale diverso rispetto all'interpretazione oggettiva, l'interpretazione letterale a un senso diverso rispetto all'interpretazione orientata allo scopo della prescrizione. Questo significa: i metodi interpretativi non *indiziano* il senso della legge, lo *costituiscono*. Esagerando si può dire: ci sono tanti significati legali quanti sono i metodi interpretativi – ammesso naturalmente che questi metodi conducano tutti di fatto a diverse interpretazioni della legge.

La scelta di questi metodi non può pertanto essere guidata dallo scopo dell'interpretazione "corretta" della legge, e dunque dalla metodologia stessa. Essa può essere compiuta soltanto da una teoria del diritto sovraordinata alla metodologia, la quale tenga in considerazione le direttive di teoria dello Stato e costituzionali (separazione dei poteri, principio democratico) nonché i punti di vista della correttezza pratica (giustizia, praticabilità). Ciò significa: la scelta dei metodi interpretativi non è vincolata allo scopo interno dell'interpretazione legale "corretta", bensì deve rivolgersi a direttive esterne.

È molto discusso quali siano in dettaglio queste direttive. Un accordo sussiste solo sulla rilevanza delle premesse costituzionali e di teoria dello Stato. Qui vengono in rilievo, in primo luogo, il principio democratico e il principio del vincolo alla legge che ne risulta²². Nessuno dubita che il giudice è vincolato in

22. Sottolineato, ad esempio, da B. Rüthers, *Rechtstheorie*, Beck, München 2007³, numeri marginali 708 s.

linea di principio alla legge. I problemi concernono l'interpretazione del concetto di "in linea di principio". Infatti il vincolo in linea di principio alla legge lascia aperta la possibilità che il giudice, in certi casi, si ponga espressamente contro quest'ultima. Se e a quali condizioni ciò sia consentito dipende da molteplici premesse. La scelta tra una concezione del diritto giusnaturalistica e una concezione giuspositivistica svolge qui un ruolo simile alla questione se al legislatore debba riconoscersi il *monopolio* ovvero solo una prerogativa nella produzione del diritto.

Indipendentemente dalle risposte fornite a queste domande, resta il problema della misura in cui possa darsi in generale un vincolo alla legge vaga. Una possibile soluzione a questo problema consisterebbe nell'intendere il vincolo alla legge non già dal punto di vista della teoria della decisione, ossia come programmazione legale del giudizio corretto, bensì dal punto di vista della teoria dell'argomentazione. Nella prassi, allora, il principio costituzionale del vincolo alla legge si dovrebbe trasformare in modo da attribuire una priorità agli argomenti che manifestano un vincolo della sentenza alla legge. In questo senso, si sostiene che gli argomenti del tenore letterale della legge e della volontà del legislatore possono pretendere una priorità rispetto agli altri argomenti²³.

Questo assunto è conseguente dai punti di vista di teoria dello Stato e del diritto costituzionale prima citati. Nondimeno, anche a questo modello di gerarchia dei metodi interpretativi possono essere mosse obiezioni importanti. Ciò vale per l'argomento del tenore letterale: una determinata interpretazione può essere "non più compatibile", "appena compatibile" o, in rapporto a un'interpretazione concorrente, "più o meno compatibile" con il tenore letterale. È chiaro che, in queste diverse costellazioni, l'argomento del tenore letterale riceve un peso relativo di volta in volta differente²⁴. Lo stesso vale per la volontà del legislatore. Infatti, questa volontà, che – come è ovvio – non è qualcosa di psicologicamente rintracciabile, bensì deve essere costruita con i materiali e le circostanze storiche dell'atto legislativo, può essere manifestata in maniera esplicita e netta oppure essere accennata vagamente; tale atto può, da un lato, esprimere l'opinione unanime di coloro i quali

23. Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996³, p. 305 (trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica – La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, a cura e con uno scritto di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998); Koch, Rüßmann, *Begründungslehre*, cit., p. 182 (differente sotto alcuni profili).

24. Nella misura in cui la priorità rispetto agli altri fini dell'interpretazione è attribuita solo al senso letterale "univoco" della prescrizione legale (*ibid.*), questo problema non si pone. Ma in tal modo l'ambito applicativo della regola di priorità (concernente l'argomento del tenore letterale) viene limitato in maniera considerevole.

hanno partecipato al procedimento legislativo, ma, d’altro canto, può esprimere solo la visione discussa di una maggioranza parlamentare faziosa. È chiaro che anche qui il peso relativo dell’argomento dipende dalle circostanze del caso singolo.

D’altra parte, una preferenza sostanziale per gli argomenti che devono assicurare un vincolo alla legge si trova in contraddizione con la funzione dell’ordinamento giuridico di garantire una decisione non semplicemente conforme alla legge, ma anche ragionevole, giusta. Fondamenti decisorii legittimi non sono soltanto quelli scritti, ma anche quelli razionali. Certo, è possibile ricollegare metodologicamente alla legge anche questi fondamenti razionali; avvenga ciò nella forma dell’interpretazione costituzionalmente orientata (nella misura in cui i fondamenti razionali abbiano una corrispondenza nei principi costituzionali)²⁵, ovvero sulla base dell’ipotesi ermeneutica della ragionevolezza della legge. Ciò non toglie, tuttavia, che si tratta di argomenti materiali distinti dall’“argomento autoritativo” del tenore letterale della legge e della volontà del legislatore, e suscettibili di contrapporsi a esso nel caso concreto. Anche questi argomenti materiali possono avere un peso del tutto diverso nel caso singolo. Una relativizzazione del rapporto gerarchico che intercorre tra gli argomenti autoritativi, da un lato, e gli argomenti materiali, dall’altro, deriva dunque non solo dalla potenziale debolezza dei primi, ma anche dalla potenziale forza dei secondi.

6. ERMENEUTICA E CRITICA DELL’IDEOLOGIA

All’inizio è stato segnalato che il problema ermeneutico dell’applicazione della legge si pone diversamente dal problema ermeneutico emergente nella filosofia di Gadamer²⁶. In Gadamer si tratta soprattutto del superamento della distanza tra il testo, da un lato, e la sua interpretazione attuale, dall’altro lato. Pertanto la precomprensione che guida la conoscenza è determinata storicamente, vale a dire attraverso la comunanza della tradizione²⁷. L’interpretazione giuridica, tuttavia, diventa conflittuale proprio là dove la comunanza della tradizione viene meno, dove nello sfondo non c’è più una precomprensione generalmente condivisa, bensì una visione diversa da gruppo a gruppo dell’interpretazione testuale adeguata. Ciò si ripercuote sulla questione della misura in cui la riflessione ermeneutica è in grado non solo di smascherare, ma anche di correggere

25. In Germania, ad esempio, questa è l’opinione che la giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sostiene costantemente a proposito del principio di proporzionalità (cfr., tra le altre, BVerfGE 45, 187, 260).

26. Cfr. *supra*, par. 1.

27. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 277.

i pregiudizi, dunque sulla capacità dell'ermeneutica di esercitare una critica dell'ideologia²⁸.

Se la struttura pregiudiziale della comprensione viene intesa storicamente, questa capacità può essere valorizzata in misura modesta. Infatti, l'equivalenza di principio delle epoche da cui l'ermeneutica filosofica muove, e in mancanza di un modello storico universale non può non muovere, lascia poco spazio a una analisi di critica dell'ideologia delle concrete strutture pregiudiziali. Gadamer, confrontandosi con Habermas, ha, sì, riconosciuto che la precomprensione comune a un'epoca è determinata anche dai «reali fattori del lavoro e del dominio»²⁹. Ma una precomprensione epocale scevra da una comprensione normativamente connotata della storia, nel caso estremo: da una comprensione escatologica della storia come quella offerta da certe religioni, ma anche dalla filosofia marxista, è sottratta a una critica sostanziale dell'ideologia.

Per contro, un possibile oggetto della critica dell'ideologia è costituito dai pregiudizi particolari che spesso guidano l'attività di interpretazione giuridica. Questo vale, ad esempio, per le interpretazioni che sono legate a una immagine del mondo di tipo religioso o metafisico, oppure che si riflettono negli interessi particolari di singoli aggregati sociali. Ovviamente anche qui si pone il problema di trovare un punto archimedico sul quale sia possibile piantare la leva della critica dell'ideologia. Non si può escludere il pericolo che la critica a una particolare precomprensione porti, in definitiva, a una semplice sostituzione con un'altra precomprensione particolare. Ma questo aspetto riguarda la diversa collocazione, non la *possibilità* della critica dell'ideologia. In sostanza, nell'applicazione del diritto, è possibile distinguere i pregiudizi particolari dalla precomprensione epocale collettiva della comunità giuridica. Compito di una teoria del diritto che rispecchia l'applicazione giuridica è pertanto anche la critica dell'ideologia della precomprensione giudiziale³⁰.

7. ERMENEUTICA GIURIDICA E PRASSI GIURIDICA

L'ermeneutica giuridica che si riconosce nella tradizione dell'ermeneutica filosofica di Gadamer assume una funzione chiarificatrice della prassi giuridica,

28. Qui il concetto di ideologia viene impiegato in senso neutrale, gnoseosociologico.

29. H.-G. Gadamer, *Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik*, in K. O. Apel *et al.*, *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1977, pp. 57 ss., 71 (trad. it. di R. Dotto-ri, *Retorica, ermeneutica e critica dell'ideologia. Osservazioni metacritiche su Verità e Metodo*, in Gadamer, *Verità e metodo 2*, cit., pp. 225 ss.).

30. Sul punto, cfr. U. Neumann, *Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, in Hassemer (hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 49, 52 s. Nello stesso senso P. Mastronardi, *Juristisches Denken*, Haupt, Bern 2003², numeri marginali 160, 161.

ma non immediatamente prescrittiva. Essa è legata alla prospettiva esterna del teorico del diritto, non alla prospettiva interna di chi applica quest'ultimo. Questo significa non solo che l'ermeneutica giuridica rinuncia a fornire direttive per l'interpretazione dei testi, dunque che si impegna a un'astinenza prescrittiva nei confronti della prassi. Quanto detto implica anche, in modo complementare, un'astinenza cognitiva della prassi giuridica rispetto alle convinzioni centrali dell'ermeneutica giuridica. Con ciò non si intende, naturalmente, che il giudice sarebbe legittimato a non prendere in considerazione le analisi dell'ermeneutica giuridica. Si intende, piuttosto, che queste analisi non possono essere poste alla base della prassi giuridica quali principi direttivi. Il giudice non può eludere la questione della decisione “corretta”, egli – nella misura in cui in tale questione ne va della comprensione adeguata del testo legale – non può accontentarsi della convinzione ermeneutica della produttività della comprensione del testo. In questo senso, la convinzione, ben fondata dal punto di vista della teoria del linguaggio e della conoscenza, che almeno in numerosi casi siano “sostenibili” diverse interpretazioni della legge non può fungere da massima dell'attività giudiziaria. La tesi secondo cui, all'interno di un sistema giuridico, per ogni questione di diritto ci sarebbe un'unica risposta corretta³¹ non è sostenibile come affermazione “ontologica”. Ma che si tratti di una tesi indispensabile come idea regolativa della decisione giudiziale, lo mostrano le direttive istituzionali del sistema giuridico³². Nella motivazione della sentenza il giudice deve presentare la propria decisione come *la* decisione corretta; una motivazione che affermasse che la sentenza avrebbe ben potuto essere diversa sarebbe viziata. Nel giudizio instaurato con la proposizione di un gravame, la decisione del grado precedente non viene considerata come decisione possibile basata su una interpretazione sostenibile della legge, bensì viene confermata come decisione “corretta” o censurata come decisione viziata. Anche la forma di pensiero alternativa della “sostenibilità” di una decisione non è certo estranea al sistema giuridico; così, ad esempio, il Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) riesamina le interpretazioni giuridiche dei tribunali di merito in base alle categorie, non già del “corretto” e dello “sbagliato”, bensì del “sostenibile” e dell’“insostenibile”³³. Ma ciò è dovuto al fatto che il BVerfGE non opera

31. R. Dworkin, *Bürgerrechte ernst genommen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, pp. 144 ss., 448 ss., 529 ss. (trad. it. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982); Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1985, pp. 119 ss. (trad. it. di E. D’Orazio, *Questioni di principio*, il Saggiatore, Milano 1990); Id., *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1986, pp. 211 ss. (trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L’impero del diritto*, il Saggiatore, Milano 1989).

32. Dettagliatamente sul punto e su quanto segue, U. Neumann, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Nomos, Baden-Baden 2004, pp. 37 ss.

33. Indicazioni ivi, p. 55.

come parte costitutiva del sistema decisorio dei tribunali di merito, bensì come istanza di controllo, e sotto questo profilo è legato (in un senso specifico) a una prospettiva “esterna”³⁴. Nella prospettiva interna del sistema decisorio di giustizia, per ogni questione di diritto, almeno in linea di principio, c’è solo *una* decisione corretta. Se questa prospettiva si possa combinare in qualche modo con la visione dell’ermeneutica giuridica, oppure se – come le presenti riflessioni suggeriscono – anche in questo contesto ci si debba rassegnare al dualismo tra considerazione interna ed esterna, verrà deciso sulla base di discussioni ulteriori.

34. Più precisamente sul punto, ivi, pp. 57 s.