

prof. Dres. WINFRIED HASSEMER
Vicepresidente del Bundesverfassungsgericht

METODOLOGIA GIURIDICA E PRAGMATICA GIUDIZIARIA^(*)

SOMMARIO: 1. Metodologia giuridica, democrazia parlamentare e divisione dei poteri nello stato di diritto. – 2. Il sogno della rigosità della regola. - 2.1. Vincolo della legge e metodo. - 2.2. Stato legislativo e stato giudiziario. – 3. Fine del sogno. - 3.1. Carta e realtà. - 3.2. Logica giuridica: metodi della derivazione. - 3.2.1. Univocità e completezza. - 3.2.2. Comprendere e decidere. - 3.2.3. La pochezza della deduzione. – 4. Motivi e questioni. - 4.1. Programmi informali. - 4.1.1. Regole. - 4.2. Individuazione del diritto e giustificazione. - 4.3. Situazioni professionali. - 4.3.1. Situazioni giuridiche. - 4.3.2. Settings. – 5. Conclusione.

1. *Metodologia giuridica, democrazia parlamentare e divisione dei poteri nello stato di diritto*

Recentemente il mio stimato collega Bernd Rüthers – forse addirittura nell’ambito di questa serie di conferenze nel maggio dell’anno scorso?¹ – in due pubblicazioni² ha proseguito le sue precedenti ricerche pionieristiche sul significato del metodo giuridico e del diritto giudiziario per la relativa condizione dello stato e della società³, ha demolito la nozione di «interpretazione oggettiva»⁴ e in tal modo, allo stesso tempo, la comprensione metodologica dei giudici superiori nella Repubblica federale⁵. Entrambi i testi dispongono della

* Conferenza tenuta allo *Interdisziplinäres Forum Franken. Theorie und Praxis des innerjuristischen Diskurses*, presso l’Università di Erlangen/Norimberga l’8 giugno 2006. Traduzione dal tedesco a cura del Dr. jur. Domenico Siciliano, già pubblicata in *Ars interpretandi*, 2006.

¹ B. RÜTHERS, *Methodenrealismus*, conferenza tenuta il 12 maggio 2005 a Bayreuth (*Interdisziplinäres Forum Franken*).

² B. RÜTHERS, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in *Juristen Zeitung*, 61 (2006), n. 2, p. 53 ss.; ID., *Geleugneter Richtersstaat und vernebelte Richtermacht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 58 (2005), n. 38, p. 2759 ss.

³ In particolare B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 2005; ID., *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2003; ID., *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München, 2005².

⁴ Questo è il punto focale dell’articolo pubblicato nella *Juristen Zeitung*.

⁵ Questo è il punto focale del commento nella *Neue Juristische Wochenschrift*; cfr. in dettaglio *ivi*, a p. 2759 in nota.

robusta chiarezza che ci si attende dagli interventi di R  thers e portano ampiamente oltre lo stretto circolo del ragionamento metodologico nel terreno di democrazia, legislazione e giurisprudenza. Essi sono testi chiari, brevi, spigolosi e non edulcorati dalla ritrosia a criticare con asprezza le opinioni altrui. Pertanto si adattano bene a essere contraddetti. Questo voglio fare⁶ e indagare sulle fonti, i presupposti e le possibilit   del vincolo del giudice alla legge.

R  thers considera la metodologia giuridica come una forza; egli vede in essa niente meno che la garanzia per la divisione dei poteri e per lo stato di diritto⁷. Egli registra e flagella numerose e molteplici violazioni, distorsioni e malcostumi: (1) l'esistenza oscura della metodologia giuridica nella formazione dei giuristi; (2) un diritto giudiziario che prolifera ovunque; (3) un occultamento e una risignificazione di cambi di sistema e di ideologie di sistema; (4) una comprensione naif e astorica dei metodi giuridici nella letteratura della scienza giuridica, ma prima di tutto nella giurisprudenza⁸; e infine (5) la marcia trionfale del «metodo oggettivo»⁹.

Questo metodo sarebbe secondo R  thers «rozzamente ingannevole»; esso permetterebbe a chi applica il diritto di discostarsi a piacere e di nascosto dai riconoscibili fini della regolamentazione e delle norme legislative; esso violerebbe i principi costituzionali della democrazia parlamentare e della divisione dei poteri dello stato di diritto¹⁰.

Io affermo al contrario¹¹: qui vengono enormemente sopravvalutate la vincolativit   nonch   l'efficienza della metodologia giuridica. Questa dottrina    inidonea come solo criterio dell'individuazione del diritto secondo i principii

⁶ Mi concentro sull'articolo pubblicato nella *Juristen Zeitung*; l   ci sono gli argomenti. Il commento pubblicato nella *Neue Juristische Wochenschrift* ne    essenzialmente un'accentuazione.

⁷ «Una metodologia giuridica dell'applicazione del diritto chiara, vincolante nei tratti fondamentali    uno strumento necessario di assicurazione della Costituzione per la garanzia della divisione dei poteri (stato di diritto!)» (R  thers, *Methodenrealismus*, cit., p. 53). «Le questioni di metodo sono questioni di costituzionalit  . Esse riguardano la reale distribuzione del potere e porre le norme nello stato. Le risposte a tali questioni decidono se la Repubblica federale diventer   uno stato di diritto democratico o uno stato oligarchico dei giudici» (*ivi*, p. 60). Queste sono la prima e l'ultima ipotesi del suo articolo.

⁸ *Ivi*, p. 53 ss.

⁹ *Ivi*, p. 57 ss., 60.

¹⁰ Dal riassunto in R  thers, *Methodenrealismus*, cit., p. 60. Critico nella stessa direzione anche W. NAUCKE, *Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht*, in ID., *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt a.M., 1999, p. 45 ss.

¹¹ Il che mi riesce tanto pi   facile quanto pi   so di avere lo stesso scopo di R  thers: il miglioramento del vincolo del giudice alla legge.

dello stato di diritto in un sistema giuridico codificato; per questo fine sono disponibili altri mezzi.

2. Il sogno della rigerosità della regola

2.1. Vincolo della legge e metodo

Il sogno di un metodo giuridico strettamente dedotto da regole, che traspone le indicazioni della legge in modo affidabile nelle decisioni dei giudici è antico come la legge stessa e non è molto originale¹². Questo sogno ha in effetti un motivo cogente: un sistema giuridico come il nostro, che si organizza tramite codificazioni, che cioè mette per iscritto le indicazioni di contenuto delle decisioni giuridiche, invece di lasciarle sviluppare di caso in caso a coloro che sono autorizzati a decidere, un tale sistema giuridico si è deciso, con la sua scelta per la codificazione, allo stesso tempo e inderogabilmente per il vincolo del giudice alla legge. A che cosa dovrebbe infatti servire la legge se essa non si prolunga nella decisione per cui essa deve valere? Tutto il resto avrebbe in effetti il sapore dell'inganno e del gioco frivolo: in un sistema di diritto codificato, che distingue tra legislazione e giurisprudenza, il vincolo del giudice alla legge è senza alternative. La legislazione genera vincolo alla legge.

Consequenzialità sistemica e serietà normativa – due forti pilastri della nostra attuale cultura giuridica¹³ – obbligano a questa connessione tra legislazione e vincolo alla legge. Per questo la Legge Fondamentale¹⁴ e la legge sull'ordinamento giudiziario¹⁵ hanno giustamente prescritto la soggezione del giudice alla legge in un luogo di spicco, e pertanto noi non discutiamo mai il postulato del vincolo alla legge, ma solo la via per produrre tale vincolo. Questa distin-

¹² Ho riassunto brevemente e provato questo in W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in A. KAUFMANN-W. HASSEMER-U. NEUMANN (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 2004⁷, p. 251 ss.

¹³ Che in teoria e prassi dell'individuazione del diritto e dell'argomentazione da parte dei giuristi possa anche andare del tutto diversamente si può studiare per esempio in D. SIMON, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, Frankfurt a.M., 1973, p. 13 ss., 22 ss., dove si parla esemplarmente di criteri estetici.

¹⁴ Art. 20 co. 3 (Vincolo a «legge e diritto»); art. 97 co. 1 («soggetti [i giudici: N.d.T.] solo alla legge»). La differenza nell'indicazione dell'oggetto condusse naturalmente subito a controverse di filosofia del diritto sul significato di «diritto» in questo contesto. Fondamentale sul punto e con molte indicazioni A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, in ID., *Rechtsphilosophie im Wandel*, Köln, 1984², p. 131 ss.

¹⁵ § 1 («soggetta solo alla legge»).

zione tra il se e il come del vincolo alla legge è fondamentale per ogni riflessione e per ogni discorso sulla metodologia giuridica. Chi sovrappone la differenza tra il principio del vincolo alla legge da una parte e dall'altra parte le possibilità di garantire tale vincolo, e rimprovera a coloro che sono scettici circa il percorso per realizzare il vincolo alla legge (cioè con riguardo al metodo giuridico), di violare il postulato del vincolo alla legge e di porsi al di fuori della Costituzione, fa loro torto. Egli scambia la cattiva notizia con chi la porta¹⁶.

In breve: chi vuole delle leggi, deve volere il vincolo del giudice alle leggi. Di che tipo però possa essere questo vincolo, come esso debba essere attuato, questo sta su di un altro piano. Il primo piano si chiama Costituzione, stato di diritto e divisione dei poteri, il secondo si chiama metodologia giuridica e prassi interpretativa giudiziaria. Tali piani non sono identici l'uno con l'altro, sono però cresciuti legati assieme: il vincolo alla legge riesce tanto più, quanto più riesce il metodo giuridico, ed esso resta poi una promessa vuota se non si può trovare alcun metodo che possa mettere all'opera e assicurare in modo affidabile il vincolo. Da questo punto di vista – per quanto solo da questo punto di vista – un metodo giuridico ha un riferimento alla Costituzione, e ce l'ha un qualsiasi metodo, nella misura in cui è un metodo: senza regole dell'interpretazione della legge e dell'osservanza della norma da parte delle istituzioni che interpretano la legge non si produrrà vincolo alla legge. Per converso la Costituzione non prescrive la soggezione a un determinato metodo dell'interpretazione della legge, e non prescrive per nulla che un tale metodo debba essere trovato – in che modo poi?

2.2. *Stato legislativo e stato giudiziario*

Con ciò non è stato ancora chiarito molto. In particolare è aperta la que-

¹⁶ Questo accade anche a Rüthers. In Rüthers, *Geleugneten Richterstaat*, cit., p. 2761, dove anch'io entro per una volta nel cono di luce della sua critica, egli commenta il principio da me formulato «Dal punto di vista del metodo, il giudice è libero nella scelta delle regole interpretative» in tal modo: «La Legge Fondamentale dice qualcos'altro: Il giudice è soggetto alla legge; egli deve scegliere il metodo che è conforme al precetto dell'interpretazione della legge. Il metodo "oggettivo", che rimuove ampiamente la volontà della legislazione, è altrettanto anticostituzionale come il principio di una libera scelta del metodo da parte del giudice». Questo addolora nel risultato e nella fondazione, ma non prova che l'inutilità di una ricerca di regole che potessero assicurare con rigore e in modo affidabile l'interpretazione delle leggi costituirebbe un'aggressione al vincolo alla legge, e con ciò una violazione della Costituzione. (Si può qui prescindere dal chiedersi se sia corretto mettere il timbro dell'anticostituzionalità su di una tesi metodologica). – Sub 3.3.2.3. svilupperò ancora una volta in questo contesto la tesi della libertà metodologica nella scelta delle regole interpretative.

stione di come debba essere approntato un metodo che corrisponda al meglio al postulato del vincolo, che quindi realizzi nel modo più fedele e traduca nella prassi giudiziaria il precetto costituzionale del vincolo alla legge. Questa domanda sul come del vincolo alla legge, cioè sulle possibilità di un metodo giuridico, non è triviale. La sua risposta non è infatti: più rigoroso è il metodo, più soddisfatta la Costituzione. Le cose non sono così semplici.

In verità molti tendono a una tale semplice risposta – e non solo da oggi. Essi seguono, per lo più senza dirlo, una concezione della divisione dei poteri che ha una tradizione del tutto rispettabile, ma anche del tutto miope; si tratta della concezione dello stato legislativo. Essi trascurano qui che lo stato legislativo ha avuto da sempre nello stato giudiziario un fratello nemico, che soltanto entrambi compongono l'intera famiglia e che sul rapporto tra i due ha avuto luogo un'ampia e profonda discussione¹⁷. Con essa ci si deve confrontare.

Ci si accorge dell'abbondanza delle possibilità di comprendere il «vincolo» del giudice alla legge¹⁸ ovvero la sua «soggezione» alla legge¹⁹ solo quando si connettono i concetti giuridici «vincolo» e «soggezione» con il loro oggetto, cioè la legge, invece di accennarvi semplicemente; se dunque ci si chiede seriamente se vi possa essere un metodo giuridico che sia in grado di assicurare il vincolo alla legge e che sembri avere questo metodo²⁰. Questo presuppone che ci si accordi su ciò che nel nostro ordinamento giuridico può essere considerato «legge» e su quali siano le condizioni di possibilità dell'essere «vincolati», «soggetti» a tale oggetto²¹. Da ciò dipende in ultima analisi quale ruolo giochi il potere giudiziario nello stato di diritto caratterizzato dalla divisione dei poteri.

La domanda di teoria del metodo suonerebbe così: potrebbe uno stato giudiziario con determinati presupposti assicurare la divisione dei poteri nello stato di diritto meglio di uno stato legislativo? O potrebbe piuttosto essere consigliabile come garante del vincolo alla legge uno stato legislativo addolcito dal punto di vista dello stato giudiziario invece della sua variante brutale, e che tratti potrebbero avere questi addolcimenti, e come avrebbero effetto

¹⁷ Ancora sempre meritevole di lettura e riflessione R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Wien, 1957.

¹⁸ Art. 20 co. 3 GG.

¹⁹ Art. 97 co. 2 GG.

²⁰ Vedi *infra*, par. 3.3.

²¹ Per altre, simili classificazioni dalla tradizione di teoria della scienza e del diritto P. MASTRONARDI, *Juristisches Denken. Eine Einführung*, Bern, 2001², p. 202 ss.

nella prassi della legislazione e dell'interpretazione della legge? Infine i sistemi che si sono decisi per un case law, per un diritto giudiziario, funzionano pure bene o male. Per uno scienziato in ogni caso sarebbe colposo non considerare fin da principio l'opzione dello stato giudiziario²².

Idee dello stato legislativo mostrano, come di riflesso i loro fratelli e le loro sorelle dello stato giudiziario, un'immagine unilaterale dell'interpretazione giudiziale della legge, dei suoi compiti e delle sue possibilità. Mentre concezioni dello stato giudiziario come la *Interessenjurisprudenz* o la Scuola del diritto libero (*Freirechtslehre*) considerano poco le disposizioni di legge e promettono giustizia solo grazie a un'autorità giudiziaria attiva e accorta, concezioni dello stato legislativo come la *Begriffsjurisprudenz* o il positivismo giuridico considerano l'autorità giudiziaria come una cosa neutrale che essenzialmente ha compiti di trasposizione e di concretizzazione, e si tiene fuori da ogni questione contenutistica di realizzazione giuridica.

Nel teatro dello stato legislativo i giudici si presentano come automi della sussunzione²³ che debbono leggere la legge e trasporre le sue indicazioni senza modifiche nella corrispondente realtà di vita. In questo contesto essi debbono astenersi strettamente da ogni aggiunta contenutistica a tali indicazioni. Dovessero destare l'impressione di aggiungere qualcosa alla legge nella loro attività di interpretazione, cadrebbero subito per il controllore dello stato di diritto legislativo nel sospetto di manipolazione anticostituzionale. Essi sono figure pallide e fedeli, non sono più della bocca della legge, essi sono semplicemente delle cerniere di collegamento. Decide la legge, non i giudici. Essa decide tramite i giudici: attraverso di essi.

Queste rappresentazioni conformi al principio dello stato legislativo dell'interpretazione giudiziale della legge sono degne di ogni onore. Esse non sono soltanto testimonianze di una seria e dotta radicalità della ricerca di un confine fermo alla comprensione e interpretazione delle leggi; esse portano in sé anche le migliori tradizioni del sogno di un apparato giudiziario che realizza i principi dello stato di diritto. Esse marcano i punti angolari e di svolta della nostra storia costituzionale, in cui si è deciso che la giurisprudenza è un'istituzione democratica, che lavora in pubblico e non allo scrittoio del

²² Dalla più recente discussione sul diritto giudiziario: K. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*, München, 1996.

²³ Esempio qui R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1986.

Gabinetto, che ciò che produce non è stato determinato tramite circoli segreti di grandi, cortigiani e pubblici funzionari, ma tramite il legislatore eletto, un'istituzione che si esprime in modo tale da poter anche essere compresa da tutti, così che ognuno può verificare se essa applica la legge o meno. La *Begriffsjurisprudenz*, il positivismo giuridico logico, le rappresentazioni della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico e di concetti che possono generare da se stessi altri concetti in un processo puro, il sogno di una logica giuridica, che ammette solo concetti ben definiti e pertanto prescrive al giudice coscienziosamente un metodo rigorosamente deduttivo dell'utilizzo dei concetti – tutti questi progetti, rappresentazioni e teorie dell'agire del giudice²⁴ dello stato legislativo collegano asciutta erudizione con il sogno del vincolo riuscito alla legge. Collegano la rigidità delle regole con il controllo pubblico dell'agire del giudice. Queste sono tante promesse e a prima vista ciò sembra veramente buono.

3. *Fine del sogno*

3.1. *Carta e realtà*

In verità solo a prima vista. Perché non si tratta di più che di un sogno. Le rappresentazioni conformi al modello dello stato legislativo dell'interpretazione della legge da parte del giudice librando passano davanti alle legalità cui ogni rapporto con testi legislativi è soggetto senza possibilità di deviare. Esse inoltre non colgono le condizioni di lavoro cui necessariamente è sottoposta una comprensione dei testi come quella cui è tenuto il giudice.

Se si considerano un po' più precisamente tali legalità e condizioni di lavoro, allora anche il sogno di uno stato legislativo dalle regole rigorose perde ben presto il suo fascino; ci si accorge che esso ha poco a che fare con la realtà che costituisce il suo oggetto, sì, che per questa realtà sarebbe meglio che si smettesse di sognare e si cominciasse a osservare bene ciò che accade realmente. Solo allora si può poi sperare di trovare regole che possano realmente attuare la soggezione del giudice alla legge, e controllarla, regole che quindi corrisponderebbero al precetto costituzionale della divisione dei poteri nella realtà e non solo sulla carta²⁵. Queste regole non sono così rigide e semplici come suggerisce il sogno dello stato legislativo di un apparato giudiziario

²⁴ Sul contesto storico: A. KAUFMANN, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in KAUFMANN-HASSEMER-NEUMANN, *Einführung*, cit., p. 109 ss.

²⁵ Vedi *supra*, par. 2.1.

ridotto ad attività «di trasposizione». A fronte di questo hanno il vantaggio di riflettere ed elaborare le condizioni di possibilità alle quali è sottoposto ogni confronto con testi di legge.

Vorrei provare questa mia opinione prendendo come esempi due tappe della metodologia giuridica del nostro tempo: le speranze di rigorosa deduttività dell'interpretazione della legge, che si sono a suo tempo collegate all'invenzione di una logica giuridica²⁶, e i colpi sotto i quali queste speranze sono crollate, quando si è scoperto che gli automi della sussunzione sono creazioni di fantasia, e per quali motivi²⁷.

3.2. Logica giuridica: metodi della derivazione

Durante la mia adolescenza teorico giuridica a metà degli anni sessanta il sogno della rigidità delle regole nel metodo aveva un indirizzo preciso. Questo si chiamava «logica giuridica»²⁸. Non che avesse regnato del tutto chiarezza o addirittura consenso su che cosa si dovesse intendere per questo – c'erano del resto degli scienziati all'opera²⁹! Nondimeno la logica giuridica aveva un unico e urgente messaggio per il vincolo del giudice alla legge. Questo messaggio era: non appena la logica giuridica vede la luce del mondo, sono finite le possibilità per l'apparato giudiziario di introdurre nel processo dell'interpretazione contenuti estranei; la logica giuridica è la via maestra verso il dominio illimitato della legge, verso il puro stato legislativo: essa realizza il precetto costituzionale del vincolo alla legge senza alcuna riduzione³⁰.

3.2.1. Univocità e completezza

In che modo³¹? I veicoli che avrebbero dovuto portare nel paradiso dello stato legislativo si chiamavano «assiomatizzazione» e «deduzione», dove la

²⁶ Vedi *infra*, par. 3.2.

²⁷ Vedi *infra*, par. 3.3.

²⁸ Nella mia libreria trovo per esempio ancora queste opere: U. KLUG, *Juristische Logik*, Berlin-New York 1966³; R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, Berlin-New York, 1962; ID., *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-New York, 1966; H. FIEDLER, *Juristische Logik in mathematischer Sicht. Einige Bemerkungen und Beispiele*, in «ARSP», 52 (1966), p. 93 ss.; G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique. Éléments de sémiotique, logique des normes et logique juridique*, Paris, 1965.

²⁹ Per un riassunto breve, attuale e ricco di materiali U. NEUMANN, *Juristische Logik*, in KAUFMANN-HASSEMER-NEUMANN, *Einführung*, cit., p. 298 ss.

³⁰ Dà risalto a tali concezioni K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1997⁹, p. 134 ss.

³¹ Ho discusso questo intensamente nella mia tesi di dottorato e mi rifaccio a questa: W.

prima era madre della seconda. Il loro rapporto era il seguente: qualora si riuscisse ad assiomatizzare completamente la legge, a formulare univocamente tutti i suoi contenuti, allora l'interpretazione della legge da parte dei giudici non sarebbe stata altro che deduzione, derivazione della decisione del caso soltanto dalla legge – senza aggiunta di informazioni estranee alla legge. La legge deciderebbe i suoi casi da sola; a tal fine essa dovrebbe deporre lo sporco, cangiante, vago linguaggio ordinario, in cui essa finora si è presentata, e indossare un nuovo linguaggio, il linguaggio puro, ben definito della logica «simbolica» o «matematica», come si chiamava allora. Questa idea del vincolo della legge festeggiò una «festa di resurrezione» particolarmente rumorosa in un ambito che, secondo criteri dello stato legislativo, tradizionalmente non viene particolarmente considerato: la determinazione della pena. Perché là il giudice rende noto quello che vuole, e nessuno gli può bacchettare le dita. Proprio là dovrebbe ottenere, dopo l'impiego di calcoli logici e determinazioni matematiche in passaggi decisorii definiti nei particolari, la pena concreta – pulita e ricalcolabile per chiunque³².

Era in realtà prevedibile che tutto ciò non potesse funzionare dall'oggi al domani e che vi fossero da superare ancora alcuni difficili punti, come per esempio i procedimenti analogici o il completamento delle lacune; ma anche a tal fine la logica giuridica aveva posto delle vie che promettevano che il giudice non avesse più bisogno di allontanarsi dal guscio della deduzione rigorosa³³. Inoltre nessuno si era assunta la fatica – per quel che posso vedere – di trasformare un'intera legge nel linguaggio formale della logica simbolica; ovunque v'erano solo esempi brevemente formulati di come ciò potesse funzionare – ed essi erano per la loro scomodità già sufficientemente spaventosi³⁴.

Dovesse però un giorno venir completata l'assiomatizzazione delle leggi, queste codificazioni formidabili conterrebbero tutte le informazioni che sarebbero necessarie per la decisione dei casi, e precisamente in una formulazione univoca. Queste informazioni dovrebbero poi venir richiamate e adottate nella situazione decisoria e già la legge, e solo la legge, avrebbe deciso il suo

HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-München, 1968, Parte I, p. 17 ss., 26 ss., 39 ss.

³² Ho rappresentato e criticato questo ampiamente in W. HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in *ZStW*, 90 (1978), p. 64 ss.

³³ Sul punto KLUG, *Juristische Logik*, cit., p. 118 ss.

³⁴ Anche nel mio lavoro *Tatbestand und Typus*, cit., p. 26 ss.

caso; questa sarebbe stata l'ora di un metodo giuridico cogente e la morte di uno stato giudiziario oligarchico³⁵.

Con l'epifania di questa logica giuridica, a dire il vero, non sarebbero solo venute meno le possibilità dell'apparato giudiziario di dare alla legge in modo manipolativo nuovi contenuti; sarebbe venuto meno l'apparato giudiziario tout court. Esso sarebbe stato nella sua interezza vittima del puro stato legislativo. Nel linguaggio della divisione dei poteri: il legislatore sarebbe poi la sola istanza della decisione del caso; l'apparato giudiziario non avrebbe nulla da dire, esso sarebbe veramente solo cinghia di trasmissione, *pouvoir neutre, la bouche qui prononce la parole de la loi*³⁶.

3.2.2. *Comprendere e decidere*

Ben presto a dire il vero divenne chiaro che questo tipo di logica giuridica non è di questo mondo, che le leggi, anche con le migliori intenzioni, non possono essere formulate completamente e univocamente, che dunque al giudice non saranno mai sufficienti procedimenti deduttivi per trasporre la legge nella realtà dei casi, o detto altrimenti: per decidere i casi esclusivamente con le informazioni della legge. E si mostrò che non ci si doveva dolere di questa impossibilità di fatto del concludere logico, e che piuttosto bisognava esserne contenti. Essa era un guadagno e non una perdita³⁷.

Che le leggi vengano formulate nel linguaggio ordinario, cangiante e ricco di collegamenti, non è un caso e non è nemmeno un incidente³⁸, sebbene sia proprio questo linguaggio a far nascere i problemi interpretativi. Questo linguaggio trasporta infatti le informazioni di cui un giudice ha bisogno per comprendere e poi decidere che cosa sia ai sensi della legge un «danno patrimoniale»³⁹ o un «utilizzo sul pegno» (*Verwendung auf das Pfand*)⁴⁰. Una volta trasformati questi oggetti scintillanti del linguaggio quotidiano in un linguaggio formale, si è tolto loro proprio ciò che li rende importanti per una legge e la sua interpretazione: la semantica, il senso, il significato delle parole, l'infor-

³⁵ Vedi *supra*, par. 1.

³⁶ Su questa allusione a Montesquieu e alla sua ricezione obliqua: R. OGOREK, *De l'esprit des légendes*, in *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), p. 277 ss.

³⁷ Su quel che ora segue Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 63 ss., 72 ss.

³⁸ Sulle molteplici implicazioni di questa semplice considerazione A. KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln-München, 1984, p. 101 ss.

³⁹ § 263 StGB - Truffa.

⁴⁰ § 1216 BGB - Risarcimento di utilizzi.

mazione sul mondo che essi portano con sè. In verità ci si è procurati come problema l'ulteriore questione di che cosa sia questo senso (nel senso della legge), se per esempio una messa in pericolo del patrimonio (indipendentemente da quello che questa sia nel particolare) possa essere già considerata come «danno patrimoniale» nel senso dei delitti contro il patrimonio del diritto penale oppure no⁴¹. Ma proprio questa questione è quella che mette in moto tutto: dà il via alla ricerca del messaggio della legge e porta il giudice nei processi di comprensione.

E inoltre: questo tipo di logica giuridica non può prendere dalla legge un pizzico di informazione in più di quanto essa non le abbia prima inserito. E il tutto può funzionare solo in presenza del presupposto ultraterreno di inserire prima tutto quello di cui più tardi, in un qualche momento, si avrà bisogno come informazione per la decisione; perché qualora un caso successivo non sia contenuto nell'univoco e completo programma della legge, allora la legge non è per nulla completa, allora l'assiomatizzazione non ha funzionato, la deduzione va a vuoto e l'automa della sussunzione si spegne automaticamente.

Ma come deve procedere praticamente questo inserimento? Non è una fondamentale esperienza giuridica il fatto che ogni legge è aperta verso il futuro, perché ogni caso può proporre un nuovo problema – e in realtà non solo a causa del cambiamento sociale e tecnico, ma anche di quello normativo, perché insomma facciamo per tutta la vita nuove esperienze e oltre a ciò ogni giorno che passa sentiamo, valutiamo e giudichiamo nuovamente? E non è proprio la questione se questo caso sia «nuovo», se esso abbisogni di un «nuovo» criterio per la decisione o se esso debba essere soggetto ai criteri di ieri, una tipica e quotidiana questione della nostra professione? Ad aiutare a trovare risposte ragionevoli a tali domande ci sono proprio i giuristi in forza della loro formazione, che non è assimilabile alla «matematica» o alle «scienze bibliotecarie», ma insegna a «decidere»⁴².

3.2.3. La pochezza della deduzione

Da ciò si può imparare che completezza e univocità delle leggi sono delle chimere e che perciò un vincolo alla legge in forza della deduzione non può funzionare. L'univocità fallisce con l'inidoneità di un linguaggio formale come

⁴¹ Si veda per esempio R. KELLER, *Die schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Betrug*, in *Juristische Rundschau*, 44 (1990), p. 519 ss.; B.R. SONNEN, *Zum strafprozessualen Tatbegriff und zur Vermögensgefährdung als Vermögensschaden*, in *Strafverteidiger*, 9 (1989), p. 479 ss.

⁴² In dettaglio sul punto MASTRONARDI, *Juristisches Denken*, cit., p. 55 ss., 66 ss.

modus di un comando legislativo; il linguaggio della legge deve piuttosto trasmettere un significato contenutistico, deve informare sulla valutazione da parte della legge di una parte del mondo reale. La completezza fallisce con l'impossibilità di prevedere e preformulare al momento dell'emanazione della legge tutti i casi che debbono essere «casi di questa legge»; la legge è piuttosto aperta verso il futuro, essa non può assicurare completamente la sua applicazione – e la sua non applicazione! – a successive costellazioni⁴³. E la deduzione come metodo giuridico fallisce con il fallire di completezza e univocità delle leggi; una legge, che non decide chiaramente ogni caso e oltre a ciò fa sorgere delle domande su che cosa essa prescriva «veramente», non può essere «applicata» deduttivamente.

A una tale legge si deve piuttosto chiedere con attenzione e accortezza quale potrebbe essere il suo messaggio alla luce della concreta situazione della decisione. Oltre a ciò si deve cercare di comprenderla, di scoprire che cosa essa abbia da dire per questo caso. E in questo tentativo lo sguardo va qua e là (*hin und her*) tra il caso che sta dinanzi per essere deciso e la legge che forse lo decide – ma forse anche non lo decide –⁴⁴, nell'aspettativa che dinanzi al caso la comprensione della legge si materializzi e che il caso, alla luce della legge, mostri la sua struttura rilevante ai fini della decisione⁴⁵.

Lo ammetto: questo sogno del vincolo alla legge dettato da regole rigorose tramite logica giuridica era particolarmente temerario, e oggi i sostenitori di una logica siffatta parlano ragionevolmente in modo del tutto diverso⁴⁶. Essi non si aspettano da tale strumento alcun «guadagno conoscitivo»⁴⁷, ma che esso – «correttamente utilizzato» – solo ancora (e questo con diritto) «possa con-

⁴³ Ho ampiamente dedotto e descritto questo in W. HASSEMER, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, in A. KAUFMANN (Hrsg.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, Karlsruhe, 1971, p. 27 ss.

⁴⁴ Questa bella immagine è di K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963³, p. 14 ss.

⁴⁵ Questo evoca il «circolo ermeneutico» o meglio la «spirale ermeneutica»; sul punto HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 104-108; KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, cit., p. 65 ss.

⁴⁶ Questo è già in HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 65 ss., 142 ss.

⁴⁷ NEUMANN, *Juristische Logik*, cit., p. 318: «[...] dall'utilizzo di calcoli logici non è da attendersi un guadagno conoscitivo. Se si intende la logica come ricostruzione delle regole dell'argomentare ragionevole [così intende l'autore in U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, p. 39 ss.; W.H.], allora le regole di trasformazione della logica formale vanno misurate con riguardo alla loro corrispondenza con tali regole, senza però poter essere al contrario assunte a criterio per un'argomentazione ragionevole».

durre a strutturare problemi giuridici e così aiutare nella loro soluzione»⁴⁸. Non si parla più di assiomatizzazione e deduzione, di completezza e univocità. Il sogno dello stato legislativo di un legislatore che neutralizzi semanticamente l'apparato giudiziario e lo metta a tacere nella triade della divisione dei poteri è fortunatamente finito⁴⁹. Possiamo di nuovo – e ulteriormente – parlare di «decidere», di «comprendere» e di «interpretazione della legge», quando ci riferiamo al giudice.

E possiamo ancora interrogarci sulle condizioni di possibilità di un metodo giuridico; per intenderci: possiamo chiedere come possa essere assicurato nel migliore dei modi il principio costituzionale del vincolo del giudice alla legge, una volta che la deduzione della decisione da una legge completa e univoca si è rivelata una strada sbagliata. E possiamo finalmente anche aprire la porta a una concezione della metodologia giuridica che sia adeguata alla ricchezza del suo oggetto: all'interpretazione della legge, alla sua applicazione alla realtà. Perché indipendentemente da quel che si pensi dei procedimenti deduttivi, resta il fatto che essi non sono ricchi. Essi sono scarni, unilineari, non affabili e asciutti. E anche se proprio questo rigore costituisce il loro charme dal punto di vista dello stato di diritto, come abbiamo visto⁵⁰, tuttavia si esita a coprire questo scheletro con il sontuoso vestito della «metodologia giuridica».

3.3. *Precomprensione e scelta dei metodi: regole dell'interpretazione*

Le varianti e le visuali divengono molte se si considerano seriamente le possibilità del vincolo alla legge e ci si chiede quali apparati di regole di una possibile metodologia giuridica possano realmente favorire la divisione dei poteri – non solo sulla carta e a tavolino⁵¹. Niente contro la carta e il tavolino. Si vedrà subito che là è di casa una metodologia veramente ricca e vicina alle cose⁵². Ma si vedrà infine anche che lasciare la carta e il tavolino per fare una passeggiata nelle vicinanze dello studiolo non solo rinfresca lo spirito, ma conduce anche a nuovi pensieri⁵³.

⁴⁸ J.C. JOERDEN, *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, Berlin-New York, 2005, p. 1.

⁴⁹ Altrettanto sostiene R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, München, 1974², p. 110 ss.

⁵⁰ Vedi *supra*, par. 2.2. alla fine.

⁵¹ Vedi l'annuncio *supra*, par. 2.2.

⁵² *Supra*, par. 3.3.1.

⁵³ *Infra*, par. 4.

3.3.1. Ragionevolezza

Carta e tavolino: dobbiamo il cuore di una metodologia giuridica in un sistema di diritto codificato⁵⁴ a Friedrich Carl von Savigny. Egli ha – con validità fino a oggi – descritto quattro vie, sulle quali le leggi possono aprirsi alla comprensione, sulle quali però si possono trovare anche giustificazione e critica di questa comprensione⁵⁵. Queste vie conducono oltre per questo motivo, perché esse – in modo del tutto diverso dai progetti di una logica giuridica⁵⁶ – costruiscono sull’oggetto sul quale si deve lavorare: sulla legge, sulle modalità in cui essa appare e sulle sue possibilità di dare informazione e comunicare senso⁵⁷.

Ciò non solo dà a queste vie stabilità, ma procura loro una ragionevolezza cogente; esse si spiegano per così dire da sole⁵⁸, quando esortano il giudice come segue⁵⁹: (1) prendi la tua decisione secondo la lettera della legge; (2) considera il contesto sistematico in cui la legge si trova; (3) persegui lo scopo della regolamentazione che il legislatore ha davanti agli occhi; (4) segui il senso che la legge ha oggi.

Questo per me vuol dire: prendere sul serio la legge e da ciò sviluppare una dottrina per l’utilizzo della legge che sia giusta nei confronti della legge⁶⁰.

L’indicazione (grammaticale) di prendere come criterio la lettera della legge realizza le circostanze triviali che le leggi sono mezzi linguistici, che le loro parole e proposizioni significano qualcosa e che una comunità giuridica (e proprio non solo il giudice) si può anche mettere d’accordo con riferimento a questi mezzi. Chi nell’interpretare la legge lascia la sua lettera perde già il mezzo che contiene il senso cercato da ogni interpretazione.

L’indicazione (sistematica) di considerare, nella ricerca del messaggio della legge, il contesto in cui la legge si trova, realizza l’esperienza di ogni dire e

⁵⁴ Sul contesto vedi *supra*, par. 2.1.

⁵⁵ Prima di tutto F.C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, hrsg. v. G. WESEBERG, Stuttgart, 1951, p. 19; ID., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840, p. 212 ss.

⁵⁶ Sul contesto vedi *supra*, par. 2.2., 3.2.

⁵⁷ Cfr. su quanto segue anche F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, 1976², p. 147 ss.

⁵⁸ Quanto segue adesso è esposto e provato ampiamente in W. HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, p. 15 ss. (*Juristische Hermeneutik*); U. KINDHÄUSER-H.U. PAEFFGEN-U. NEUMANN (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden 2005², § 1 Rn. 102 ss. (Hassemer/Kargl).

⁵⁹ Un’ampia raccolta di direttive interpretative è fornita da K. LARENZ-C.W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-New York, 1995³, p. 141 ss.

⁶⁰ Per un breve panorama vedi H.M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*, Heidelberg, 1999³, Rn. 359 ss.

comprendere che il linguaggio non informa solo con l'ausilio di parole e proposizioni, ma anche con l'ausilio del sistema in cui queste parole e proposizioni si trovano – e questo vale persino per un linguaggio improntato professionalmente come quello delle leggi, per le quali il contesto delle loro informazioni è (o almeno dovrebbe essere) un principio di costruzione. Chi non vede la connessione sistematica di norme di legge perde una chance per la comprensione.

L'indicazione (storica) di cercare e realizzare la volontà del legislatore è altrettanto cogente e ragionevole. Essa proviene dalla considerazione fondamentale secondo cui la legislazione genera vincolo alla legge⁶¹. I fini della regolamentazione del legislatore sono motivo e per lo più – se la formulazione della legge è riuscita – anche misura della legge, del cui significato si tratta, e il legislatore storico ha dalla sua parte il precetto del vincolo del giudice, perché è la «sua» legge a cui il giudice è sottoposto. Chi non considera i fini della regolamentazione e del legislatore non considera il suo vincolo alla legge.

Infine l'indicazione (teleologica) che obbliga il giudice al significato oggettivo del comando della legge sembra essere il coronamento di tutte le regole dell'interpretazione. Ci si chiede non arbitrariamente: con riferimento a che cosa dovrebbe altrimenti essere egli obbligato? Può la legge obbligare il giudice a un'interpretazione che oggettivamente sia priva di senso? E non si deve concludere che un giudice che arrivi a un risultato irragionevole, già per motivi di professionalità nel suo agire è obbligato ad accantonare subito questo risultato e a provare di nuovo? Chi può dedurre dalla legge solo un risultato privo di senso ha fatto in un qualche luogo un banale errore.

Tutto questo risulta assolutamente ragionevole e si può perciò capire che queste regole dell'interpretazione siano durate per secoli. Ma abbiamo trovato in esse allora alla fine quello che cerchiamo? Questa metodologia giuridica ci mette in condizione di garantire in modo affidabile il vincolo del giudice alla legge e di assicurare democrazia parlamentare e divisione dei poteri secondo il principio dello stato di diritto⁶²?

3.3.2. *Limiti*

La risposta dipende naturalmente da quel che si intende per «in modo affidabile» e per «assicurare». Ma una cosa è sicura: non ci si può attendere un mero automatismo⁶³. Mai si starà del tutto dalla parte sicura; si arriva appena,

⁶¹ Vedi *supra*, par. 2.1.

⁶² Vedi *supra*, par. 1.

⁶³ Larenz-Canaris, *Methodenlehre*, cit., p. 67 ss.

come anche si verifica di solito nella giurisprudenza, sempre solo ad argomenti che cercano di ottenere consenso, mai a risultati univoci⁶⁴. Il sogno di rigosità delle regole e della derivazione è definitivamente finito. Perché la ragionevolezza delle regole di interpretazione ha tre limiti dolorosi, presso i quali la speranza di un'interpretazione giudiziaria completamente controllabile e rigorosamente conforme a regole si infrange: la schiera delle regole non è completamente descritta, e i criteri dell'appartenenza a questa non sono univoci (3.3.2.1.); questi sono tra di loro eterogenei (3.3.2.2.) e non dispongono di un univoco apparato di regole per la loro applicazione (3.3.2.3.). Il metodo giuridico è e resta uno strumento aporetico.

3.3.2.1. *Appartenenza*

La cerchia dei metodi interpretativi non è chiaramente delimitata. Inoltre non è determinabile univocamente quali ulteriori regole ancora vi appartengano e quali invece non vi appartengano. Attualmente vi sono tre regole che possono pretendere di aggiungersi alla cerchia dei metodi interpretativi.

L'interpretazione conforme alla Costituzione indica al giudice di non oltrepassare mai i limiti della Costituzione nell'applicazione della legge. Essa si richiama al primato della Legge fondamentale, cioè a un pilastro ben fondato. Una regola di interpretazione conforme al diritto europeo impartisce al giudice il precetto speculare e ha naturalmente parimenti buoni motivi per sé, che potrebbero in futuro divenire ancor più forti. E infine una regola orientata alle conseguenze gli prescrive di considerare le conseguenze della decisione per coloro che ne sono immediatamente o mediamente colpiti e, se necessario, di correggere la decisione, qualora essa rechi con sé conseguenze insopportabili; anche questa regola in un sistema giuridico moderno, per l'appunto orientato alle conseguenze⁶⁵, è evidente. Con riguardo a tutti e tre i metodi interpretativi si può discutere con buoni motivi se essi portino o meno (già) in sé la cogente ragionevolezza delle regole di Savigny⁶⁶. Qui si può tralasciare

⁶⁴ Ho sviluppato questo nei particolari in HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 160 ss., per il caso del divieto di analogia nel diritto penale.

⁶⁵ W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in N. HORN (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag*, München, 1982, vol. I, p. 493 ss.

⁶⁶ Non solo nel diritto costituzionale nordamericano si discute – evidentemente con conseguenze per i relativi risultati interpretativi – la possibile regola per chiamare in causa ordinamenti giuridici stranieri e le loro indicazioni nell'individuazione e nella fondazione del diritto, oppure per non farlo; cfr. per esempio B.O. BRYDE, *The Constitutional Judge and the Internatio-*

come debba essere decisa la controversia.

Perché già il fatto che la cerchia delle regole interpretative sia aperta e i criteri dell'appartenenza non siano univoci fa in modo che il canone di regole perda in maneggevolezza e univocità e quindi perda la sua forza nell'assicurare il risultato: si può con buoni motivi affermare e anche contestare che una determinata regola di interpretazione che non appartiene al canone interpretativo debba appartenervi, e quindi vincoli il giudice. In tal caso è aperta la questione circa le regole di metodo cui soggiaccia il giudice nella sua interpretazione. Egli può scegliere, fino a dove è in grado di fondare la scelta; egli decide, sì egli deve decidere invece di obbedire. Essere semplicemente obbediente, questo è nella sua posizione una concezione del tutto insensata. Perché a chi e perché dovrebbe egli obbedire, e a chi e perché dovrebbe disobbedire?

3.3.2.2. *Differenziazione*

Il secondo limite della ragionevolezza: le regole dell'interpretazione sono tra di loro eterogenee e, per la precisione, sotto un duplice aspetto. Alcune esortano a un determinato agire, altre lo vietano, altre di nuovo restano indeterminate (a). E ancora più importante: alcune espongono i loro risultati a un test che li potrebbe contraddire, altre li proteggono da tale test (b).

(a) I metodi interpretativi che sono giunti a noi con il canone di Savigny esortano il giudice ad agire con anima e corpo, e in questo sono di regola davvero esigenti. Essi richiedono per esempio che sia chiarita la lettera della legge (e che ci si attenga a essa), oppure che siano ricercati i motivi del legislatore (per realizzarli). Questo come programma è già sufficientemente difficile, sebbene si presenti semplice. Si cerchi una buona volta un metodo per trovare in un tempo adeguato che cosa significhi «realmente» una parola – e cioè solo tra giuristi di professione oppure anche nel quotidiano, e poi: nel quotidiano di chi? O si pensi alle motivazioni lacunose del precedente legislatore, le cui rappresentazioni di regolamentazioni sono state da tempo superate dal cambiamento sociale. Si vede già: non di rado anche queste regole del tutto ragionevoli e vicine alle cose portano il giudice in emergenze decisionali che egli,

nal Constitutionalist Dialogue, in *Tulane Law Review*, 80 (2005), p. 213 ss. Contesto, motivi e nomi si possono leggere in K. GELINSKY, *Vom Rest der Welt verschieden. Der amerikanische Supreme Court und die Rechtsauffassungen anderer Länder*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13.3.2006, p. 10. – Anche questa è una controversia che riguarda l'ambito delle regole interpretative.

con il principio del vincolo alla legge, ora non può veramente affrontare. Anche qui egli deve decidere.

Se si abbracciano con lo sguardo tutte le possibili regole interpretative, allora si aggrava la complessità della differenziazione. Diversamente rispetto alle indicazioni di Savigny, l'interpretazione conforme alla Costituzione per esempio non esorta il giudice all'azione, ma all'omissione: non oltrepassare mai i limiti della Costituzione, così gli dice; ma essa non gli dice che cosa egli debba fare all'interno di tali limiti. Lo stesso si potrà dire con una certa plausibilità dell'interpretazione orientata alle conseguenze, mentre la variante conforme al diritto europeo – si pensi per esempio allo «*effet utile*»⁶⁷ – si potrebbe presentare come strumento a più fini, cui sarebbe pertinente del tutto anche il compito di rafforzare le indicazioni di contenuto del diritto europeo nell'interpretazione del giudice nazionale e non solo di porgli limiti interpretativi. Ora, che cosa succeda «realmente», nessuno lo sa di preciso. Anche le indicazioni di metodo più semplici sembrano, quanto più precisamente le si considera, condurre il giudice dinanzi a nuove domande piuttosto che a nuove risposte.

(b) Il secondo aspetto della strutturale differenziazione dei metodi interpretativi conduce non solo a nuove domande, ma prima di tutto a un evidente scandalo. Questo scandalo ha condotto Rùthers a ritenere il «metodo oggettivo» anticostituzionale⁶⁸. In via di principio ciò è comprensibile, perché questo metodo interpretativo produce da sé i propri risultati. Esso sottrae i propri risultati a ogni possibilità di falsificazione.

Mentre le altre tre classiche dottrine si rifanno a criteri che in via di principio sono passibili di osservazione, il metodo teleologico oggettivo nasconde il suo criterio nella testa della persona che di volta in volta interpreta; con ciò esso rende impossibile un controllo del risultato. Che (1) un risultato interpretativo non corrisponda ora più realmente all'uso linguistico, (2) il giudice che interpreta non abbia considerato una norma di legge che è in una connessione importante con la norma in questione, oppure (3) gli sia sfuggita un'importante fonte nella motivazione del legislatore: tutto ciò può di volta in volta falsificare il risultato dell'interpretazione del giudice: egli ha compreso qualcosa erroneamente, non ha trovato o non ha visto qualcosa. Questo qualcosa può essere indicato, può essergli rimproverato.

Con il metodo teleologico oggettivo il giudice non corre questo rischio.

⁶⁷ H. LECHER, *Einführung in das Europarecht*, München, 2003², p. 142 s. con riferimenti.

⁶⁸ RÜTHERS, *Methodenrealismus*, cit., p. 60. Vedi già *supra*, par. 1.

Perché chi gli vuole dimostrare che egli ha determinato erroneamente il significato oggettivo della norma? E come può farlo? Sui risultati di questo metodo si può essere solo di un'altra opinione, falsificarli però non si può. Questo metodo non ha mordente perché il criterio della sua applicazione non è accessibile all'osservazione, a differenza dell'uso linguistico, del contesto delle norme o della situazione delle fonti. Il criterio teleologico si nasconde dietro la fronte del giudice e perciò non può per nulla essere misurato ed essere contraddetto. Gli si può solo offrire la propria fronte.

Il fatto che questa regola interpretativa sia nebulosa può spiegare il favore che riscuote tra giuristi che non desiderano alcuna intrusione nel loro campo⁶⁹. Esso giustifica la raccomandazione pragmatica di utilizzare questo metodo con parsimonia⁷⁰. Questo fatto giustifica anche un atteggiamento professionale consistente nel muoversi nell'applicazione di tale metodo con particolare acribia. Esso però non giustifica affatto l'eliminazione di questo metodo dal canone o il considerarlo addirittura anticostituzionale⁷¹. Questo sfuggirà solo a colui che non ha ancora perso la sua innocenza metodologica e ha mantenuto la sua credenza nella rigidità delle regole della metodologia giuridica⁷².

Effettivamente il metodo teleologico oggettivo non è il «Dio sia con noi», che potrebbe rendere comprensibili tali reazioni di panico. Esso condivide la strategia di sottrarre i suoi risultati a una falsificazione, per esempio, tramite l'interpretazione conforme alla Costituzione, il cui confine è a sua volta un'interpretazione – cioè quella della Costituzione. Esso ha effetto, utilizzato con prudenza, in molte costellazioni casistiche non in modo così errato come l'energica, ma non provata affermazione del giudice secondo la quale ora l'uso linguistico o la volontà del legislatore sarebbero così. Ed esso introduce, con lo scopo oggettivo di una norma di legge, un criterio nel processo interpretativo che è irrinunciabile in un ordinamento giuridico realizzato per fini terre-

⁶⁹ Meraviglia in realtà già che questo metodo sia particolarmente stimato addirittura nella letteratura di diritto penale, che a causa del principio di legalità e del principio di determinatezza (§ 1 StGB, art. 103 II GG) ha interessi particolarmente stretti a controllare l'interpretazione della legge da parte del giudice: H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996³, § 17 IV 1 b; anche R. MAURACH-H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1987⁷, § 9, Rn. 15 e 22; H.J. RUDOLPHI (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Frankfurt a.M. 1975, § 1 Rn. 32; B. JÄHNKE-H.W. LAUFHÜTTE-W. ODERSKY (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin-New York 2003, § 1 Rn. 46.

⁷⁰ Vedi *infra*, par. 3.3.3.3.

⁷¹ Sul punto anche Larenz-Canaris, *Methodenlehre*, cit., p. 137 ss.

⁷² Vedi *supra*, par. 1. e 2.

ni⁷³. La guarigione non sta nella sua eliminazione, ma in un approccio attento e critico nei suoi confronti.

3.3.2.3. Regole di applicazione

Il più doloroso dei limiti è però il terzo: i metodi interpretativi non dispongono di un chiaro apparato di regole per la loro applicazione. Questo porta alla fine, assieme alle altre limitazioni della loro ragionevolezza, a una libertà nella scelta del metodo⁷⁴.

Un *proprium* di tutti i metodi interpretativi è la loro differenza quanto ai risultati. Solo questo spiega il loro numero. Portassero tutti agli stessi risultati interpretativi, tale molteplicità verrebbe subito meno: basterebbe una sola regola. Avevamo osservato questo già nel caso del metodo della derivazione logica della «decisione» dalla legge univoca e completa⁷⁵; esso, nella sua armatura di immutabilità e totalità, ha reso inutile la richiesta di altri metodi.

In realtà però diversi metodi generano diversi risultati – in verità non sempre, ma di regola. La volontà del legislatore spesso non è compatibile con la lettera della norma, ed entrambe sono contraddette dal fine attuale della norma: questo è il quotidiano dei giuristi. Con la scelta di un determinato metodo interpretativo viene pertanto scelto tipicamente anche un determinato risultato e un altro viene rigettato. E chi padroneggia la sua materia può prevedere ciò e agire strategicamente⁷⁶. Dalla differenza di risultati delle regole interpretative segue del resto un'apprezzata strategia argomentativa dei giuristi, che partendo da una semplice sequenza di metodi interpretativi costruiscono le posizioni dei vincitori e dei perdenti: «In verità la volontà del legislatore è univoca; essa però non si è manifestata a sufficienza nella lettera della norma» – questo si può facilmente ribaltare, ogni volta con chiare conseguenze per il risultato e senza dover introdurre un argomento che sostenga la cosa⁷⁷.

Che i metodi differiscano per quanto riguarda i risultati, non è per niente una vergogna, ma, come già detto, un motivo della loro esistenza e della loro fecondità. Il problema che si pone nella nostra questione circa il contributo di

⁷³ Per le varianti di questo criterio e i suoi retroscena ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, cit., p. 26 ss.

⁷⁴ Si veda sul punto *supra*, par. 2.1.

⁷⁵ *Supra*, par. 2, 3.2.

⁷⁶ Con semplicità su questo punto anche A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 1997², p. 179 ss.

⁷⁷ Esempi in BGHSt 16, p. 210 (213 ss.); 42, p. 230 (234).

una metodologia giuridica per il vincolo del giudice alla legge sta altrove⁷⁸: il vincolo alla legge riuscirà in un senso stretto solo se riuscirà il vincolo metodologico. Se però le cose stanno in tal modo, ovverosia il giudice è libero nella scelta della relativa regola interpretativa, così egli nella misura di tale libertà è libero anche nel generare risultati interpretativi. Finchè e nella misura in cui non disponiamo di una metaregola delle regole interpretative che non solo determini contenuto e struttura di tali regole, ma che anche ordini vincolativamente in quale situazione decisoria una certa regola interpretativa debba essere utilizzata, i risultati interpretativi non possono essere resi certi. Senza una tale regola di applicazione il giudice con il metodo sceglie allo stesso tempo il risultato della sua interpretazione.

Non disponiamo di una tale regola di applicazione. Tentativi, per esempio di rendere vincolante una gerarchia dei metodi interpretativi, sono per motivi comprensibili falliti⁷⁹. Vi sono certamente raccomandazioni di ragionevolezza pragmatica come quelle (1) di procedere con attenzione e prudenza con il metodo teleologico oggettivo⁸⁰; (2) di non utilizzare il metodo grammaticale se il campo semantico di un concetto della legge è molto ampio, oppure (3) nell'utilizzo del metodo storico di considerare l'età della legge relativa: leggi più recenti potrebbero esserci più vicine e potrebbero dirci di più.

Queste raccomandazioni però non ci procurano quello che cerchiamo: un metodo giuridico che assicuri in modo affidabile il precetto costituzionale del vincolo del giudice alla legge. Al giudice resta cioè consentito di considerare come lettera morta tali raccomandazioni, qualora di volta in volta possa addurre per ciò dei motivi⁸¹. Qui in verità non agirà alla cieca come generatore di casualità, ma si farà guidare da aspettative di senso e precomprensioni⁸²; egli fonderà i suoi risultati, si offrirà come si deve al controllo, alla critica e alla cassazione⁸³.

⁷⁸ Esposto magistralmente e in modo molto istruttivo da J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1972², p. 124 ss.

⁷⁹ Ricco di riferimenti K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1983⁵, p. 328 ss.; H.J. KOCH-H. RÜHMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, p. 176 ss., 181 ss.

⁸⁰ Cfr. *supra*, par. 3.3.2.2.

⁸¹ Prove in E. SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Berlin, 2005, p. 24 ss., 583 ss.

⁸² Evidenza con forza questo contesto K. ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, Heidelberg, 1998⁴, p. 90 ss.

⁸³ Si sofferma ampiamente sul punto il mio articolo sull'ermeneutica giuridica pubblicato

3.4. *Caos regolato*

Il risultato di un contatto metodologico tra teoria e prassi giuridica è tradizionalmente prostrante. Non che l'apparato giudiziario non riesca bene o male a fare il suo lavoro quotidiano, non che proceda senza coordinate di metodo o produca più anormalità che di solito. Prostrante è piuttosto il giudizio della metodologia giuridica su quello che fa la prassi giuridica. Se si osserva con più precisione, la prassi, in una formulazione leggermente caricata, ha la scelta tra due posizioni: quella dell'idiota che non si accorge di quello che sta facendo, e quella del nemico della Costituzione che, passo dopo passo, amplia i limiti del suo potere a scapito del legislativo e quindi della divisione dei poteri nello stato di diritto.

Abbiamo già visto come esca facilmente dalla penna della metodologia il rimprovero di ostilità nei confronti della Costituzione⁸⁴. Non conosco nessun ambito di contatto tra scienza giuridica e prassi del diritto nel quale oggi si sparino ancora tali cannonate. La diagnosi che giudici di alto grado della Repubblica federale puntino strategicamente e professionalmente a una violazione della Costituzione, che essi minaccino l'esistenza del legislativo e si ergano essi stessi a legislatori è così grave, che – per me – non si spiega con furore metodologico e desiderio di confronto retorico.

Per il partito dell'idiota ci sono prove in abbondanza⁸⁵. La lista delle mostruosità dal punto di vista del metodo che la prassi giudiziaria produce giorno dopo giorno è lunga e variopinta. Il tableau della giurisprudenza è una miniera di diamanti di peccati metodologici, un caos regolato. Alcuni esempi presi casualmente dal diritto penale, che nel confronto tra i campi giuridici

in HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, cit., p. 15 ss.; similmente ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, cit., p. 99 ss.

⁸⁴ Sopra sub I. Ancora un assaggio dalle «conclusioni» di RÜTHERS, *Methodenrealismus*, cit., p. 60: «Le dichiarazioni di fedeltà sulla carta da parte dei tribunali federali dei più alti gradi al presunto metodo “oggettivo” [...] nonché la reale prassi metodologica servono a dare ai risultati di volta in volta desiderati dai collegi giudicanti una fondazione apparentemente scientifica». «Il metodo “oggettivo” viene preferito, perchè esso permette ai tribunali e ai restanti applicatori del diritto deviazioni a piacere dai riconoscibili fini delle regolamentazioni e fini normativi della legislazione, senza rivelare e fondare tali deviazioni». «Questo metodo viola i principi costituzionali della democrazia parlamentare e della divisione dei poteri dello stato di diritto (art. 20 GG). Esso aggira la prerogativa del Parlamento di porre le norme». «La Repubblica federale si trasforma tramite questa prassi metodologica da una democrazia parlamentare in uno stato oligarchico dei giudici».

⁸⁵ Cfr. da ultimo la meritevole tesi di dottorato di ERIC SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, cit., con indicazioni e analisi della giurisprudenza dei tribunali superiori.

non deve per nulla essere considerato un'anomalia⁸⁶.

a) Proprio una decisione che ricorda e applica in modo classico le classiche regole interpretative si macchia di un peccato mortale nel diritto penale, nel momento in cui essa equipara un «autoveicolo» (*Kraftfahrzeug*) a una «carrozza» (*bespanntes Fuhrwerk*), infrangendo con ciò il divieto di analogia dell'art. 103 II GG e del § 1 StGB senza spendere alcuna parola sulla questione; mi posso spiegare questo solo ritenendo che qui fosse all'opera un «collegio giudicante penale balneare» (*Ferienstrafsenat*) nella cui carne e nel cui sangue era entrata la metodologia giuridica, ma non il significato di questa per i limiti costituzionali della punibilità⁸⁷.

b) La comprensione linguistica quotidiana finisce sotto le ruote del linguaggio specializzato dei giuristi e della determinazione di significato teleologica quando l'espressione legislativa «non comparso» viene applicata anche a un accusato che è sì apparso fisicamente davanti al giudice, ma che, nonostante la sua presenza corporea, «a causa di ubriachezza colpevole è assente spiritualmente e con ciò incapace di partecipare alla trattazione»⁸⁸; tale persona, una volta tornata sobria, si sarà meravigliata della cosa.

c) I tribunali, se la cosa fa comodo, non si fanno alcun riguardo a criticare, correggere e aggirare⁸⁹ una lettera della legge a loro vedere incompleta o errata, rifiutandosi di «prendere puramente alla lettera»⁹⁰ una prescrizione oppure rimproverando all'opinione contraria di essere troppo aderente alla pura lettera⁹¹. Ma se fa più comodo in un'altra maniera, allora «risultati che appaiono iniqui» «in casi singoli» non possono «dare adito a un'interpretazione della legge tale da contraddire il volere dichiarato del legislatore»⁹². Povera legge.

d) In modo particolarmente scortese si comportano i tribunali con il legislatore storico. Essi non rinunciano a frenarlo sempre nuovamente con il giudizio secondo cui egli avrebbe sì avuto determinate intenzioni, ma non sarebbe purtroppo riuscito a formularle chiaramente nella sua legge⁹³. Egli non avrebbe soppesato le conseguenze di una rigorosa interpretazione letterale⁹⁴

⁸⁶ Cfr. per esempio ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, cit., §§ 4 II., 10 II., 12 III.

⁸⁷ BGHSt 10, p. 375 s.

⁸⁸ BGHSt 23, p. 331 (334).

⁸⁹ BGHSt 16, p. 282 (294 s.).

⁹⁰ *Ivi*, p. 294.

⁹¹ BGHSt 11, p. 171 (173).

⁹² BGHSt 6, p. 312 (314).

⁹³ BGHSt 6, p. 364 (365 ss.); 41, 47 (52 s.).

⁹⁴ BGHSt 20, p. 170 (176).

oppure da un punto di vista del sistema non avrebbe visto bene che cosa ha disposto nella legge⁹⁵. Appreziate, perché aprono vie di uscita, sono anche speculazioni sulla questione se un legislatore ragionevole avrebbe utilizzato una tale formulazione oppure una diversa⁹⁶. Povero legislatore.

A mio parere non si può accettare tutto questo semplicemente come stato normale del rapporto tra teoria e prassi, che – come per esempio nell’ambito della dogmatica giuridica – è tradizionalmente dominato da tensione e critica. Di questa critica vivono entrambe e tramite essa si sviluppano l’una con l’altra. Che vi siano delle fasi «di gelo», in cui la prassi non prende in considerazione la discussione scientifica e fasi «calde», in cui la scienza non comprende per nulla perché la prassi non voglia vedere la sua verità e la sua giustizia, è parte della relazione e, una volta passata la fase critica, la situazione è per lo più migliore di prima.

Nel caso della metodologia giuridica le cose stanno diversamente. Qui si deve ammettere che entrambi i fronti non si prendono sul serio: la scienza si attende dalla prassi da un punto di vista del metodo solo estemporanee sciocchezze e la osserva più che altro con interesse pedagogico se non satirico. La prassi non considera la metodologia. Essa produce da sola, se necessario, le sue pietre di costruzione metodologiche ad hoc, si richiama al massimo ai precedenti e gira al largo dalla teoria come il diavolo dall’acqua santa.

4. *Motivi e questioni*

Se ciò è più o meno corretto, la questione del rapporto tra metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria è urgente. Non credo che qui, come nel caso della dogmatica giuridica, sia sufficiente una risposta che, minimizzando, rimandi alla normalità di critica e tensione. Le differenze sono più acute, i motivi sono più profondi e hanno bisogno di essere chiariti.

Non posso fornire questo chiarimento⁹⁷, tuttavia vorrei stimolarlo.

⁹⁵ BGHSt 44, p. 62 (67).

⁹⁶ BGHSt 18, p. 242 (245 s.).

⁹⁷ Cfr. sul punto già le riflessioni in MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 264 ss.; con attenzione alla pragmatica giudiziaria adesso anche L. KUHLEN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, 2006.

4.1. Programmi informali

4.1.1. Regole

Da anni mi lamento del fatto⁹⁸ che i risultati di un risalente progetto di ricerca monacense *Argumentationstheoretische Aspekte höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen* (Aspetti di teoria dell'argomentazione di mutamenti della giurisprudenza dei tribunali superiori) non abbia mai visto la luce dell'opinione pubblica. In quel progetto fu fatto valere materiale argomentativo che non poteva concordare con le regole della metodologia giuridica del tempo⁹⁹, ma che però era guidato da regole; la giurisprudenza era ordinata dal punto di vista del metodo, però non nel modo in cui la teoria metodologica pretendeva da essa¹⁰⁰.

Nel frattempo ci sono concezioni che, con prudenza, vogliono scoprire nella prassi giudiziaria «programmi informali», cioè modi di procedere che non sono formalizzati, non sono scritti, e nemmeno vengono trasmessi sistematicamente, ma che seguono un difficile e complesso ordine, un ordine che richiede osservanza professionale da parte di colui che agisce in questo ambito della prassi e prevede sensibili sanzioni nel caso di inosservanza. Questi programmi determinano per esempio come debba procedere un'assunzione di una prova con dei bambini come testimoni, quando più procedimenti vadano riuniti, come dovrebbero comunicare tra di loro avvocati specializzati in diritto penale e diritto societario in determinate fasi di un procedimento, oppure quando sia sensato (per un pubblico ministero o per un difensore) proporre pubblicamente un accordo procedimentale (*Verfahrensabsprache*). Chi non padroneggia questi programmi va incontro a difficoltà; essi regolano la sua prassi e pretendono non solo di ordinare la prassi, ma anche di migliorarla.

Ci sono inoltre progetti di teoria del diritto e di metodologia che, dietro l'apparato di regole della metodologia giuridica, vedono all'opera «routine», «sapere aziendale» oppure «habitus», cioè schemi di comportamento pragmatici di un approccio professionale alle leggi¹⁰¹, schemi che provengono da tutt'altre regioni rispetto a quelle di provenienza, per esempio, dell'asciutto

⁹⁸ Da ultimo in W. HASSEMER, *Rechtstheorie und Rechtspraxis. Eine Erinnerung*, in R.M. KIESOW (Hrsg.), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M. 2005, p. 275 ss., 280 ss., 282, con riferimenti.

⁹⁹ *Supra*, par. 3.3.1.

¹⁰⁰ Anche SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, cit., p. 588 ss., dedica giustamente particolare attenzione ai mutamenti della giurisprudenza.

¹⁰¹ Breve sintesi e riferimenti nella mia esposizione in W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation*, in KAUFMANN-HASSEMER-NEUMANN, *Einführung*, cit., p. 251 ss., 264 ss.

metodo interpretativo teleologico oggettivo, nei quali però si può chiaramente vedere che essi danno quello che la metodologia giuridica spera di ottenere dalle sue regole: essi non sono soltanto responsabili di determinati risultati decisionali, ma sono anche ordinati sistematicamente. Essi sono sistemi di regole.

Tali concezioni non sono formalizzate e tra loro omogenee. Esse sono da ricondurre a modi di pensare del tutto diversi, dalla teoria dell'argomentazione fino alla sociologia del diritto e dei giudici. Esse mischiano osservazioni e regole. Concordano però nell'asserire che la prassi dei giudici (e degli avvocati e dei pubblici ministeri) dal punto di vista metodologico non è assolutamente un mucchio di immondizia, ma un campo di regole ordinato in modo differenziato, regole che si comprendono anche da un punto di vista normativo – in verità secondo un ordine di cui la metodologia giuridica non sa nulla.

4.1.2. *Ipotesi, prognosi, questioni*

Queste riflessioni fanno sorgere domande e stimolano a formulare ipotesi.

Domande: la tradizionale metodologia giuridica è fatta per la pragmatica giudiziaria oppure questa ha le sue proprie regole, e in che relazione sono queste con le regole della metodologia giuridica? La metodologia giuridica, così come noi la pratichiamo, è il mero frutto di un lavoro fatto a tavolino che si può richiamare a una rigorosa riflessione, ma non all'osservazione dell'agire giuridico pratico – e pertanto è sistematicamente nell'impossibilità di cogliere l'agire pratico dell'interpretazione della legge, sebbene la sua ragion d'essere consista proprio nel pensare, cogliere e ordinare l'agire pratico?

La mia ipotesi è attualmente triplice: (1) la ragionevolezza della metodologia¹⁰² è fuori di discussione; (2) la sua complessità però è molto inferiore alla complessità del campo da essa regolato della pragmatica giudiziaria; (3) qualora essa voglia, con le sue regole, avere degli effetti, deve sondare sistematicamente tale campo e mettere a punto le sue regole con riferimento a questo suo oggetto.

E la mia prognosi è: una metodologia giuridica che, come la nostra, non sa e non vuole sapere nulla di pragmatica giudiziaria, alla fine perderà del tutto la sua forza regolativa, iniziando dal rapporto dei giudici con la legge e finendo con la formazione dei giuristi – e questo a ragione, e probabilmente con conseguenze per il precetto costituzionale del vincolo del giudice alla legge.

Una spiegazione sistematica delle regolarità della pragmatica giudiziaria

¹⁰² *Supra*, 3.3.1.

tocca un campo ampio e notevolmente oscuro. Ci vorrà del tempo per scoprire se questo campo ha una struttura normativa e di quale sembianza. Soltanto quando si saprà questo, avrà un senso riflettere su di un miglioramento di tale ordine, per tradurre nella realtà il precetto del vincolo del giudice alla legge, e cioè per tradurlo nelle condizioni di possibilità del comprendere, interpretare e applicare una legge.

Per iniziare però si possono almeno formulare alcune questioni dotate di fondamento.

4.2. Individuazione del diritto e giustificazione

Per ogni riflessione sul luogo, sulla struttura e sul valore di un metodo giuridico mi sembra basilare una distinzione: quella tra individuazione e giustificazione del diritto, tra produzione e rappresentazione di decisioni giudiziarie sotto la legge¹⁰³.

Alla base di questa distinzione sta la considerazione alla luce dell'esperienza che la fase in cui un risultato interpretativo viene ancora cercato può essere soggetta ad altre regole del pensare e del parlare che la fase in cui tale risultato viene messo per iscritto o annunciato¹⁰⁴. Questa esperienza si basa su esami scientifici della realtà dell'agire giudiziario¹⁰⁵, ma anche su stabili tradizioni di pragmatica giudiziaria, come per esempio le diverse retoriche del voto e della decisione¹⁰⁶, di stile del parere e della sentenza¹⁰⁷, di consulenza fattuale e di lettura nei collegi giudicanti. Queste tradizioni fanno prova in ogni caso dell'immagine professionale secondo la quale il rapporto regolato con la legge procede per passi che si possono assennatamente distinguere, passi la cui distinzione è così ragionevole che ha senso esplicitarla tramite la retorica e i setting.

¹⁰³ Sul punto più ampiamente W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990², § 18 I.

¹⁰⁴ K.L. KUNZ-M. MONA, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Bern, 2006, 2/49.

¹⁰⁵ Per esempio R. HASSEMER, *Einige empirische Ergebnisse zum Unterschied zwischen der Herstellung und der Darstellung richterlicher Sanktionsentscheidungen*, in *Die Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 66 (1983), p. 26 ss.

¹⁰⁶ Cfr. i diversi schemi di testi per voti e decisioni in O. TEMPEL-C. THEIMER-A. THEIMER, *Mustertexte zum Zivilprozess*, München, 2003⁵, vol. I e II, nonché per il processo penale H.C. SCHAEFER-J. SCHROERS, *Mustertexte zum Strafprozess*, München, 2003.

¹⁰⁷ Su questa distinzione G. WOLF, *Bemerkungen zum Gutachtenstil*, in *Juristische Schulung*, 36 (1996), p. 30 ss.; C. FAHL, *Bemerkungen zum Urteilsstil*, in *Juristische Schulung*, 36 (1996), p. 280 nonché la guida pratica di P. SATTELMACHER-W. SIRP, *Bericht, Gutachten, Urteil. Eine Einführung in die Gerichtspraxis*, München, 2003.

La distinzione tra la produzione da una parte e la rappresentazione di un risultato decisionale vincolato alla legge dall'altra ha, oltre a ciò, dalla sua differenza fondamentale per una metodologia giuridica tra visibilità e controllabilità. Mentre la produzione di una decisione è nella migliore delle ipotesi accessibile cognitivamente al giudice stesso o alle persone che lo consigliano, alla rappresentazione abbiamo accesso in via di principio tutti; ciò produce possibilità del tutto differenti di verificare la compatibilità di queste due fasi dell'agire del giudice con l'apparato di regole sul metodo. Questa differenza dell'accesso cognitivo viene di nuovo affiancata e assicurata pragmaticamente da istituzioni differenzianti come da una parte il segreto della consulenza e dall'altra parte la pubblicità dell'annuncio di una decisione.

Estremamente importante mi sembra essere la differenza tra produzione e rappresentazione, a dire il vero, nell'ambito della metodologia stessa. Qui si può toccare con mano che le speranze di imposizione delle regole, così come coltivate dalla metodologia giuridica, nella fase della produzione sono pure chimere. Se il giudice si sia lasciato «guidare» dalle relative regole nel trovare la decisione – come viene ordinato dalla metodologia –, si può apprendere al più presto e nel migliore dei casi dalla motivazione della sua decisione.

Certamente non tutto quello che si può immaginare e desiderare può venir fondato. Da ciò segue che la fase di rappresentazione getta le sue ombre regolatrici anche sulla fase della produzione; certamente è fondabile anche la speranza che il giudice nella sua rappresentazione non voglia allontanarsi troppo dal punto di vista del contenuto dalla sua produzione. Altrettanto certo è però che le ombre come la speranza hanno, nella migliore delle ipotesi, margini estremi di devianza. Nel caso normale non vi è nessuna istanza di controllo delle regole – non la più vicina istanza giudiziaria di grado più alto e non di certo la metodologia o la stampa critica – a scrutare che cosa c'è dentro la testa del giudice che progetta, pensa, costruisce e rigetta vie e alternative della sua decisione. Solo la fase di rappresentazione rende visibile quali sentieri dell'apparato di regole metodologiche sono stati percorsi, quali sono stati forse non visti e quali sono stati abbandonati.

Questo significa che la metodologia giuridica non è una dottrina dell'individuazione ma una dottrina della fondazione di decisioni giudiziarie vincolate alla legge. Essa sarebbe una dottrina dell'individuazione del diritto solo sul presupposto che la pragmatica giudiziaria della fase di produzione concordasse con la pragmatica della fase di rappresentazione. Contro di ciò parlano i già ricordati differenti programmi del ritrovare e del fondare nel quotidiano giuridico; contro di ciò parla anche l'esperienza che i nostri pensieri si

sviluppano, si consolidano e si diffondono ora lentamente e sistematicamente, ora d'un tratto e spontaneamente, che i pensieri in ogni caso si aprono più a una vivace *ars inveniendi* che a una fedele obbedienza metodologica. Per questa depone al contrario poco. Per esempio non considererei come franchezza discorsiva ma impoverimento professionale il caso in cui il giudice si ritenesse obbligato a coprire argomentativamente e sistematicamente sempre entrambe le fasi. – Ma questo si lascerebbe spiegare empiricamente, ordinare analiticamente e alla fine valutare normativamente se si sapesse poi in che modo farlo.

4.3. *Situazioni professionali*

Presumo che la pragmatica giudiziaria sia inoltre ordinata da una quantità di concrete condizioni di lavoro del pensare, leggere, comprendere, agire, scrivere e parlare professionale, che per esempio variano a seconda della disciplina giuridica in cui si agisce, che però vengono determinate anche da diversi *settings* dell'individuazione e della fondazione di decisioni, da *settings* che non solo esistono e vigono di fatto, ma che – esattamente come la metodologia giuridica – forse possono avanzare anche la pretesa normativa di assicurare il vincolo del giudice alla legge.

Anche qui le mie ipotesi sono che (1) l'agire dei giudici soggiace a regole complesse, che lo portano in un ordine determinato; (2) questo ordine favorisce il vincolo del giudice alla legge e (3) noi non vediamo ancora questo ordine.

Senza pretese di completezza – per non parlare di esattezza – vorrei porre un poco l'attenzione su due campi dei quali si può sostenere con una certa plausibilità che su di essi crescano bene regole di pragmatica giudiziaria: indicazioni del relativo diritto materiale e formale nonché condizioni di *settings* professionali. Entrambi i campi non possono essere rappresentati tracciando con precisione i loro confini; questo però non nuoce nel nostro contesto, piuttosto promuove le possibilità di fantasia e discernimento. Di queste abbiamo oggi bisogno.

4.3.1. *Situazioni giuridiche*

Io sostengo che una gran parte delle aspettative che la dottrina costituzionale e la teoria del diritto hanno riposto e ripongono sempre ancora nella metodologia giuridica, nel frattempo vengono corrisposte da una dogmatica giuridica differenziata.

La dogmatica giuridica è da un punto di vista strutturale vicina alla metodo-

logia giuridica¹⁰⁸. Essa si colloca, come questa, a un livello mediano tra la legge e il caso e media, come questa, tra il comando della legge e la decisione del caso singolo; essa assicura in tal modo la stabilità e l'uniformità dell'applicazione della legge e della strutturazione di costellazioni di casi; questa si chiama per me funzione di mediazione (*Vermittlungsfunktion*)¹⁰⁹. Diversamente dalla metodologia, la dogmatica giuridica è dipendente dalla situazione giuridica, essa lavora a una semantica di leggi determinata e in mutamento e si sviluppa con queste. La metodologia si intende come indifferente nei confronti dei relativi contenuti della legge¹¹⁰; la dogmatica al contrario vive, muore e si modifica con essi; questa si chiama per me dipendenza dalla situazione giuridica. Nella funzione di mediazione la metodologia e la dogmatica giuridica sono vicine tra di loro, nella dipendenza dalla situazione giuridica sono invece lontane¹¹¹.

Le due cose assieme fanno sì che la dogmatica giuridica sia una potente concorrente della metodologia. La sua funzione di mediazione tra la legge e il caso la rende un apparato di regole che, come la metodologia, contiene indicazioni sulla giusta comprensione della legge e sull'appropriata costituzione del caso. La sua dipendenza dalla situazione giuridica la rende, diversamente dalla metodologia, una fonte di regole concrete, concentrate sulle relative leggi. Se si considerano per esempio le dogmatiche estremamente differenziate e strutturate in modo completamente diverso del principio di eguaglianza¹¹², degli interventi sul diritto al lavoro¹¹³, della revoca di un atto favorevole dell'amministrazione¹¹⁴ o del concetto di patrimonio nel diritto pe-

¹⁰⁸ Sul rapporto tra dogmatica giuridica e teoria del diritto ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, cit., p. 12 ss.

¹⁰⁹ Su punto anche MASTRONARDI, *Juristisches Denken*, cit., p. 249 ss.

¹¹⁰ Non nei confronti della *esistenza* di leggi; cfr. *supra* par. 2.1.

¹¹¹ Similmente HORST DREIER in un testo del 1991 da lui gentilmente messi a disposizione: *Zum Stellenwert der Rechtsdogmatik in der juristischen Methodenlehre*, par. II.3.

¹¹² Esempio: BVerfG 99, p. 367 (388 ss.) e p. 88, 87 (96 ss.) (Transessuali): l'Art. 3 GG of-fre – a seconda della costellazione – protezione differenziata per gradi dal mero divieto di arbitrio fino al rigoroso vincolo a requisiti di proporzionalità.

¹¹³ Sui requisiti materiali per le limitazioni relative – in particolare la cosiddetta dottrina dei «gradi» (*Stufenlehre*) del BVerfG – commento dettagliato in M. SACHS-U. TETTINGER, *Grundgesetz-Kommentar*, München, 2003³, Art.12, Rn. 100 ss. Un panorama conciso è dato da H.D. JARRASS-B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 2004⁷, Rn. 11-18.

¹¹⁴ Esempio D. GÖLDNER, *Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte nach dem neuen Verwaltungsverfahrenrecht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 32 (1979), p. 805 ss.; sulla problematica del termine per la revoca cfr. oltre a ciò SCHOCH, *Die Frist zur Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte nach § 48 Abs.4 S 1 VwVfG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 4 (1985), p. 880 ss.

nale¹¹⁵ si vede – con la consueta imprecisione del diritto – un campo riccamente colmo e chiaramente ordinato di indicazioni per la formulazione e la risposta a domande, fino a sequenze di una regolamentazione professionale dell'attività di verifica. E queste indicazioni non si comprendono solo come ordine, ma come buon ordine. Esse vogliono promuovere, come la metodologia giuridica, non solo la certezza del diritto, ma anche la giustizia.

Praticamente in tutti i campi giuridici le nostre dogmatiche si stanno gonfiando e si stanno differenziando – la qual cosa ha motivi comprensibili¹¹⁶ e può essere anche oggetto di lamentela (per esempio con lo sguardo al sovraccaricato apparato di verifica in sede di esame della formazione giuridica)¹¹⁷. Non si potrà però mettere in discussione che gli apparati di regole dogmatiche non sono in nulla secondi alla metodologia giuridica con riferimento alla vincolatività normativa per la prassi giudiziaria, ma che per concretezza, molteplicità e differenziazione delle regole le sono ampiamente davanti. Le dogmatiche sono di norma ricche e bene ordinate. Gli apparati dogmatici di regole consolidano l'interpretazione della legge, la rendono trasparente e con ciò controllabile e la vincolano alla legge¹¹⁸.

Indicazioni per l'agire giudiziario provenienti da situazioni giuridiche derivano in verità non solo dalle dogmatiche giuridiche; là esse sono solo individuabili con particolare facilità. La pragmatica giudiziaria genera tali indicazioni presumibilmente anche da routine professionali meno chiaramente distinte,

¹¹⁵ Esempio: A. SPICKHOFF, *Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff*, in *Juristen Zeitung*, 57 (2002), p. 970 ss.; recentemente anche S. SWOBODA, *Betrug und Erpressung im Drogenmilieu: Abschied von einem einheitlichen Vermögensbegriff*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 25 (2005), p. 476 ss.

¹¹⁶ Cfr. per esempio U. VOLKMAN, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, in *Juristen Zeitung*, 60 (2005), p. 261 ss.; L. MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*, in *Juristische Schulung*, 41 (2001), p. 148 ss.

¹¹⁷ Sulla dogmatica del *Bereicherungsrecht*, cresciuta enormemente dal 19. secolo, U. WESEL, *Bereicherungsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 47 (1994), p. 2594 ss. (L'autore parla criticamente di un «altamente intelligente rogo della dogmatica»). Critico nei confronti dell'ampliamento del diritto penale per esempio R. HAMM, *Missbrauch des Strafrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 49 (1996), p. 2981 ss. Della «incalcolabilità» dell'apparato per la verifica in sede di esame della formazione giuridica, che, non da ultimo, si basa anche su di una dogmatica in continua crescita, si lamenta K. GÜNTHER, *Philosophie des Staatsexamens*, in *Kritische Justiz*, 2001, n. 1, p. 126.

¹¹⁸ HORST DREIER, *op. cit.*, sub VII: «La più intensa considerazione della dogmatica giuridica nella metodologia giuridica significa un avvicinamento alla prassi – non un consegnarsi a essa».

come per esempio le regole (1) del bilanciamento, (2) dei giudizi prognostici, (3) delle decisioni in mancanza di sapere e informazione (*Entscheiden unter Nichtwissen*), (4) della limitazione di ambiti di valutazione e di organizzazione, (5) della determinazione di competenze come regole di produzione del diritto.

Indipendentemente da ciò, non è astrusa l'ipotesi di pragmatiche che variano con il variare della situazione giuridica¹¹⁹. Per esempio potrebbe essere che le pretese nei confronti dell'individuazione del diritto, come nei confronti della giustificazione dello stesso, varino con la probabilità di poter correggere le conseguenze di un giudizio fallace – dall'applicazione della pena di morte passando per la *Sicherungsverwahrung* [misura di sicurezza privativa della libertà personale tendenzialmente a tempo indeterminato: N.d.T.] o la distribuzione della cura delle persone fino all'espulsione di un richiedente asilo: per situazioni in cui questa correzione è esclusa o resa difficile si potrebbero forse trovare delle regole di preferenza. La tendenza a colmare le lacune¹²⁰ o all'applicazione della legge per analogia potrebbe avere tra giuristi di formazione penalistica dei connotati diversi che altrove¹²¹. Anche le comprensioni di volta in volta diverse della «verità»¹²² cercata nei diversi ordinamenti processuali potrebbero regolarmente portare a diverse richieste pragmatiche alla relativa ricerca della verità – più generosamente nel processo civile, con scrupolo nel processo penale: in ogni caso diversamente. E infine è fondata l'aspettativa che la pragmatica del metodo dell'interpretazione della legge in situazioni giuridiche che, come per esempio il diritto del lavoro, vivono formalmente di diritto giudiziario, abbia delle sembianze del tutto diverse rispetto a là dove, come per esempio è il caso del diritto penale, il diritto giudiziario viene piuttosto maneggiato con estrema cautela, e fondamentalmente è autorizzato solo là dove è a favore dell'imputato.

Come si vede, si tratta di un campo ampio, tuttora scuro con dei solchi non chiari.

¹¹⁹ Riferimenti anche in PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, cit., n. 370 ss.

¹²⁰ Istruttivo ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 175 ss.

¹²¹ Cfr. *supra*, par. 3.4. con riferimento a BGHSt 10, p. 375.

¹²² Cfr. per esempio per il processo penale J. KRETSCHMER, *Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?*, in *Juristische Rundschau*, 54 (2000), p. 10 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Der deutsche Strafprozess im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit*, in *Strafverteidiger*, 18 (1998), p. 391 ss.; per il processo civile D. OLZEN, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 98 (1995), p. 403 ss.; W. BERHARDT, *Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozess*, in *Juristen Zeitung*, 18 (1963), p. 245 ss.; per il processo davanti al Tribunale amministrativo con riferimento ai doveri di collaborazione e di asserire la verità dei partecipanti: H.A. WOLFF, *Die Pflicht der Beteiligten im Verwaltungsprozess zur Wahrheit und zur Vollständigkeit*, in *Bayerische Verwaltungsblätter*, 128 (1997), p. 585 ss.

4.3.2. *Settings*

Meno facilmente visibili a occhio nudo delle situazioni giuridiche sono le condizioni dell'agire dei giudici. Queste appaiono come delle situazioni esterne che però informano di sé questo agire e presumibilmente conducono al sorgere di regole che ordinano la pragmatica giudiziaria e la rendono più trasparente e meglio controllabile. Tali regole debbono a dire il vero venir maneggiate con particolare cura, se ci si pone, come noi¹²³, la questione delle condizioni di possibilità del vincolo alla legge. Diversamente dalle situazioni giuridiche¹²⁴, i *settings* non sono già di per sé collegati alle leggi, alle quali lo stato di diritto della codificazione ordina un vincolo. Mentre le dogmatiche giuridiche formalmente sono pensate per preparare la legge alla sua applicazione al caso, quindi per realizzare sul piano dell'apparato giudiziario il principio della divisione dei poteri, i *settings* sono in primo luogo più lontani dalla legge; essi possono, ma non debbono, favorire, tramite l'ordine che portano, allo stesso tempo il vincolo dell'apparato giudiziario alla legge. Essi vanno esaminati criticamente, non appena si sappia quali *settings* siano in gioco e quali funzioni ordinatorie essi di volta in volta svolgano.

Io sono convinto – con la necessaria provvisorietà propria delle impressioni – che la pragmatica giudiziaria, oltre che in forza di situazioni giuridiche, sia vincolata e ordinata anche tramite condizioni lavorative professionali, che alla fine codeterminano le condizioni di possibilità di un vincolo del giudice alla legge.

Tali *settings* differenti si potrebbero per esempio trovare (1) nelle diverse condizioni di lavoro di giudici monocratici e collegi, che influenzano non solo le fasi della produzione e rappresentazione di risultati di decisioni¹²⁵, ma anche le retoriche e l'ampiezza degli argomenti fondanti; (2) nella distinzione tra questioni di fatto e di diritto, che prescrive al giudice del fatto un approccio diverso e anche diverse routine rispetto a quelle del giudice di revisione; (3) nei carichi di lavoro, che rendono diversamente possibile una profondità e precisione di sguardo, trattazione e motivazione; (4) nei gradi di dicibilità dei motivi della decisione, che – su di una scala per esempio dalla determinazione della pena o dalla valutazione della prestazione nel diritto scolastico o nel diritto dei funzionari pubblici (*Beamtenrecht*) da una parte, e dalla misurazione della capacità di prestare dal punto di vista del diritto tributario o del supera-

¹²³ Vedi *supra*, par. 1.2.1.

¹²⁴ *Supra*, par. 4.3.1.

¹²⁵ Cfr. *supra*, par. 4.2.

mento dei limiti di velocità dall'altra parte – permettono una diversa «vicinanza alla cosa» e «onestà» di motivazione; (5) nella possibilità di comunicare i risultati di votazioni oppure di controbilanciare la decisione della maggioranza con un'opinione dissenziente, il che tipicamente potrebbe avere conseguenze per la disponibilità a farsi carico di un risultato preso a maggioranza; (6) nelle molteplici decisioni prognostiche cui è tenuto il diritto come per esempio nella moderna determinazione della pena, orientata verso la prevenzione¹²⁶, oppure in ambiti del diritto amministrativo o costituzionale, dove ci si può attendere che si formino specifici schemi di accertamento e motivazione, che sono modulati sulle particolari difficoltà di tali decisioni.

Questo è un campo coltivato a metà (*Kraut und Rüben*), e non di più. Ma, in quanto tale, è adatto alla situazione che deve essere descritta: si è sicuri che lì stia crescendo qualcosa che potrebbe essere commestibile; questo appare però altamente diverso e disordinato. Una cosa è per me certa: chi sostiene che una tale regolarità della pragmatica giudiziaria non abbia nulla a che vedere con il vincolo del giudice alla legge, può farlo seguendo un sogno che è finito da tempo: il sogno della rigosità delle regole e della deduzione¹²⁷. Tutti gli altri, che sono interessati al reale rapporto tra metodologia giuridica e divisione dei poteri dello stato di diritto, dovrebbero cercare di scoprire che cosa sia realmente la pragmatica giudiziaria.

5. Conclusione

La metodologia giuridica è considerata un ponte per assicurare il vincolo del giudice alla legge e con ciò garantire la divisione dei poteri nello stato di diritto. Questo ponte non regge sul serio. Le regole della metodologia sono sì ragionevoli e cogenti in sistemi codificati; esse però non sono adeguate alla complessità dell'agire del giudice. La pragmatica giudiziaria segue un sistema di regole che intendono favorire un vincolo del giudice alla legge, regole che costruiscono un ordine e sono sanzionate. Queste regole sono attualmente visibili solo in modo non chiaro; esse dovrebbero venir investigate sistematicamente. In tal modo potremo sapere che cosa sia una metodologia giuridica vicina alle cose e che cosa essa offra.

¹²⁶ Per esempio § 46 I 2 StGB: «Vanno considerati gli effetti che a seguito della pena sono da attendere per la vita futura del reo nella società».

¹²⁷ Cfr. *supra*, par. 2 e 3.