

# L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea

*a cura di*

Gaetano Carlizzi e Vincenzo Omaggio

***vai alla scheda del libro su [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)***



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2016

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884674660-3

## INDICE

<i>Prefazione di Baldassare Pastore</i>	7
<i>Avvertenze dei curatori ed elenco delle fonti</i>	11
<i>Presentazione dei curatori</i>	15

### Parte Prima

#### LA DIALETTICA TRA ELEMENTO NORMATIVO ED ELEMENTO FATTUALE. FONDAMENTI (a cura di G. Carlizzi)

Introduzione	23
<i>Idea e materia del diritto. Uno schizzo</i> Gustav Radbruch	31
<i>Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico</i> Karl Engisch	39
<i>Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto</i> Arthur Kaufmann	53
<i>Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie</i> Winfried Hassemer	65

### Parte Seconda

#### PRECOMPRESIONE DELLA NORMA E COSTRUZIONE DEL FATTO (a cura di V. Omaggio)

Introduzione	77
<i>Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto</i> Martin Kriele	83
<i>Comprensione e interpretazione</i> Joachim Hruschka	93
<i>Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica</i> Friedrich Müller	99

<i>Le condizioni dell'applicazione del diritto</i>	
Josef Esser	111
<i>La giurisprudenza come scienza comprendente</i>	
Karl Larenz	117
<i>La costituzione del caso giuridico</i>	
Joachim Hruschka	125
<i>La costruzione e la valutazione giuridica del fatto</i>	
Karl Larenz	137

Parte Terza

TIPO NORMATIVO E ANALOGIA NEL DIRITTO

(a cura di G. Carlizzi)

Introduzione	151
<i>Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico</i>	
Gustav Radbruch	159
<i>La concretizzazione come riferimento al "tipo" nel diritto e nella scienza giuridica</i>	
Karl Engisch	169
<i>Forme e modi di comprensione del tipo nel diritto</i>	
Karl Larenz	181
<i>L'analogia giuridica tra similitudine, assimilazione e tipo ontologico</i>	
Arthur Kaufmann	195
<i>Tipo normativo e divieto di analogia penale</i>	
Winfried Hassemer	207

Parte Quarta

CORRETTEZZA DEL GIUDIZIO E RAGION PRATICA

(a cura di V. Omaggio)

Introduzione	221
<i>La riabilitazione della ragione pratica</i>	
Martin Kriele	227
<i>Il controllo razionale dell'interpretazione</i>	
Josef Esser	239
<i>Ragione e forma nel diritto</i>	
Arthur Kaufmann	247
<i>La metodologia e la prassi applicativa</i>	
Winfried Hassemer	259

## PREFAZIONE

di Baldassare Pastore

Nel panorama delle teorie del diritto contemporanee l'ermeneutica giuridica ha offerto un contributo considerevole al fine di dar conto del procedimento attraverso il quale si giunge alla decisione giudiziaria "giusta". Ha posto attenzione sulla necessità di disciplinare razionalmente l'ineliminabile intervento creativo e innovativo dell'interprete. Ha cercato, inoltre, di mostrare le implicazioni sottese alle specifiche caratteristiche del momento interpretativo, valorizzandone la rilevanza e fornendo, in tal modo, un apporto di non poco conto per una adeguata definizione del diritto.

Il problema dell'interpretazione, invero, da alcuni decenni, nell'ambito del pensiero giuridico europeo, si è imposto in maniera incisiva. Un ruolo importante, al riguardo, ha avuto proprio la composita corrente ermeneutica, che, nel quadro di un orientamento antiformalistico e critico dei confronti del logicismo giuridico, ha preso in esame il fenomeno innegabile dell'estensione della sfera decisionale del giudice e dell'ampliarsi dei suoi poteri discrezionali, mettendo in evidenza, nel contempo, il tema del trattamento corretto dei testi di legge.

L'antologia che qui si presenta raccoglie alcuni importanti scritti degli autori più rappresentativi di tale corrente, affermatasi in Germania tra la prima e la seconda metà del '900, e che i curatori del volume, Gaetano Carlizzi e Vincenzo Omaggio, chiamano "Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea".

Questa corrente, come opportunamente sottolineano gli stessi curatori, non si configura come una "scuola", ma come un "movimento", i cui esponenti hanno condiviso, insieme ad un'idea fondamentale, una serie di tesi e di categorie teoriche organizzate attorno ad essa. Si tratta dell'idea secondo la quale, nel campo dell'esperienza giuridica, la correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale assume una piena consistenza. La dialettica tra questi due elementi, con la loro determinazione reciproca e progressiva, rende possibile il superamento dell'originaria differenza tra *Sein* e *Sollen*. Solo quando *essere* e *dover essere* entrano in corrispondenza, allora può avvenire la concretizzazione del diritto.

A partire da questa idea, la raccolta, costituita da saggi pubblicati su riviste e da brani tratti da opere monografiche, attraverso un percorso coerente, offre una utile puntualizzazione delle tesi e delle categorie proprie dell'approccio ermeneutico, quali la precomprensione della norma e la costruzione del fatto, la conformazione tipologica delle fattispecie normative e il funzionamento

analogico della loro applicazione, la correttezza del giudizio e l'operare della ragion pratica.

Dalla selezione degli scritti compiuta da Carlizzi e Omaggio, emerge, in maniera convincente, una ricostruzione della formazione, nonché dell'identità, dell'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea ruotante intorno a due principali nuclei ispiratori.

Il primo nucleo ha in Gustav Radbruch il proprio punto di riferimento. A questo autore, infatti, si deve la prima tematizzazione del rapporto dialettico tra elemento normativo ed elemento fattuale nella sfera del diritto. Al pensiero di Radbruch si richiamano Karl Engisch, Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer. Peraltro, all'immagine engischiana dell'"andirivieni dello sguardo" tra premessa normativa ed episodio di vita si riallacciano, a loro volta, Karl Larenz, Joachim Hruschka, Martin Kriele, e gli stessi Kaufmann e Hassemer. Così come in Larenz, in Kaufmann, in Hassemer, nonché in Engisch, vi è un approfondimento della figura del "tipo" (già analizzato da Radbruch) che permette di riconsiderare la nozione di "fattispecie normativa", vista nella sua essenziale apertura alla realtà. Kaufmann e Hassemer, inoltre, a partire dal riferimento al "tipo", e riconoscendo che l'applicazione normativa opera in maniera analogica, riflettono, pur con diversità di accenti, sul divieto di analogia *in malam partem* nel campo del diritto penale.

Il secondo nucleo ispiratore rinvia alla originale recezione e alla rielaborazione, a partire dalla metà degli anni '60 del secolo scorso, delle idee dell'ermeneutica filosofica gadameriana. Josef Esser, Martin Kriele, Friedrich Müller, nonché Hruschka, Hassemer e lo stesso Kaufmann, seguono le suggestioni ermeneutiche, e le fanno proprie, entro differenti itinerari teorici riguardanti i settori giuridici di provenienza e di interesse. Dalla terminologia e dalla riflessione dell'ermeneutica filosofica sono mutuati vocaboli e concetti-base utilizzati per elaborare una teoria del diritto rivolta alla prassi e capace di aderire agli effettivi processi di positivizzazione.

La "cassetta degli attrezzi" dell'ermeneutica giuridica si riempie di alcuni ulteriori elementi fondamentali. Essi riguardano la consapevolezza delle tensioni dialettiche tra alterità e appropriazione e della mediazione tra passato e presente operanti nell'interpretazione; il riconoscimento dell'intreccio dinamico tra interpretazione e applicazione e della dimensione applicativa insita nel nesso tra universale e particolare; la relazione tra interprete e testo in quanto dato linguisticamente trasmesso; il circolo ermeneutico in cui è inserito il soggetto interpretante e che è determinato dal movimento anticipante della precomprensione, imprimendo al processo interpretativo la struttura dialogica della domanda e della risposta.

L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea, forte di un siffatto strumentario teorico, si concentra sul problema del contributo costruttivo che l'in-

terprete apporta alla formazione, al completamento, al perfezionamento del diritto, insieme a quello relativo alle condizioni di possibilità della pratica interpretativa. Le tesi elaborate mettono in discussione il modello secondo cui l'interpretazione delle disposizioni normative è riconducibile al ragionamento deduttivo di stampo sillogistico. Assume invece rilievo il momento valutativo presente nella pratica interpretativa, che si lega alla questione del peso dei giudizi di valore nell'attività giudiziale, e guadagna terreno la presa d'atto della funzione euristica che il testo legislativo ha per la ricerca della regola di decisione. I testi non parlano da sé. L'applicazione giuridica non può essere la riproduzione meccanica di un significato già fissato in modo compiuto una volta per tutte. Viene scardinata, pertanto, l'idea che la positività del diritto si identifichi, in maniera pura e semplice, con l'insieme dei materiali normativi. Il diritto positivo *si fa* nelle interpretazioni che consentono ai testi di rivivere nelle varie e sempre nuove situazioni concrete, entro vincoli contestuali di natura linguistica, istituzionale, ordinamentale. Netta è la critica al positivismo giuridico tradizionale e alla concezione oggettivistica del diritto che lo contraddistingue.

Va segnalato, a questo proposito, che il consolidarsi dell'ermeneutica giuridica avviene a partire dalla constatazione non solo della crisi in cui versa il positivismo giuridico ma anche del definitivo logoramento teorico e del progressivo superamento di quella coppia di "fratelli nemici" (per riprendere l'espressione di Bobbio) che aveva dominato il dibattito nei primi anni del secondo dopoguerra: l'antitesi tra giusnaturalismo e giuspositivismo. Di fronte ai limiti e, in molti casi, alla scarsa utilità di tale contrapposizione, l'ermeneutica giuridica di area tedesca tenta un percorso di comprensione del diritto alternativo a entrambe tali correnti. È da evidenziare, altresì, che l'ermeneutica giuridica si iscrive nella prospettiva della "riabilitazione della filosofia pratica", sviluppata sempre in Germania negli anni '60 del secolo scorso anche sulla scorta di *Wahrheit und Methode* di Gadamer. Il diritto, con la sua strutturale dimensione interpretativa viene ricollocato nei concreti contesti dell'esperienza sociale. Ciò produce una riconcettualizzazione della stessa conoscenza giuridica, chiamata a misurarsi con i problemi della comprensione del senso delle imprese comuni legate all'ambito dell'azione umana, della scelta, della deliberazione, nonché alla peculiarità pratico-orientativa del sapere che a tutto ciò si riferisce. La teoria del diritto, così, è inserita negli orizzonti della ragion pratica.

L'antologia qui presentata colma una lacuna e consente di cogliere precisamente l'articolazione di un orientamento importante nella filosofia del diritto del '900, il cui contributo continua ad essere significativo e, grazie alle analisi e alle riflessioni proposte anche negli ultimi anni, aperto a fecondi sviluppi. Da questo punto di vista, l'intento di Carlizzi e Omaggio è volto non solo alla "ricostruzione genealogica", attraverso la riproposizione di una serie di testi che è bene leggere attentamente per avere contezza di una prospettiva per molti

versi non adeguatamente conosciuta, ma, soprattutto, alla difesa di un'eredità da mantenere e far fruttare. Il compito è difficile. La sfida comunque va colta.

Volgendosi agli aspetti e ai modi attuali della giuridicità, caratterizzata da una complessità che ne modifica le tradizionali coordinate, l'ermeneutica giuridica non può limitarsi semplicemente a descrivere l'operato degli interpreti, la cui centralità, nel diritto, è indiscutibile (come lo è sempre stata, nonostante le ricorrenti pretese legicentriche). Diventa essenziale, piuttosto, comprendere i requisiti e le forme dell'attività interpretativa, nonché i percorsi argomentativi che conducono alle decisioni, al fine di controllarle. In questa direzione, si tratta di prendere in considerazione la razionalità interna alla pratica giuridica, guardando all'interpretazione-applicazione come il luogo della realizzazione del senso del diritto.



## AVVERTENZE DEI CURATORI ED ELENCO DELLE FONTI

I saggi presentati in questa sede nascono come articoli di rivista o derivano dalla selezione di brani tratti da lavori monografici. In questo secondo caso, i relativi titoli sono stati concepiti dai curatori. In ogni caso, là dove se ne è ravvisata l'opportunità, i saggi sono stati suddivisi in paragrafi, i cui titoli pure sono stati stabiliti dai curatori. Le rispettive fonti sono indicate di seguito. Alcune traduzioni sono già apparse altrove, talora ad opera di uno dei due curatori. Per esigenze di chiarezza, tutte le traduzioni già apparse sono state sottoposte a lievi rettifiche.

L'idea di questa Antologia e la sua esecuzione sono state discusse e condivise dai curatori sotto ogni profilo. Tuttavia le Parti Prima e Terza sono state curate da Gaetano Carlizzi, mentre le Parti Seconda e Quarta da Vincenzo Omaggio.

I curatori sono sentitamente grati alle Case editrici che hanno pubblicato gli originali o le traduzioni italiane dei brani qui raccolti per averne autorizzato la riedizione, in particolare: Editoriale Scientifica, Edizioni Scientifiche Italiane, Carl Heymanns (Wolters Kluwer), Giuffré, il Mulino e Vivarium (La Scuola di Pitagora).

Un ringraziamento particolare va formulato ai cari amici Vito Velluzzi, che ha sollecitato la pubblicazione dell'antologia, e Aldo Schiavello, che, unitamente a Vito, ha voluto accoglierla in questa prestigiosa e meritoria Collana.

### *Parte Prima*

- G. Radbruch, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo* è la traduzione di *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze*, in "Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie" 17, 1923/24, pp. 343-350. Trad. di G. Carlizzi.
- K. Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione nella struttura logica del giudizio giuridico*, è la traduzione di brani scelti dalle pp. 3-22 e 82-113 di *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. erg. Aufl., Carl Winter, Heidelberg, 1963 (1945). Trad. di G. Carlizzi.
- A. Kaufmann, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto* raccoglie brani scelti dai cap. 2, 3 e 5 di *Analogia e "natura della cosa"*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, ed. it. a cura di G. Carlizzi, Vivarium, Napoli,

2003, di *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. verb. u. d. e. Nachw. erg. Aufl., Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1982 (1965).

- W. Hassemer, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie* raccoglie brani scelti dalle pp. 170-177 e 188-191 di *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ed. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, ESI, 2007, di *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968.

## Parte Seconda

- M. Kriele, *Episodi di vita, ipotesi normative e norme giuridiche nell'ambito della produzione del diritto* è la traduzione di brani scelti dalle pp. 195-205 di *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2. d. e. Nachw. erg. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1976 (1967). Trad. di V. Omaggio.
- J. Hruschka, *Comprensione e interpretazione* raccoglie brani scelti dalle pp. 45-47 e 87-88 di *La comprensione dei testi giuridici*, ed. it. a cura di R. De Giorgi, Napoli, ESI, 1983, di *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, München, C.H. Beck, 1972.
- F. Müller, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica* è la traduzione di brani scelti dalle pp. 47-51, 54, 55-60 e 65-67 di *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966. Trad. di V. Omaggio.
- J. Esser, *Le condizioni dell'applicazione del diritto* raccoglie brani scelti dalle pp. 132-137 di *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, tr. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, ESI, 1983, di *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. durchg. u. erg. Aufl., Frankfurt a.M., Fischer, 1972 (1970).
- K. Larenz, *La giurisprudenza come scienza comprendente* è la traduzione di brani scelti dalle pp. 204-211 di *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. neu bearb. Aufl., Berlin, Springer, 1991 (1960). Trad. di V. Omaggio.
- J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico* raccoglie brani scelti dalle pp. 25-31, 41-48 e 90-93 di *La costituzione del caso giuridico. Studi sul rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, tr. it. di G. Carlizzi, il

Mulino, Bologna, 2009, di *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965.

K. Larenz, *La costruzione e la valutazione giuridica del fatto* è la traduzione di brani scelti dalle pp. 278-283, 304-311 di *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. Trad. di V. Omaggio.

### Parte Terza

G. Radbruch, *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico* è la traduzione di *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in "Revue internationale de la théorie du droit – Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts" 12, 1938, pp. 46-54. Trad. di G. Carlizzi.

K. Engisch, *La concretizzazione come riferimento al "tipo" nel diritto e nella scienza giuridica* è la traduzione di brani scelti dal cap. 8 di *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. erg. Aufl., Carl Winter, Heidelberg, 1968 (1953). Trad. di G. Carlizzi.

K. Larenz, *Forme e modi di comprensione del tipo nel diritto* è la traduzione di brani tratti dalle pp. 457-469 di *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit. Trad. di G. Carlizzi.

A. Kaufmann, *L'analogia giuridica tra similitudine, assimilazione e tipo ontologico* raccoglie brani tratti dai cap. 1, 4 e 6 di *Analogia e "natura della cosa"*, cit.

W. Hassemer, *Tipo normativo e divieto di analogia penale* raccoglie brani tratti dalle pp. 178-187 di *Fattispecie e tipo*, cit.

### Parte Quarta

M. Kriele, *La riabilitazione della ragione pratica* raccoglie brani scelti dalle pp. 9-15, 49-52, 85-88 e 106-113 di *Diritto e ragione pratica*, tr. it. a cura di V. Omaggio e P. Paumgardhen, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, di *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979.

J. Esser, *Il controllo razionale dell'interpretazione* raccoglie brani scelti dalle pp. 150-152 e 153-156 di *Precomprensione e scelta del metodo*, cit.

A. Kaufmann, *Ragione e forma nel diritto* raccoglie brani scelti dalle pp. 145-151 di *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, nonché dalle pp. 268-271, 274-277, 282-284, 304-308, 309 di *La filosofia del diritto oltre la modernità – Nachwort 1992*, entrambi contenuti in

*Filosofia del diritto ed ermeneutica*, ed. it. a cura di G. Marino, Milano, Giuffrè, 2003, di *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik* (1975), in Id., *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, e, rispettivamente, di *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, Decker und Müller, 1990.

W. Hassemer, *La metodologia e la prassi applicativa* raccoglie brani scelti dalle pp. 86-93 di *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, tr. it. di D. Siciliano, in "Criminalia. Annuario di scienze penalistiche", 2007, pp. 73-106, di *Theorie und Praxis des innerjuristischen Diskurses*, Conferenza tenuta all'*Interdisziplinäres Forum Franken*, presso l'Università di Erlangen/Norimberga l'8 giugno 2006.

## PRESENTAZIONE DEI CURATORI

Con la presenta antologia vorremmo perseguire un duplice scopo. In primo luogo, promuovere la riscoperta e la rivalutazione di un complesso di autori e di tesi teoriche, che proponiamo di chiamare “Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea” (EGTC), data la sua sicura affermazione in Germania, a cavallo tra prima e seconda metà del secolo scorso. Complesso, questo, di solito non annoverato tra le principali correnti del pensiero giuridico del '900 nei manuali giusfilosofici più accreditati, sebbene abbia riscosso adesioni anche in altri Paesi, a cominciare dal nostro. In Italia, l'EGTC, da un lato, ha ispirato a partire dagli anni '70, e ispira tuttora, la riflessione di importanti filosofi del diritto; dall'altro, ha riscosso a partire dagli anni '90, e riscuote ancora, un interesse crescente tra i penalisti più autorevoli. Questa diffusa attenzione può contribuire a giustificare il nostro intento di invitare alla rilettura di un capitolo della filosofia del diritto novecentesca, costruito intorno a un nucleo di autori che hanno avuto il grande merito di tenere vivo il rapporto tra riflessione filosofica e pratica del diritto.

Proprio su questo terreno potrebbe realizzarsi il secondo scopo di questa rassegna. Se ben definito nei suoi connotati teorici, anziché confuso – come spesso accade – con un generico richiamo alla centralità dell'interpretazione giudiziale nel diritto contemporaneo, il modello dell'EGTC può continuare a svolgere un ruolo significativo nella cultura giuridica. Il suo contributo potrebbe concretizzarsi su diversi piani: quello della filosofia del diritto, mostrando aspetti essenziali della realtà giuridica lasciati in ombra da altri movimenti di pensiero (fatti concreti e sensi di cui sono originariamente portatori); quello della teoria giuridica, facendo emergere la “sostanza” delle operazioni su cui poggia l'applicazione normativa (es.: problematici rapporti tra prova e sussunzione); quello della scienza del diritto, spingendo a riconfigurare le categorie di cui si servono i giuristi, in modo da corrispondere alla realtà su cui esse voglio fare presa (es.: concorso apparente di norme penali; distinzione tra giudizio di merito e sindacato di legittimità); quello della prassi giuridica, ammonendo ogni operatore del diritto, in particolare il giudice, ad assumere un atteggiamento autocritico adeguato alla complessità dei suoi compiti.

Ciò premesso, occorre sottolineare che l'EGTC non è esattamente una scuola, in quanto non trae origine da un fondatore riconosciuto e da epigoni che si

identificano come tali. L'EGTC può essere però considerata un movimento, in quanto i suoi esponenti condividono un'idea fondamentale e un insieme di tesi e categorie originali organizzate attorno ad essa, che qui abbiamo tentato di individuare e che sono servite ad articolare le quattro sezioni dell'antologia. L'idea è quella secondo cui l'esperienza giuridica si fonda sulla dialettica tra elemento normativo ed elemento fattuale. Ad essa corrispondono le tesi: della precomprensione della norma e della costruzione del fatto quali poli di questa dialettica; della conformazione tipologica delle fattispecie normative e del funzionamento analogico della loro applicazione; della decisione giuridica come agire pratico che sollecita richieste di correttezza, e dunque direttive adatte a tal fine. Questi nuclei tematici hanno impegnato a diverso titolo e in varia misura gli autori più rappresentativi del movimento.

Un'indagine *a posteriori*, attenta ai diversi profili e al complesso (invero considerevole) delle opere di questi autori, consente di ricostruire la formazione dell'EGTC intorno a due ispirazioni principali. In primo luogo, un'ispirazione tutta interna al pensiero giuridico. Così, se Radbruch ha avuto il merito di far emergere l'idea fondamentale della dialettica tra elemento normativo ed elemento fattuale, e di abbozzare alcune tesi ad essa correlative, dopo di lui altri filosofi e teorici del diritto hanno condiviso queste intuizioni, traducendole in precise categorie teoriche. A tale riguardo, va segnalato innanzitutto il nome di Engisch, il quale, approfondendo la dinamica dell'"andirivieni dello sguardo" (Parte I) e la fecondità teorica della figura del "tipo" (Parte III), ha enucleato due categorie decisive della grammatica ermeneutico-giuridica. Non a caso, se, in alcune delle loro opere, diversi esponenti dell'EGTC si richiamano a Radbruch (soprattutto Kaufmann e il suo allievo Hassemer, ma prima ancora lo stesso Engisch), quasi tutti si richiamano alla figura engischiana dell'andirivieni (Larenz, Hruschka, Kriele, Kaufmann, Hassemer). E molti di essi individuano nel tipo la figura capace di chiarire la differenza tra la concezione ermeneutica e quella tradizionale della fattispecie normativa (es.: Engisch, Larenz, Kaufmann, Hassemer).

Agli sviluppi dell'idea di Radbruch si aggiunge a partire dagli anni '60 una rielaborazione in termini giuridici della lezione gadameriana sull'ermeneutica filosofica, prevalentemente ad opera di Esser, Kriele e Müller. Nozioni come quella della "precomprensione", del "circolo ermeneutico", dell'"interrogazione del testo" (Parte II) e della "ragion pratica" (Parte IV), che soprattutto Esser, Kriele e Müller hanno rielaborato a fini teorico-giuridici, hanno, infatti, una chiara ispirazione gadameriana. In verità, anche l'ultimo Kaufmann riconosce il ruolo di Gadamer, suo "maestro in filosofia", pur avendo egli in larga parte costruito il proprio percorso intellettuale indipendentemente dalle tesi gadameriane. Il principio fondamentale dell'ermeneutica filosofica, secondo cui la comprensione è sempre necessariamente applicazione, porterà i suoi frutti maturi sul ter-

reno della qualificazione giuridica, dove la precomprensione normativa entra in un rapporto circolare con la determinazione del fatto in quanto enunciato.

In definitiva, né la linea radbruchiano-engischiana, né quella gadameriana possono rivendicare un'autentica filiazione, ma risultano entrambe ispirazioni determinanti per l'identità dell'EGTC. D'altro canto, i protagonisti dello sviluppo delle due linee sono anche e soprattutto i loro continuatori. Sotto quest'ultimo profilo, ad esempio, la "costruzione del fatto" (Parte II), che Radbruch non aveva messo a fuoco, e che era stata "semplicemente" intuita da Engisch, riceve piena attenzione solo nei lavori di Hruschka, Larenz e Hassemer. Analogamente, mentre Radbruch concepisce la relativa indeterminatezza semantica delle disposizioni normative ancora alla maniera tradizionale, come caratteristica patologica (ambiguità, lacunosità, contraddittorietà), è solo nella fase matura dell'EGTC (soprattutto con Hassemer) che essa verrà intesa quale virtù che consente ai testi giuridici di svolgere il loro tipico ruolo (apertura di senso alla realtà). Queste assunzioni successive ci hanno consentito di leggere in una chiave più significativa, e in un certo senso premonitrice, le idee di Radbruch e di Engisch, e nel contempo ne ripropongono oggi una visione più profonda e attuale, nello spirito della più autentica "storia degli effetti".

Quanto a Gadamer, le sue preziose direttive filosofiche, che trovano nel dialogo con Heidegger la loro cifra più autentica, risulterebbero di per sé insufficienti non solo a fondare una teoria del diritto all'altezza dei suoi compiti, ma anche a chiarire tutta la complessità dell'attività decisoria giuridica. Nonostante Gadamer abbia chiarito al meglio la natura trascendentale (anziché soggettivistica) della precomprensione, nonché la struttura costitutiva del circolo ermeneutico, la portata antimetodica e la potenziale inefficacia operativa delle sue scoperte non appaiono in grado di scongiurarne la progressiva caduta in oblio, o tutt'al più – come mostra la recente letteratura giuridica – la loro conservazione nella forma spuria di "congetture sulla psicologia dell'interprete".

Come accennato all'inizio, forse più rilevante della pur doverosa ricostruzione genealogica, appare una difesa dell'eredità dell'EGTC, che rischia di andare smarrita nel clima "familiare" – e forse per questo più ambiguo – che pare avvolgerla oggi in un abbraccio fatale. Insomma, va contrastata, a nostro giudizio, l'idea che l'attuale punto di approdo del pensiero ermeneutico-giuridico possa coincidere *sic et simpliciter* col (legittimo) riconoscimento della centralità dell'interpretazione giudiziale o più in generale dell'interpretazione nel diritto, fenomeno in realtà ciclicamente riemergente nella lunga storia della giurisprudenza, spesso dopo epoche di fiducioso legicentrismo. E una tale opposizione passa innanzitutto per un'opera di recupero dei "testi fondanti" del movimento.

Peraltro, la convinzione che la nostra epoca configuri un'età della giurisdizione, nella quale il giudice ha il compito di adeguare il diritto alla realtà, tanto

da atteggiarsi a fonte concorrente di produzione giuridica, ha le sue ragioni. Una delle cause e, al contempo, uno degli effetti di una tale convinzione è lo sviluppo dello Stato costituzionale di diritto. In un ordinamento giuridico costruito intorno ai principi, non è più sostenibile il postulato dell'autosufficienza del diritto positivo. Il giudice è costretto sempre più spesso a decidere sulla base di una ponderazione dei valori in gioco, operazione che implica l'uso di criteri extralegali. In un ordinamento retto da principi, che richiede una decisione non qualsivoglia, bensì "giusta", l'integrazione può implicare anche il ricorso a parametri morali. Il principio di legalità, inteso tradizionalmente come sottoposizione del giudice alla legge, diventa sottoposizione del giudice anche al diritto, come recita l'art. 20 della Costituzione tedesca del 1949. Là dove per "diritto" s'intende un complesso di norme, principi e valori che il giudice deve armonizzare tra loro, al fine di garantire una soluzione giusta del caso. In particolare, l'idea che vincoli intersoggettivi di tipo contestuale siano in grado di limitare i pericoli di arbitrio derivanti dalla discrezionalità (inoppugnabile) dell'interprete uniscono "neocostituzionalismo" ed ermeneutica, e li spingono verso obiettivi congruenti. A unirli è anche la comune percezione della "svolta interpretativa", che ha dato alla teoria dell'interpretazione un posto centrale, di assoluta rilevanza nella teoria del diritto. L'argomentazione giuridica, come logica giustificativa delle decisioni adottate al di fuori di rigidi vincoli di deduzione, ha acquisito una rilevanza crescente e una collocazione incontestata nel campo degli studi filosofico-giuridici.

Quale clima migliore di questo dunque per l'ermeneutica giuridica?

In effetti non ci potrebbe essere in astratto un contesto migliore di quello presente. A patto però di cogliere davvero l'occasione propizia per dare un'identità chiara e distinta al movimento dell'EGTC. Non si pretende così di aver individuato l'unica possibile corrente ermeneutica nel campo della filosofia del diritto, ma senz'altro un *corpus* di temi e di soluzioni, pur complesso ed eterogeneo, tale da rappresentare un prezioso punto di riferimento e un ineludibile termine di confronto per tutte le riflessioni orientate "in senso ermeneutico". In altri termini, se è vero, com'è vero, che la svolta interpretativa ha posto in evidenza molti presupposti del pensiero ermeneutico, vale la pena di fare ogni sforzo per mettere a profitto riflessioni e insegnamenti provenienti da un contesto di assoluta eccellenza, come quello costruito dagli autori qui presentati, cominciando con il propiziarne l'attenta lettura. Che è poi in fondo la più grande aspirazione del curatore di un'antologia.



## Bibliografia essenziale

Accanto ai lavori antologizzati in questo volume (per i cui estremi v. *supra*, Elenco delle fonti), che costituiscono, come detto, i “testi fondanti” dell’EGTC, si offre di seguito una bibliografia minima, limitata ai lavori che, a seconda dei casi, ricostruiscono in chiave storica l’EGTC, traggono da essa ispirazione e/o stabiliscono un confronto con le sue tesi principali.

- G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell’Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2012.
- G. Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in “Archivio penale” 1/2016, pp. 1-22.
- G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in “Ars Interpretandi”, V, 2, 2016, pp. 91-108.
- L. De Ruggiero, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli, Jovene, 1977.
- M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach am Main, Rolf Gremer, 1981<sup>2</sup> (1979).
- W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in “Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie” 72, 1986, pp. 195-212.
- S. Meder-G. Carlizzi-C.E. Mecke-C. Sorge (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft*, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in “Jus”, 1976, pp. 3-40, ora in Id., *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1986.
- L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, VII (1978), pp. 125-142, ora in Id., *Diritto e valori*, cit.
- L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996.
- V. Omaggio-G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.
- B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, Giuffrè, 1996.
- B. Pastore, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in V. Velluzzi (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 137-166, ora in Id., *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014.
- B. Pastore, *Costruzione e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in “Ars Interpretandi”, II, 1, 2013, pp. 73-81, ora in Id., *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, cit.
- J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach am Main, Rolf Gremer, 1991.

- M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.
- M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XLIV (2015), pp. 131-181.
- G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984.
- G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1990.
- G. Zaccaria, *Complessità della ragione giuridica*, in "Ragion pratica", 1, 1994, pp. 82-95, ora in Id., *Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996.
- G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, in "Politica del diritto", XXXVII (2006), 3, pp. 461-474, ora in Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto: un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, ora in Id., *La comprensione del diritto*, cit.

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di novembre 2016