

ANCORA SULLA METODOLOGIA E SULLA TEORIA GIURIDICA

IL RUOLO DELLA PERSONALITÀ DEL GIUDICE  
NELLA DETERMINAZIONE DEL DIRITTO

ANDRÉS OLLERO

«Chi pensa che il proprio giudizio debba fondarsi esclusivamente su ciò che ha davanti ("sottomesso solo alla legge") è in realtà il giudice più vincolato, perché non è in grado di potersi distanziare dai suoi pre-giudizi non ragionati»<sup>1</sup>.

Il positivismo giuridico ha sottoscritto l'immagine del giudice plasmata dalla famosa metafora di Montesquieu: «la bocca della legge». Essa dovrebbe contribuire all'equilibrio tra i poteri dello Stato attraverso l'inibizione, essendo quello giudiziale un potere, in un certo senso, nullo. Questo punto di partenza verrà messo in discussione da due punti di vista. Storicità e linguaggio, il doppio asse della prolungata opera di Arthur Kaufmann, sveleranno, nella

---

<sup>1</sup> *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit in Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tübingen 1974, p. 303.

determinazione del diritto, un ruolo molto diverso affidato alla personalità del giudice nell'inevitabile gioco del compimento della sua funzione.

## 1. GIUDICE E STORICITÀ DEL DIRITTO

L'interpretazione non viene più considerata come una terapia occasionale, provocata da noiose imperfezioni legali, e si mostra come un'esigenza salutare di quotidiana vitalità<sup>2</sup>. La necessità di una revisione dei topici della dogmatica giuridica verrà dimostrata, in particolare, mettendo in discussione il suo veto al ricorso all'analogia nell'applicazione delle norme penali. L'interpretazione è compagna inseparabile di ogni applicazione della norma, facendo affiorare una corrispondenza tra ciò che è normativo e il contenuto di fatto, con una chiara tendenza teleologica<sup>3</sup>. Il ragionamento giuridico attraverso il quale si porta a termine tutto ciò, avrà sempre una dimensione analogica.

La determinazione del diritto non può essere intesa come la somma di «due atti separati, l'induzione e la deduzione, una dopo l'altra; è piuttosto un atto simultaneo, un "aprirsi" continuo delle circostanze di fatto alla norma e della norma alle circostanze di fatto. Proprio su questa apertura si fonda la "extensio" propria dell'analogia»<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> «La metodologia tradizionale positivista considera l'applicazione del diritto come il caso normale e la creazione del diritto come l'eccezione», ma il carattere incompiuto della legge non è un difetto contro il quale si pone la concezione positivista, bensì è considerato «a priori» e necessario» (*Rechtsphilosophie*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997<sup>2</sup>, p. 91).

<sup>3</sup> *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Müller, Karlsruhe 1965, p. 30. C'è un'edizione posteriore, corretta e con un epilogo: Decker-Müller, Heidelberg 1982.

<sup>4</sup> Questa impostazione lo porterà a una polemica con B. Schünemann, che lo accusa di «sincretismo metodologico», a causa della considerazione che questa semplice differenza di grado esisterebbe solo se non si dovessero utilizzare due linguaggi: quello giuridico fornisce solo i termini, mentre i significati dipenderanno per buona parte dal linguaggio ordinario (*Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse* C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999, pp. 8-9; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 125).

Rinchiudere l'interpretazione nelle frontiere del senso delle parole significa già dare libero accesso all'analogia, perché questo senso sarà necessariamente analogo; ciò che è univoco non ha bisogno di interpretazione e ciò che è equivoco non l'ammette<sup>5</sup>. Sarebbe pericoloso ignorarlo, perché allora «i problemi dei limiti dell'interpretazione e della proibizione giuridico-penale dell'analogia non sarebbero assolutamente percepibili»<sup>6</sup>.

Tutto ciò è indice dell'inevitabile protagonismo del giudice. La sua funzione non consiste nell'applicare una norma di contenuto preciso, salvo errore o omissione del legislatore, bensì nel contribuire a portare a termine il processo di «positivazione» del diritto che era stato iniziato con essa, attraverso un'interpretazione che lo collochi nel caso concreto. Così contribuisce a fissare una soluzione, più che legale, propriamente giuridica. È giusto pensare che tutto ciò ci lascia nelle mani della sua soggettività, per il fatto che opera al di fuori di qualsiasi punto di riferimento obiettivo?

La risposta è inevitabilmente affermativa, se ci affidiamo ad un'impostazione relativista che neghi l'esistenza di qualsiasi criterio obiettivo, oltre il mero testo legale. È ciò che succede quando si rifiuta la possibilità di un autentico ragionamento pratico, per il fatto di voler situare nell'ambito del volitivo o dell'emotivo ogni tentativo di concretizzare il messaggio generico del legislatore.

Il positivismo giuridico consolidato in seguito alla codificazione cercava di garantire, attraverso i cosiddetti principi generali del diritto, la pienezza di un ordinamento capace di risolvere, senza superare i suoi stessi limiti, qualsiasi contingenza. Kaufmann non ci presenta il diritto naturale e il diritto positivo come alternative di un dilemma, bensì ce li mostra come elementi indispensabili di un processo unitario di positivizzazione che ha come obiettivo il raggiungimento di una soluzione, adeguata al caso concreto. Ciò implica la separazione tra un relativismo meramente gnoseologico, che segnerebbe gli inevitabili condizionamenti della razionalità soggettiva, inclusa, com'è logico, quella dello stesso giudice, e l'esistenza di un fondamento ontologico obiettivo<sup>7</sup>, capace di fornire indizi etici utilizzabili; per

---

<sup>5</sup> *Analogie und Natur der Sache*, cit., p. 4.

<sup>6</sup> *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 59 e 60.

<sup>7</sup> Si tratterebbe di un'ontologia aperta all'esistenziale (*Rechtsphilosophie*, cit., p. 85), lontana pertanto dall'«ontologismo»; riprovevole come il diritto naturale razionalista, la

quanto la sua delimitazione dettagliata debba sempre essere prodotta in modo dialogico con l'insieme normativo generale.

Questa critica era stata già portata avanti dal «Movimento del diritto libero», che esclude la possibilità di dedurre la decisione giuridica dalla legge, nega l'identità di legge e diritto e mette in evidenza la storicità del secondo. Bisognerebbe, però, superare ogni dilemma tra un «Gesetzesstaat» e un «Richterstaat», che converte il giudice in un potere privilegiato, per raggiungere un autentico Stato di diritto («Rechtsstaat»)⁸.

D'altra parte, sostiene il principio di legalità di fronte a qualsiasi tendenza verso un diritto non scritto; si esige la positività per la stessa «natura della cosa», e pertanto non sarebbe possibile ottenere diritto senza appoggiarsi a una legge, tentando un ricorso diretto alla stessa «Natur der Sache». Si evidenzia, allo stesso tempo, che positività equivale a giudiziabilità, fatto che spiegherebbe la positività giuridica dell'abitudine. L'interpretazione della legge implica, di fronte al caso concreto, un sondaggio del contenuto del fatto. Pertanto «tutto ciò viene negato quando in questa determinazione specifica del diritto si parla solo della “sottomissione” del giudice alla legge. Se il giudice fosse “sottomesso” alla legge, non potrebbe andare oltre essa, mentre questo è quanto egli fa quando la interpreta»⁹. L'interpretazione non sarebbe tanto un «pensare dopo ciò che già è stato pensato», quanto un ripensare creativo che deve portare fino alla fine un pensiero non concluso; e dunque, sarà il giudice e non il testo legale l'entità più intelligente del legislatore.

---

giurisprudenza dei concetti o il «positivismo logico-normativo», che condividono una «deduzione dell'esistenza a partire dall'essenza» (*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Carl Winter, Heidelberg 1961, pp. 50, 56-57, 39 e 8).

⁸ *Freirechtsbewegung - lebendig oder tot?. Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre*; introduzione a E. Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, Müller, Karlsruhe 1965, pp. 6, 10, 13, 16 e 17; (incluso successivamente in *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum, Frankfurt/M. 1984², pp. 231-249). Affermazioni simili si trovano nella contemporanea *Analogie und Natur der Sache*, cit., p. 44.

⁹ *Gesetz und Recht in Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt/M. 1962, p. 389. Commentando quest'ultimo lavoro, annoterà che la formula che lega l'indipendenza del giudice con la sua esclusiva sottomissione alla legge «non solo è falsa, ma anche assolutamente irrealizzabile» (*Fünf- und vierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie in Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*, in «ARSP», Beiheft 44, 1991, pp. 151-152).

D'altra parte, se una legge ingiusta fosse contraria al diritto sarebbe contraddittorio uno Stato di diritto che obbligasse il giudice ad applicarla. La conseguenza riguarda il nostro problema: «indipendenza giudiziale vuol dire liberarsi di ciò che è estraneo al diritto»<sup>10</sup>. Tutto ciò sembra invitarci a riconoscere, oltre al diritto come mandato del legislatore, il gioco inevitabile di un diritto dei giuristi, identificato non con la legge, bensì con una «cosa giudicata», nella cui determinazione il giudice assumerebbe istituzionalmente un ruolo di indubitabile rilevanza. In che misura influirà la componente personale? Esistono degli strumenti capaci di controllare la dimensione creativa di questa funzione, di questo Potere che attualmente è tutto tranne che «nullo»?

Per rendere la situazione meno inquietante è opportuno pensare a tre condizioni efficaci: l'esistenza di una componente etica obiettiva la cui conoscenza, pur essendo problematica, risulta nonostante tutto fattibile attraverso uno sforzo intersoggettivo; l'efficacia dei meccanismi processuali per dare spazio a detto sforzo, così come per lasciare aperta la possibilità di rettificare possibili errori; la nitidezza della cosiddetta indipendenza «obiettiva» di questo corpo giudiziale, capace di trasmettere un'apparenza di imparzialità che consolidi la credibilità sociale delle sue risoluzioni.

## 2. IL GIUDICE CONTRIBUISCE A PRONUNCIARE UN DIRITTO CHE È LINGUAGGIO

Anche ammettendo che il giudice sia solo la bocca della legge, che parola è chiamato a pronunciare il giudice? Dal problema della storicità passiamo ad un altro problema vicino: quello del linguaggio. Ciò che fino ad ora era una revisione teorico-giuridica, che superava il legalismo, attraverserà adesso percorsi filosofici, legati al discorso linguistico della filosofia postheideggeriana<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> *Gesetz und Recht*, cit., p. 365, cfr. anche pp. 364, 368 e 366.

<sup>11</sup> Lo stesso considererà il 1957 come data d'inizio dell'influenza di Gadamer sulla sua opera. Anche se aggiunge che già nel suo studio *Analogie und Natur der Sache*, cit.: «per la prima volta si apre la strada alla comprensione ermeneutica del diritto e del suo processo di determinazione, in un modo chiaramente riconoscibile; ma risulta più convincente la sua affermazione in base alla quale però solo successivamente negli altri lavori appro-

Evidenzierà che il diritto non può essere dedotto, ma «parlato»; affermazione della quale aveva già dato fede il concetto classico della «iuris-dictio»<sup>12</sup>. Il diritto consiste in un atto di comprensione, che a sua volta si articola attraverso il linguaggio<sup>13</sup>. Non è la stessa cosa affermare che «il diritto si serve del linguaggio» e «il diritto si produce attraverso il linguaggio». «L'uomo attraverso il linguaggio si impadronisce anche di se stesso, costruisce "il suo mondo"». Dato che «anche il diritto è un "mondo"», «quando il diritto "si applica", si realizza; si produce una mediazione tra due mondi»; perché «attraverso la realizzazione del diritto si mettono in contatto il dover essere e l'essere»<sup>14</sup>.

L'attività giuridica acquista carattere di filosofia pratica, segnando così la stessa filosofia del diritto. Quest'ultima, più che aspirare ad elaborare un sistema, dovrà alimentare una riflessione critica sul diritto esistente, spingendo a una difesa del diritto contro ciò che è ingiusto<sup>15</sup>. Ne deriva la necessaria «apertura» di questo sistema giuridico. Non si tratta solamente di prepararlo ad assumere ulteriori apporti complementari, richieste dalla sviluppo storico del processo di positivazione del diritto; sarà imprescindibile che assuma anche la preistoria ermeneutica di detto processo, frutto della constatazione che ciò che sappiamo lo dobbiamo tanto ai nostri giudizi

---

fondisce davvero la prospettiva ermeneutica» (*Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, cit., pp. 146, 153 e 156).

<sup>12</sup> *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt/M. 1969, pp. 252, 255-256 e 265; inserito successivamente in *Beiträge zur juristischen Hermeneutik, sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1984, pp. 25-52.

<sup>13</sup> *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Athenäum, Frankfurt/M. 1971, p. 28 (lavoro che ebbi l'occasione di tradurre in spagnolo: *Sentido actual de la filosofía del derecho*, in «ACFS» 12 (1972), n. 1, pp. 7-36; successivamente inserito in *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, cit., pp. 1-23).

<sup>14</sup> *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik* in *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, cit., p. 84; *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 111-112. Già prima aveva affermato che «Sein» e «Sollen» non sono identici né differenti, bensì corrispondenti (*Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz. Meditationen über ein unauslotbares Thema in Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.J.M. van der Ven*, Kluwer, Deventer 1972, p. 73).

<sup>15</sup> Così la domanda, a quale scopo una filosofia del diritto oggi? Troverà come risposta: per rendere più giusto il diritto e con esso le relazioni umane (*Wozu Rechtsphilosophie heute?*, cit., pp. 36 e 39).

quanto ai nostri pregiudizi, che non sarebbero — nel migliore dei casi — se non pregiudizi sottomessi a una cosciente riflessione.

Già Radbruch aveva suggerito che nessun giudice «intraprende vergine, per dirla così, la decisione di un caso». Non ha molto senso continuare a sperare che, come garanzia dell'indipendenza, il giudice affronti un «contenuto di fatto completamente sconosciuto», finché esistono la stampa, la radio e la televisione. È ovvio che anche se il giudice non conosce il caso di cui si dovrà occupare, ne conosce comunque altri simili, fatto che inevitabilmente genera in lui un pregiudizio. Inoltre, «se il giudice non partisse da questa conoscenza e da tal pregiudizio, non potrebbe svolgere adeguatamente il suo incarico; se deve mediare il fatto in questione, come può essere in grado di farlo senza conoscere il problema? Ed inoltre, come potrebbe emettere un giudizio giusto se non lo può paragonare a tanti altri casi? (principio di uguaglianza!)»<sup>16</sup>.

In ogni caso, significherebbe «frintendere in maniera grossolana il contributo dell'ermeneutica, intravedere in questa rielaborazione della struttura pregiudiziale del comprendere un assegno in bianco per l'arbitrarietà o per la manipolazione della determinazione del diritto». Piuttosto, l'ermeneutica contribuisce a «renderla [la struttura del comprendere, *n.d.r.*] trasparente, superando la pseudo-razionalità della metodologia in uso, orientandola verso una razionalità effettiva». Sembra necessario, dunque, chiarire che i giudici non «possono decidere nella scelta del metodo interamente secondo la loro volontà», perché è chiaro che diversi metodi danno luogo a soluzioni contraddittorie, fatto che potrebbe concludersi con l'accettazione di una «determinazione giuridica per il risultato»<sup>17</sup>.

Di conseguenza, è necessario abbandonare la pretesa di arrivare ad una conoscenza «obiettiva», di potere relativizzare «lo schema soggetto-oggetto». Chi aspira a comprendere il senso «si introduce nell'orizzonte della comprensione e non riproduce in modo puramente passivo nella propria coscienza ciò che comprende, ma lo adegua»<sup>18</sup>. Questo allontanamento dalla vecchia polemica tra giusna-

<sup>16</sup> *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, cit., pp. 302, 298 e 301.

<sup>17</sup> *Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung in Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, (ed. K. Lackner e altri), Walter de Gruyter, Göttingen 1973, pp. 19-20; inserito dopo in *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, cit., pp. 65-77.

<sup>18</sup> *Rechtsphilosophie*, cit., p. 45.

turalismo e positivismo, per accostarsi all'ermeneutica, «non significa facilitare il giudice nel suo lavoro». Al contrario, significa «dire che il diritto diventa più difficile, anche se allo stesso tempo più umano. Tanto il giusnaturalismo razionalista quanto il positivismo giuridico avevano fatto del giurista, e dunque anche del giudice, un vero e proprio funzionario. L'ermeneutica giuridica gli ha restituito la sua personalità», collocandolo così in una posizione più compromettente. Dato che «l'immagine del giudice interamente neutrale, non predisposto, completamente obiettivo e impersonale, è totalmente fuori dalla realtà», sembra che in questa ricerca del significato avremo a che fare con un certo «sentimento» giuridico piuttosto che con un'attività propriamente scientifica<sup>19</sup>.

L'alternativa offerta dall'ermeneutica ci rimanderà al radicamento del pregiudizio in una tradizione che non sarebbe altro che ragione accumulata per magia. Di fronte ad una pretesa obiettività, denunciabile come «ideologica», l'ermeneutica si nutre «del suolo comune del mondo pubblico su cui camminiamo, della garantita permanenza dell'intuizione pubblica della quale viviamo»<sup>20</sup>. Il pensiero ermeneutico non rimane prigioniero della contingenza, ma vive dell'«eredità» della tradizione; e «contro tutti i razionalismi formalisti bisognerebbe ripetere che fra una tradizione così intesa e la ragione non esiste nessuna contraddizione»<sup>21</sup>.

L'ermeneutica aspira così a «rapportarsi all'irrazionale nel modo più razionale possibile»<sup>22</sup>. La razionalità del diritto dipenderà in buona misura dalla coscienza del ruolo della soggettività del giudice<sup>23</sup>,

<sup>19</sup> *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, cit., p. 88.

<sup>20</sup> *Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer*, al quale cita in questa occasione in *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1988, p. 39.

<sup>21</sup> *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Frankfurt a.M. 1984 (citiamo per la traduzione spagnola: «ACFS», 25 (1985), p. 57; *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 45-46; anche pp. 90 e 294).

<sup>22</sup> O meglio, citando W. Hassemer, a «rendere conto dell'irrazionale razionalmente» (*Rechtsphilosophie*, cit., pp. 48, 64 e 46).

<sup>23</sup> «L'obiettività, con la definizione di Montesquieu, degrada la personalità del giudice, convertendolo in un automa. Dobbiamo cercare un giudice con una personalità tale che, oltre alle conoscenze legali — date come presupposto — unisca in sé capacità di giudizio, esperienza di vita e saper fare» — *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik in Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*.

mentre se — cominciando da lui stesso — la ignoriamo, perderebbe la sua indipendenza e ci ritroveremmo condannati al gioco di un'irrazionalità incontrollata.

Se ogni conoscenza, consapevolmente o meno, nasce da un momento interpretativo, ciò sarà vero ancor di più per le conoscenze «cliniche», che — traboccanti di dimensione pratica — non si limitano a riprodurre in maniera recettiva il reale, ma contribuiscono a configurarlo nella sua proiezione storica. Tutto, dunque, porterebbe ad un abbandono fiducioso nelle mani del giudice, come avviene nel rapporto medico-paziente. Come succede nella prassi medica, il compito di «fare» giustizia non consisterà semplicemente nell'applicarla (come non si «applica» la salute), bensì nel contribuire a generarla. Pretendere di riuscirci mediante intuizioni puramente arbitrarie sarebbe come abbandonarsi ad un guaritore.

Bisognerà fidarsi nel fatto che questo sapere pratico, raggiunto tramite l'intersoggettività diacronica della tradizione, alimenterà le più feconde pre-comprensioni. Queste, tuttavia, dovranno essere sottoposte ad un controllo riflessivo, e sarà il momento in cui la norma e la sua elaborazione sistematica entreranno decisamente in gioco. La «dottrina» fa parte di qualsiasi esperienza clinica che aspiri ad una indiscussa qualità e che non si alimenta, dunque, della riflessione circolare (o «spirale») alla quale verrà sottomesso il pre-giudizio, che essa stessa aveva contribuito a fare nascere. In fin dei conti, «il sentimento giuridico è l'arte di avere pre-comprensioni corrette»<sup>24</sup>.

Tutto ciò scaricherà sul giudice un'inevitabile responsabilità, politica come etica. «La riflessione deve considerare la persona giudicata; il giudice deve, per così dire, mettere se stesso sotto sospetto di ideologia. Un giudice può giudicare in maniera più obiettiva e indipendente quanto più sia cosciente dei suoi pregiudizi e della sua dipendenza e quanto più si sforzi di giungere a un consenso intersoggettivo». Sarebbe ingenuo pretendere che ogni giudice sia anche uno psicoterapeuta. Per ciò, senza pregiudizi nei confronti dei meccanismi istituzionali — come l'esistenza di tribunali collegiali o la diffusione pubblica di voti discordanti che rendano il dibattito trasparente — il problema continuerà ad esistere. Non ha più senso

---

*Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München 1982, t. I, p. 539 (incluso successivamente in *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, cit.).

<sup>24</sup> Per questo «la giurisprudenza, così come la medicina, può essere considerata un'arte» (*Rechtsphilosophie*, cit., p. 64).

l'immagine del giudice «sottomesso solo al potere della legge» che è stata ormai sostituita da una forte personalità giudicante. L'indipendenza giudiziale non è più uno stato di fatto, che si sappia, ma si è convertita in una meta alla quale ci si vuole avvicinare sempre di più<sup>25</sup>.

Per quanto giriamo intorno al discorso, alla fin fine saremo costretti a custodire il risultato soddisfacente di una salutare esortazione etica, abbandonandoci fiduciosamente alla decisione giudiziale. Cosa succederà quando il suo imprescindibile condizionamento pregiudiziale si convertirà in aperto conflitto di coscienza? D'accordo con Karl Peters, Kaufmann afferma che, in questo caso, il giudice dovrebbe abbandonare il processo, proprio perché «non assume automaticamente il diritto, ma lo adegua responsabilmente». La sua funzione, operando con coscienza, non potrà essere quella di rettificare la legge, bensì quella di collaborare per il suo compimento, mettendo in pratica l'«obbedienza pensante» della quale parlava Heck; per questo deve essere in condizione di sottoscrivere coscientemente la legge<sup>26</sup>. Sembra, dunque, sempre più chiaro ciò che dalla sua figura ci si aspetta; ma non altrettanto lo sono gli strumenti su cui può contare il cittadino per non essere defraudato.

La mera primazia del momento giudiziale, svincolato da qualsiasi contesto ontologico, ci dovrebbe portare a gettarci nella braccia di un giudice «erculeo», pronto a stabilire, per sé e davanti a sé, la teoria della giustizia alimentatrice della realtà giuridica. L'alternativa — anche se già si parla meno della «natura della cosa», quasi archiviata nel museo delle formule congiunturali — sarebbe la possibilità di dialogare con un contesto reale capace di dare alla luce una «res iusta». La «Natur der Sache», in effetti, appare solo come uno dei tentativi del Dopoguerra di «superare la situazione di miseria giuridica ereditata dal nazional-socialismo, vale a dire, di affrontare l'arbitrarietà nel pensiero giuridico»<sup>27</sup>.

Il problema sorgerà al momento di esplicitare questa possibile obiettività ontologica, dal momento che l'inevitabile affinità di «oggetto» e «cosa» sembra esporre al rischio di un'impostazione cosificatrice del diritto. «Ogni processo deve avere un oggetto, che

<sup>25</sup> *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, cit., pp. 306 e 307.

<sup>26</sup> *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, cit., p. 308.

<sup>27</sup> *Rechtsphilosophie*, cit., p. 35.

nell'ambito normativo non sarebbe una sostanza». In ogni caso, «questo oggetto processuale non viene definito prima del processo, ma solo durante questo acquisisce il suo preciso statuto»<sup>28</sup>. Porterà a concludere, in ogni caso, che il diritto non è un mero elemento funzionale «*more sistemico*», ma ci pone di fronte a un'«ontologia relazionale», anche se non sostanziale. Ciò implicherà ammettere un'«identità “*seinsmässige*” e non arbitrariamente manipolabile», una «realtà che esiste allo stesso tempo dentro e fuori il processo di realizzazione del diritto, caratterizzandolo come procedimento “giuridico”»<sup>29</sup>.

Kaufmann rifiuterà la possibilità di conoscere un oggetto giuridico rigorosamente separato dal soggetto, capace di marginalizzare ogni influenza della soggettività del giudice. Volendo giocare con le parole, questo diritto, che è più che legge, non sarà un «Bestand» (dato) — riconducibile a paragrafi — nè un «Zustand» (stato) identificabile con la natura<sup>30</sup>. La relazione, aperta per definizione, ci svela che il processo di positivizzazione non può essere separato da una delimitazione ponderatrice dei diritti e dei beni messi in gioco, come la stessa giurisprudenza costituzionale illustrerà eloquentemente<sup>31</sup>. Alla fine, più che accettare una luhmaniana legittimazione *per* il procedimento, bisognerà ottenere *nel* procedimento una fondazione consistente: «*sachlich*»<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> «Precede, d'altra parte, il processo come un avvenimento storico con carattere di relazione giuridica» (*Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, cit., p. 160 e *Rechtsphilosophie*, cit., p. 291).

<sup>29</sup> *Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt*, in «ARSP», Supplementum II, 1988, pp. 115 a 117; il diritto «non è “nelle cose”», «si basa sulle relazioni degli uomini tra di loro e con le cose» (*Rechtsphilosophie*, cit., p. 46).

<sup>30</sup> *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Decker & Müller, Heidelberg 1992<sup>2</sup>, pp. 25 e 26.

<sup>31</sup> Nella versione spagnola, per esempio, ci ricorderà, a proposito del vicendevole gioco tra i diritti degli articoli 18 e 20 CE, che la «sua ponderazione non costituisce un lavoro ermeneutico sostanzialmente diverso da quello che determina il contenuto di ognuno dei diritti presenti e dei limiti esterni che derivano dalla loro interazione reciproca» (STC 219/1992, del 3 dicembre, F.2, in «BJC», 1992, 140, p. 263). Al riguardo il nostro lavoro *La ponderazione delimitatrice dei diritti umani: libertà informativa e intimità personale*, in «La Ley», 12 (1998), 11, (XIX-4691), pp. 1-4.

<sup>32</sup> *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, cit., p. 26; anche p. 32.

Ripensando la critica teorico-giuridica dal punto di vista della filosofia ermeneutica esistenziale, continua, in ogni caso, ad essere evidente il notevole protagonismo del giudice nel processo di positivizzazione del diritto. Il risultato inevitabile dovrebbe essere quello di prendere coscienza della sua particolare responsabilità etica e politica. Di fronte a ciò, convivono tanto un'attitudine fiduciosa propria di un giudizialismo assunto, con maggior o minore rassegnazione, quanto l'inquietudine di chi constata che la sicurezza giuridica si fonda più su una suggestione acritica che su un fatto reale.

### 3. UN GIUDICE SOLLEVATO DAI RISCHI: TOLLERANZA E «SPAZIO LIBERO DEL DIRITTO»

Una soluzione facile — che implicherebbe un eccesso — sarebbe quella di considerare come «rappresentativa» la coscienza dello stesso giudice, dando per scontato che questo possa sostituire con facilità la propria con quella del legislatore o con quella plasmata dalla dottrina giurisprudenziale. Dal momento che assume questo come punto di partenza, Kaufmann deposita la sua fiducia nel senso comune del cittadino medio, mentre mostra un certo distacco rispetto ai riferimenti dottrinali ad un'«opinione dominante»<sup>33</sup>. Questa posizione finirà con l'allontanare la sua attenzione dalla teoria del diritto, già abbondantemente commentata, per approdare a problemi fondamentali dell'etica e alla possibile proiezione di queste esigenze nell'ambito pubblico.

Kaufmann si mostra particolarmente sensibile rispetto alla reponibilità che con tutto ciò assume il giudice; per non dire a quella che irresponsabilmente smetterebbe di assumere per la mancanza della consapevolezza della portata del suo lavoro. Ciò lo porta a considerare l'esistenza di una «valutazione parallela» a quella del giudice dall'ambito «profano», categoria in cui bisognerebbe includere il possibile imputato. Ci troveremmo in un processo comunicativo tra

---

<sup>33</sup> «Se a qualcuno, teorico della scienza, venisse detto che una tale massima — “ha ragione l'opinione dominante” — potrebbe essere universalizzata, gli si drizzerebbero i capelli» (*Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Müller, Heidelberg 1990, p. 23); *Rechtsphilosophie*, cit., p. 61, in cui aggiungerà: «l'espressione “opinione dominante” permette di intravedere involontariamente la qualità dei metodi giuridici in gioco: gira intorno a “opinioni”, solo opinioni, non a conoscenze».

«il mondo della realtà quotidiana e il mondo delle norme giuridiche». L'imputazione implicherà, di conseguenza, un dialogo tra il giudice e l'accusato, nel quale è necessario raggiungere una «corrispondenza di orizzonti interpretativi»: «alla "valutazione in parallelo dell'ambito profano" deve essere sostituita una "valutazione in parallelo del giudice"», fino ad arrivare a generare una «colpa dialogata». Il giudice dovrebbe sdoppiarsi in «giudice profano» capace di comprendere l'autore dei reati. In sintesi, «la valutazione in parallelo, per così dire, o si compie nel giudice o non avrà luogo»<sup>34</sup>.

Questo sovraccarico di responsabilità attribuita al giudice non è irrilevante; nell'ambito della sovrachianza delle preoccupazioni etiche, che caratterizza i suoi ultimi scritti, Kaufmann rinforza la sua scelta consapevole per quello che definisce «principio di tolleranza». Non inutilmente considera la tolleranza «una delle virtù più importanti per la convivenza umana in tempi come i nostri in cui, conseguentemente all'elevata complessità delle strutture sociali, economiche e giuridiche, non succede con frequenza di stabilire anticipatamente cosa sia corretto, buono e giusto, fatto che giunge a compromettere la decisione»<sup>35</sup>.

La sua scelta del «principio di tolleranza» mette in risalto un problema basilare della proiezione pubblica delle esigenze etiche, che bisognerebbe affrontare con risposte non polemiche: il diritto deve solo proiettare e consolidare il *minimo etico* che si considera necessario per garantire una convivenza realmente umana. Il problema potrebbe essere illustrato mostrando come questa formula ammetta due versioni. Non sarebbe la stessa cosa fare riferimento a contenuti reputabili come ciò che è *eticamente minimo*, senza i quali la convivenza sarebbe affatto impossibile, oppure come ciò che è realmente *minimamente etico*, strategicamente collocato agli antipodi di qualsiasi massimalismo eroico.

L'eticamente minimo sarebbe rappresentato dai diritti umani, la cui portata verrà inevitabilmente definita a seconda dell'orizzonte interpretativo vigente. Pur dando come presupposto il rispetto di tali

---

<sup>34</sup> *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemein Verbrechenslehre*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, München 1982, pp. 23, 24 e 29; 37, 38 e 40.

<sup>35</sup> *Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, cit., p. 153; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 297.

diritti, la particolare concezione del diritto di Kaufmann come *minimo etico* risponde piuttosto ad un diritto identificato con un'*etica minima*, che è qualcosa di ben distinto. Si dirà, pertanto, che «il diritto penale deve essere ristretto, in modo fattibile, all'ambito della "moralità semplice ed elementare" che rappresenta l'umano in generale»<sup>36</sup>.

In effetti, non ogni esigenza etica riguarda il bene comune nè può essere considerata come imperativo di ordine pubblico. Quello che non sembra tanto chiaro è che ogni esigenza di giustizia racchiuda per definizione «azioni morali semplici», se facciamo riferimento allo sforzo che possono richiedere. La situazione si complica ancora di più se neghiamo il carattere di «moralità semplice ed elementare» a determinate esigenze, per il semplice fatto di vederle messe in discussione «in un tempo come il nostro, in cui l'insicurezza nell'ambito etico è evidente»<sup>37</sup>. Pensare che ogni cittadino si trovi in condizioni di cogliere ciò che è eticamente minimo senza alcuno sforzo può nascondere una diagnosi troppo benevola, che potrebbe avere la conseguenza di aprire la strada al minimamente etico e di considerare i tentativi precedenti come degli anacronistici sforzi moralizzanti.

Il gioco coerente del cosiddetto principio di tolleranza può risultare paradossale. In effetti, l'esigenza primaria per riuscire ad evitare al massimo la miseria dovrebbe essere precisamente quella di evitare, con tutti i mezzi possibili, che l'eticamente minimo resti collocato al gradino più basso del sistema del minimamente etico. Perché le vittime di questa benintenzionata tolleranza saranno sempre i più deboli, gli indifesi e le minoranze, che verranno sottomessi alle categorie benevole di non esigibilità proposte dalla maggioranza.

Kaufmann postulerà l'accettazione di uno «spazio libero del diritto», prima di ricorrere al classico gioco norma-eccezione, anche se i presupposti che prende in considerazione potrebbero trovare per via giudiziale una chiara soluzione<sup>38</sup>. Ciò rende più sorprendente il

<sup>36</sup> *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, cit., pp. 21-22.

<sup>37</sup> *Rechtsphilosophie*, cit., p. 218.

<sup>38</sup> Così succederebbe tanto con la soprannominata «tavola di Carneades», insufficiente per due naufraghi, fatto che permetterebbe il passaggio a un doppio esercizio della legittima difesa, quanto con il medico che è dotato di una sola apparecchiatura per visitare due feriti gravi (*Rechtsphilosophie*, cit., pp. 228 e 229).

fatto di evitare l'intervento del giudice, per creare un campo problematico, segnato dalla presunta simultaneità del non proibito e del non permesso. Più che davanti ad un'assenza di regolamentazione, ci invita a situarci davanti ad una norma che delega l'inevitabile valutazione alla coscienza degli individui interessati.

La chiave starà nell'inevitabile necessità di emettere un giudizio di valore su una condotta, valutando se riguarda o meno il bene comune. Se si pensa di no, non ci sarà bisogno di regolarla giuridicamente e resterà riconosciuta nell'ambito dell'attuale lecito; in caso contrario, bisognerà regolarla e non sarà possibile evitare la valutazione. Il presunto «spazio libero del diritto» equivarrebbe a rispondere che la condotta allo stesso tempo riguarda e non riguarda il bene comune, cosa che non sembra ragionevole; o rimetterebbe a puro arbitrio individuale la risposta a un problema la cui rilevanza per l'ordine pubblico a buon diritto non è stata scartata.

Lo spazio presuntivamente libero del diritto risulta intelligibile solo alla luce della peculiare concezione della tolleranza accolta da Kaufmann: «ad ognuna delle posizioni viene concessa una parte di ragione, ognuno deve cedere, allo stesso modo, un poco della sua posizione»<sup>39</sup>. Intesa la tolleranza come il tentativo di raccogliere la massima convergenza a partire dalle opzioni etiche in gioco, si ha che la verità come convergenza finisce con l'acquistare un certo carattere sociologico e quantitativo.

Kaufmann ha voluto deliberatamente prescindere dal gioco norma-eccezione, che troverebbe nel giudice l'elemento chiave. Anche se considera un'«idea interessante» il fatto che «il giudice — dentro la legge — possa essere più tollerante della legge, proprio perché attraverso la sua interpretazione, realizza la giustizia nel caso particolare»<sup>40</sup>, non fa derivare da ciò alcuna conseguenza. Alla dimenticanza della funzione normalizzatrice del precetto generale si aggiunge così una pratica privatizzazione della cosa giudicata. Anche se si mostra convinto del fatto che «la tolleranza permette di attuare in maniera responsabile»<sup>41</sup>, non sembra avere messo in discussione l'ipotesi in base alla quale sarebbe giuridicamente responsabile pri-

---

<sup>39</sup> *Rechtsphilosophie*, cit., p. 233.

<sup>40</sup> Citando Werner, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 342-343.

<sup>41</sup> *Rechtsphilosophie*, cit., p. 316.

vatizzare decisioni che riguardano valori basilari della convivenza sociale<sup>42</sup>.

Paradossalmente, non sembrano preoccuparlo i possibili eccessi di un giudice inevitabilmente creativo, nè un possibile conservatorismo che lo porti a un'estrema prudenza. «La tolleranza deve far sì che uomini coscientemente responsabili possano anche andare avanti con responsabilità, senza temere conseguenze legali se un'impresa finisce male»<sup>43</sup>.

L'opera di Arthur Kaufmann resta in piedi come un laborioso memoriale di più di cinquanta anni di filosofia giuridica. La sua evoluzione suggerisce una simmetria inversa a quella del suo maestro Radbruch. Quest'ultimo, coinvolto dalla revisione etica del post-nazismo, era partito dal relativismo per riconsiderare i suoi punti di partenza, senza però arrivare a dotarli di un fondamento altrettanto solido. Kaufmann, invece, parte da una ontologia basata sulla fiducia nell'essere, tesa a rendere più flessibile il giusnaturalismo astorico. Egli ha sempre mostrato una speciale sensibilità per la soluzione etica dei problemi. Questa preoccupazione segna decisamente la conclusione della sua traiettoria, portandolo a riconsiderare i suoi punti di partenza, e rappresenta lo specchio della sensibilità morale del momento, che non sarà più quella della società del Dopoguerra, bisognosa di risposte solide e chiare, bensì quella di una società che aspira — con più ottimismo che rigore — a creare un ambito etico in grado di legittimare la maggior quantità di decisioni possibili. In fin dei conti, la conclusione, che fu sempre rappresentata da una «*Rechtsphilosophie im Wandeln*», non poteva che essere un punto interrogativo.

(Traduzione dallo spagnolo di Caterina Briguglia)

---

<sup>42</sup>La risposta gli sembra chiara, anche se si annotasse che questo «è solamente un'utopia, e che, perciò, anche la dottrina dello spazio libero del diritto rappresenta un'utopia. Questo è possibile. La questione è se si tratta di un'utopia allucinante e astratta o di un'utopia concreta, rafforzata dalla realtà; se è una chimera o la realtà del domani» (*Rechtsphilosophie*, cit., p. 234).

<sup>43</sup>*Rechtsphilosophie*, cit., pp. 307-308 e 310.

# Ars Interpretandi

2003

---

## TRADIZIONI E DIRITTO VIVENTE

### SOMMARIO

OTTO PÖGGELER <i>I miei ricordi di Hans-Georg Gadamer</i> .....	Pag.	1
ANDRZEJ WIERCINSKI <i>Inseguendo la tua ombra: ermeneutica filosofica della tradizione</i> .....	»	21
THOMAS W. POGGE <i>Ingiustizie storiche: gli altri due settori</i> .....	»	41
DANILO ZOLO <i>Tradizione e modernità nella cultura mediterranea</i> .....	»	71
HAMADI REDISSI <i>Diritto e tradizione nell'Islam</i> .....	»	89
FRANÇOIS OST <i>La tradizione, eterna giovinezza del diritto?</i> .....	»	115

SEBASTIAN URBINA <i>Tradizione e diritto vivente</i> .....	Pag. 153
BALDASSARE PASTORE <i>Emergenze della tradizione nell'odierna esperienza giuridica</i> .....	» 179
ANTONIO RUGGERI <i>Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea</i> .....	» 211
GIANMARIO DEMURO <i>Regole costituzionali non scritte e neo-istituzionalismo</i> .....	» 243
GUIDO ALPA <i>Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione</i> .....	» 273
SALVATORE PATTI <i>Tradizione e interpretazione nell'Unione europea: brevi appunti di un civilista</i> .....	» 309
ALESSANDRO SOMMA <i>Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica</i> .....	» 317
LAURA PALAZZANI <i>Il diritto tra innovazione e tradizione di fronte alle sfide della bioetica</i> .....	» 355

## ANCORA SULLA METODOLOGIA E SULLA TEORIA GIURIDICA

ANDRÉS OLLERO

*Il ruolo della personalità del giudice  
nella determinazione del diritto* ..... Pag. 381

BRIAN BIX

*Alcune riflessioni sul metodo in jurisprudence* ..... » 397

ALDO SCHIAVELLO

*Teoria generale del diritto, metodo e positivismo giuridico.....  
Osservazioni in margine a  
«B. Bix: Alcune riflessioni sul metodo in jurisprudence.....* » 429

CARLOS I. MASSINI-CORREAS

*La teoria referenziale realista dell'interpretazione giuridica....* » 449

ANA MESSUTI

*Alcune riflessioni sulla pena e  
sulla filosofia del diritto penale.....* » 477