

Parte I

La teoria giuridico-ermeneutica

## Capitolo I

### I presupposti

SOMMARIO: 1. *Tempo e spazio* tra produzione e interpretazione della norma. – 2. Intemporalità normativa e *diacronia*. – 3. Spazialità ordinamentale e *diatopia*.

#### 1. *Tempo e spazio* tra produzione e interpretazione della norma

La teoria giuridico-ermeneutica, ideata e sviluppata nel nostro Paese a partire dalla metà del secolo scorso, relaziona in maniera peculiare la giuridicità con le categorie di tempo e di spazio. Lo fa, anzitutto, ponendosi diversamente rispetto alle *teorie dell'interpretazione logico-analitica* e *dell'argomentazione dei testi giuridici*, perché si pone, dapprima come interpretazione del fondamento della giuridicità del caso, poi come ricostruzione del rapporto tra soggetto e oggetto dell'attività giuridica interpretata. Le teorie logico-analitiche e le teorie dell'argomentazione giuridica<sup>1</sup>, invece, studiano lo sviluppo dell'argomentazione linguistica inerente al testo del documento normativo, partendo da necessarie premesse logiche<sup>2</sup>, idonee a tenere

---

<sup>1</sup> Cfr., per un percorso bibliografico possibile, A. AARNIO-R. ALEXU-A. PECZENIK, *I fondamenti del ragionamento giuridico*, trad. it. parz. in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, I-II, Giappichelli, Torino, 1987; R. ALEXU, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1998; M. ATIENZA, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1966; ID., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1966; N.D. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad. it., Giappichelli, Torino, 2001; U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986; A. PECZENIK, *Rätten och förnuftet: en lärobok i allmän rättslära*, Norstedt, Stockholm 1986; CH. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique: traité de l'argumentation*, Puf, Paris, 1958 (trad. it. *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966). Cfr., da ultimo, AA.VV., *Diritto, ragion pratica e argomentazione*, in «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», n. XV, 2010 e *infra*, p. 126, nota 9 e p. 205, nota 7.

<sup>2</sup> È comune alle teorie dell'argomentazione giuridica, persino quando tendono ad avvicinarsi alla topica giuridica o all'ermeneutica, l'idea di prendere le mosse da una premessa logica, avente: o il suo fondamento nella costruzione ordinamentale, secondo l'impostazione delle teorie germa-

imprescindibilmente in conto il «legame tra ordine e tempo, spazio e forme delle leggi»<sup>3</sup>.

## 2. Intemporalità normativa e *diacronia*

Dal punto di vista della temporalità, la teoria giuridico-ermeneutica, accetta l'esperienza giuridica come una *vicenda continua di significati linguistici in trasformazione nel tempo* e va a riscontrare, immediatamente, l'improponibile stigmatizzazione della decisione giurisprudenziale.

Tiene conto del fatto che il giudice-decidente, nell'applicare la fattispecie prevista *in abstracto* dal legislatore, la deve sempre interpretare, *rectius* reinterpretare, ponendosi più volte di fronte a casi concreti, anche simili, ma mai identici e, in quei momenti, vari e diversi nel tempo<sup>4</sup>, non può rimanere fedele a se stesso per almeno tre motivi:

a) per la mutevolezza dei modi di espressione e cioè per la trasformazione del linguaggio – di quello comune, come di quello tecnico e normativo – nel corso del tempo;

b) per l'infinito, inevitabile, mutare dell'oggetto – ovvero l'insieme di sogget-

---

niche, o, nel precedente giurisprudenziale, secondo l'impostazione delle teorie nord-americane. In ogni caso, seppure nella condivisione della rilevanza della comunità scientifica – alla quale l'ermeneutica giuridica e le teorie dell'argomentazione si rivolgono comunemente – va sottolineato che le teorie dell'argomentazione non prescindono mai del tutto dal rapporto con una premessa logico-sillogistica presente nell'ordinamento giuridico positivo dominante e non riescono a sciogliere del tutto – rispetto alla teoria giuridico-ermeneutica – il nodo della consussistenza nel processo interpretativo tra conoscenza e volontà. Rimangono, in realtà, condizionate da un'idea dell'interpretazione giuridica quale attività meramente gnoseologica, non in grado di dare il giusto riconoscimento al fattore decisionale – volitivo, indispensabile per la piena e completa analisi del procedimento di interpretazione del diritto. Un passo avanti, verso l'idea di una premessa non esclusivamente ordinamentale, è stato fatto, in maniera particolarmente accattivante, da chi, pure muovendo originariamente dalla norma ordinamentale, ha pensato di sostituire ad essa come premessa la dogmatica quale momento portante della precomprensione (cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit.). Va riconosciuto, in effetti, a questo A., in anni di dominio incontrastato del logicismo analitico, lo sforzo teoretico di avvicinamento alla teoria giuridico-ermeneutica.

<sup>3</sup> Sulla necessità che i valori, nel tempo e nello spazio, possano adeguarsi soltanto attraverso le forme normative e, cioè, attraverso la produzione del diritto piuttosto che attraverso l'interpretazione delle norme, cfr., da ultimo, V. ITALIA, *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2010, in particolare, p. 51 ss.

<sup>4</sup> Sul punto cfr. tutti gli interventi in AA.VV., *Spazio e tempo nella scienza di Emilio Betti* (Tetramo, 27 novembre, 1996), in AA.VV., *Dalla legge al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti*, a cura di A. Nasi-F. Zanchini, Giuffrè, Milano, 1999.

to, su cui ricade il giudizio, e fatto giuridico<sup>5</sup> – da reinterpretare continuamente nello svolgersi della realtà storica dell'uomo;

c) per la mutevolezza dei comportamenti umani dei soggetti che rendono la decisione sulla norma e sul fatto così come dei soggetti e dei fatti sui quali questa va a ricadere.

Sulla scorta di tali osservazioni causali, la giuridicità viene considerata, in questa prospettiva teorica, prendendo in preliminare considerazione la sua dimensione diacronica, poiché, proprio tenendo in debito conto la forte caratterizzazione della progressiva mutazione del diritto nel tempo, si può riuscire a fornire la giustificazione dianoetica e etica della continua relazione temporale tra il soggetto giuridico interpretante, la norma giuridica, il fatto giuridico interpretato e il soggetto giuridico sul quale cade la decisione del soggetto interpretante. Suo presupposto argomentativo *destruens* diviene, quindi, la possibilità di non costringere il diritto in formule di tipo aprioristico-intellettualistico, ma, anche in metodologie linguistiche lontane da opportuni approfondimenti di tipo storico-ermeneutico, capaci di tenere in conto il rapporto tra storia e dogmatica<sup>6</sup>.

Il problema cruciale della giuridicità, per la prospettiva ermeneutica, va a situarsi, invece, nell'individuazione possibile del rapporto tra tempo diacronico e tempo storico all'interno della mediazione tra ontologia e fenomenologia del linguaggio. Perciò il diritto non si deve negare rispetto al tempo<sup>7</sup>, ma anzi con quest'ultimo si deve confrontare perennemente, in un continuo susseguirsi diacronico dei linguaggi, da non considerarsi, a loro volta, protesi verso la mera stigmatizzazione concettuale, com'era stato per le elaborazioni della *Scuola storica del diritto*. Si superano, in tal modo, gli obiettivi ideologici che avevano portato la *giurisprudenza dei concetti* a procedere alla sostituzione forzata del concetto di storia, intesa come susseguirsi di singoli momenti temporali<sup>8</sup> di tipo fisico-naturale<sup>9</sup>, con il concetto di storia intesa come vicenda culturale, costumale e idea-

---

<sup>5</sup> Cfr. J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), trad. it., il Mulino, Bologna, 2009 e ID., *La comprensione dei testi giuridici* (1971), trad. it., Esi, Napoli, 1983.

<sup>6</sup> Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 1928, ora in E. BETTI, *Diritto. Metodo. Ermeneutica*, cit., pp. 59-133. Cfr. anche L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit.

<sup>7</sup> Per una critica alla tradizionale impostazione del rapporto tra giuridicità e tempo, cfr. G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, cit.

<sup>8</sup> S. HAWKING-R. PENROSE, *La natura dello spazio e del tempo*, trad. it., BUR, Milano, 2002; S. HAWKING-L. MLODINOW, *La grande storia del tempo*, trad. it., Milano, 2006.

<sup>9</sup> Sulla questione, da ultimo, è interessantissimo il lavoro di Antonio Nasi. Cfr. A. NASI, *Emilio Betti e le scienze sperimentali: analisi di un problema conoscitivo*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La Teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 131-139.

le, fondamento imprescindibile della dogmatica tradizionale.

La «dogmatica odierna»<sup>10</sup>, come nuova dogmatica-ermeneutica, finisce per essere immersa in una dimensione spazio-temporale, fisica, della temporalità della storicità, tanto ove la si consideri all'interno della complessiva attività d'interpretazione giurisprudenziale prodotta dalla comunità scientifica, quanto ove la si consideri all'interno della singola scelta volitivo-decisionale del soggetto giudicante, dal momento che dà netta prevalenza, per esempio, ai principî giuridici fondativi della giuridicità, piuttosto che alle norme formali o ai principî giuridici generali, dalle prime derivati secondo un procedimento di astrazione e generalizzazione. Ciò rileva sia per l'interpretazione dell'atto giuridico proveniente da un legislatore (legge), sia per quello proveniente da un giudice (sentenza), sia per quello proveniente da una pubblica amministrazione (atto amministrativo), sia per quello proveniente da un privato (atto di autonomia negoziale).

Tutti questi atti – attività umane svolgentesi nel tempo e non meri atti ordinamentali-normativo-documentali e intemporalmente – si propongono nella loro nuda e cruda dimensione di vicende giuridiche da reinterprete continuamente.

Interpretando, secondo il tempo diacronico, non il risultato dell'attività giuridica (documento-provvedimento) ma la «vicenda»<sup>11</sup> rappresentante la complessiva attività giuridica, la teoria generale giuridico-ermeneutica supera il limite della tradizionale stigmatizzazione della fattispecie e della considerazione non dinamica, ma statica, dal punto di vista temporale, degli interessi in gioco<sup>12</sup>. E tende a monitorare permanentemente la continua modifica, per esempio, del rapporto di obbligazione<sup>13</sup>, come di ogni attività, anche giuspubblicistica, estrinsecantesi nel documento-provvedimento, fino a riuscire a considerare le valenze giuridiche degli effetti di quest'ultimo.

In questa dimensione fisico-temporale, l'attività giuridico-ermeneutica si mostra non solo in grado di prescindere dalla tradizionale dogmatica giuridica storicistica – tant'è che a questa si contrappone caratterizzandosi per essere una

<sup>10</sup> Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit.

<sup>11</sup> Cfr. la relazione di Antonio Nasi nell'incontro tenutosi a Teramo il 27 novembre 1996, intitolato: *Spazio e tempo nella scienza di Emilio Betti*, in AA.VV., *Dalla legge al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti*, cit., pp. 35-62, in particolare, p. 40.

<sup>12</sup> Cfr. A.J. ARNAUD, *La regola del gioco nella pace borghese. Saggio di analisi strutturale del codice civile francese*, trad. it., Esi, Napoli, 2005.

<sup>13</sup> Cfr. A. NASI, *Spazio e tempo nella scienza di Emilio Betti*, cit., p. 41. Scrive Nasi, richiamando Betti: «con l'espressione vicenda si disegna una situazione giuridica concernente i soggetti o l'oggetto ... per modo da segnare una fase di svolgimento della vita del rapporto ... Si richiede pertanto una considerazione non statica ma dinamica degli interessi in gioco, perché è soltanto in virtù di siffatto modo di considerare le cose che il giurista si pone in grado di seguire la permanente continuità del rapporto di obbligazione».

nuova dogmatica – ma anche dalla topica<sup>14</sup>, perché, prospettando e privilegiando l'utilizzo di suoi propri canoni vincolanti, non lascia le porte aperte al giusnaturalismo e/o a criteri di interpretazione non fissati in regole predeterminate. Non accetta cioè, come premesse vincolanti e imprescindibili del ragionamento, se non rientranti in canoni interpretativi e verificativi dell'attività interpretativa:

1. le norme giuridiche intemporalmente vigenti;
2. i principî generali del diritto come principî derivati da quelle stesse norme vigenti;
3. gli schemi interpretativi standardizzati della topica giuridica, pure derivati da norme o statuti di norme, quali la *diligenza*, l'*esperienza*, la *buona fede*.

### 3. Spazialità ordinamentale e *diatopia*

Dal punto di vista del rapporto diritto/spazio, la teoria giuridico-ermeneutica si pone come una prospettiva della giuridicità in grado di superare il riduzionismo spazio-ordinamentale giuspositivistico. Rileva in tal senso come oggetto del suo approfondimento non tanto il diritto inteso come modo di svolgimento della produzione normativa, quanto piuttosto il diritto inteso come continua reinterpretazione dei fatti umani.

La reinterpretazione continua dei fatti umani, relazionandosi con la giuridicità, infatti, di volta in volta in maniera diversa, va a svincolarsi da ogni struttura giuridico-ordinamentale, potendo riguardare indifferentemente ciascun ordinamento giuridico, o nessun ordinamento giuridico. Lo studio del diritto diviene, in tal modo, uno studio despazializzato e infraspazializzato – di certo anche in quanto detemporalizzato – in grado di prescindere dall'elevazione, a rango di premessa esclusiva del ragionamento, della norma giuridica, ma anche di non escludere quella regola stigmatizzata dai suoi oggetti di approfondimento e considerazione. Per l'infinita combinazione delle possibili relazioni umane, la studia non soltanto in quanto confinata nell'angusta dimensione di un ordina-

---

<sup>14</sup> Per questa ragione, per esempio, la *teoria giuridico-ermeneutica* non è accostabile al *Movimento del diritto libero*, così come a tutte quelle prospettazioni della giuridicità, gravitanti nell'orbita della topica giuridica, quindi di approccio fenomenologico-giurisdizionale, che cercano le soluzioni al problema dello spazio di operatività volitiva dell'interprete nell'utilizzo di criteri giuridici non ordinamentali. Cfr., per esempio, gli approcci di Theodor Viehweg (TH. VIEHWEG, *Topica e Giurisprudenza*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1962) e di Claus-Wilhelm Canaris (C.W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, trad. it., Esi, Napoli, 2010). Queste metodologie interpretative sono ben lontane dalla metodologia giuridico-ermeneutica, la quale fa sempre uso di istituti giuridici, seppure eccezionali e, anzi antitetici rispetto alla completezza ordinamentale.

mento giuridico posto su uno specifico territorio, ma anche come parte di un complessivo oggetto da analizzare, affiancandola, in posizione di parità logico-argomentativa, a: comportamenti, contesti, attività, di soggetto interpretante e di soggetto interpretato, effetti delle decisioni prese dal soggetto interpretante sul soggetto interpretato.

Emergono, perciò, soprattutto ai fini della correzione e revisione dell'interpretazione giuridica, anche le possibilità di relazione tra le varie forme di normatività, create e previste all'interno dei singoli, vari, ordinamenti giuridici, senza trascurare la diversa origine politica e la diversa morfologia strutturale di questi ultimi. Si pensi ai sistemi giuridici sviluppatasi all'interno di aree politico-territoriali di natura continentale, cosiddetti sistemi assiomatico-deduttivo-chiusi, o, più comunemente, di *Civil Law*, in relazione a sistemi giuridici sviluppatasi all'interno di aree politico-territoriali di natura insulare, definiti dal punto di vista del linguaggio sistemi assiomatico-deduttivo-aperti, o più comunemente di *Common Law*, o ancora a sistemi che, a prescindere dalla morfologia territoriale dell'area politica, si sono caratterizzati per l'aver scelto una prospettiva assiomatico-deduttiva, in parte aperta in parte chiusa, o, più comunemente, *sistemi misti*.

E non solo. Nella dimensione comparatistica delle leggi e degli istituti giuridici, ma anche e soprattutto all'interno della dimensione del fondamento della giuridicità, rapportando continuamente *Common Law* e *Civil Law*, dal punto di vista ermeneutico, si può riuscire, di volta in volta, a cogliere pienamente la complessità molteplice di una giuridicità da intendersi in senso universale:

- a) tanto come momento formale di stigmatizzazione di una realtà prima di allora soltanto preconizzata;
- b) tanto come momento sostanziale di vissuto quotidiano, individuale e sociale.

Ciò rileva, soprattutto, ai fini del controllo della correzione e della veridicità del procedimento giuridico interpretativo per la verifica della possibilità di soluzioni applicative valide universalmente, specie su questioni non confinabili all'interno di precisi e delimitati ambiti territoriali e ordinamentali. Si pensi ai problemi attinenti ai diritti umani nella loro interconnessione con i contenuti valoriali dei principî fondamentali del diritto in rapporto, per esempio, alla derivazione di tali contenuti, ritenuta comunemente possibile, mediante ragionamento logico-assiomatico, dalle norme positive<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr., sul punto, L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, voll. 2 più versione digitale del vol. 3, 2007, in particolare il vol. 1, *Teoria del diritto*. Sulle orme di L. Ferrajoli, più di recente, cfr. anche G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010. Sulla diversa prospettiva dei contenuti valoriali dei principî fondamentali del diritto – ovvero di derivazione non necessariamente normativo e ordinamentale, in senso giuridico-ermeneutico, cfr., invece, *infra*, pp. 75-77, note 81 e ss.

L'interpretazione del diritto e la comparazione trovano in questa dimensione la loro piena distinzione concettuale, ma anche le loro più forti ragioni di interdisciplinarietà<sup>16</sup>.

La conciliabilità possibile tra *Common Law* e *Civil Law*, all'interno della teoria ermeneutica, perciò, può prendere le mosse dall'idea – in grado di tenere in conto il rapporto tra storia e dogmatica<sup>17</sup> – di non forzare i due diversi approcci allo studio del diritto in formule di tipo aprioristico-intellettualistico e/o in metodologie linguistico-analitiche lontane da opportuni approfondimenti, fondati su premesse ermeneutiche oltre che storicistiche.

La dimensione spaziale di un'ermeneutica della giuridicità nasce e si costruisce proprio dalla considerazione del rapporto tra tempo diacronico e tempo storico all'interno di una possibile scienza del linguaggio. E la comune prospettiva diacronica garantita dall'ermeneutica giuridica, rispetto agli approcci dommatico-normativi e alle tecniche argomentative, in sede di correzione di decisioni prese – essendo la metodologia ermeneutica in grado di superare l'aspetto sincronico logico e formale della fattispecie normativa, determinato in sede interpretativa da una mai pienamente vincolata attività decisionale del soggetto giudicante – diventa la prospettiva possibile di un diritto deordinamentalizzato.

Approcciando lo studio del diritto da una teoria generale di tipo ermeneutico si riesce perciò a riflettere congiuntamente su sistemi giuridico-politici, che diverso ruolo e funzione hanno sempre dato a tutti i capisaldi istituzionali dei rispettivi ordinamenti giudiziari e legislativi: al legislatore, alla legge, al giudice, alla decisione giurisprudenziale, all'equità e così via.

Ci si immerge cioè in una dimensione spazio-temporale, fisica – in una dimensione della temporalità della storicità, piuttosto che della storicità della temporalità – tanto nella considerazione della complessiva attività di interpretazione giurisprudenziale da parte di una comunità scientifica, quanto nella considerazione della singola scelta volitiva del soggetto giudicante. E si dà, in tal modo, il giusto rilievo all'approfondita rivisitazione – interpretazione e reinterpretazione – del complessivo procedimento concludentesi nell'applicazione del diritto piuttosto che alla sola fase procedimentale riguardante la comprensione conoscitiva del dato normativo precedente all'applicazione. Si dà rilievo, per esempio, al rapporto tra principî giuridici fondamentali e fatto giuridico, piuttosto che all'applicazione meramente sillogistica delle norme formali.

Va, però, giunti a questo punto del percorso, immediatamente chiarita una

---

<sup>16</sup> Cfr. T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952 e anche, ID., *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, Milano, 1952, nonché, ID., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959. Cfr., sul punto, anche M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>17</sup> Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., ora in E. BETTI, *Diritto. Metodo. Ermeneutica*, cit.

questione che potrebbe ingenerare confusioni teoretiche.

Una teoria ermeneutica degli atti giuridici, nonostante il grosso ruolo riconosciuto alla figura del giudicante, non nasce originariamente da una prospettiva di *favor* nei confronti dei sistemi giuridici di *Common Law*, ma anzi da premesse di diffidenza nei confronti dei sistemi anglosassoni e delle ipotesi di sintesi di sistemi giuridici chiusi e aperti in soluzioni interpretative univoche<sup>18</sup>.

Proprio la consapevolezza che la legge in sé non può essere considerata un valore e che anzi il considerarla tale finisce per svuotare di significato il contenuto del valore-diritto, deve permettere di non fondare l'ermeneutica giuridica su una scelta che afferma la possibilità di una valutazione «secondo due pesi e due misure»<sup>19</sup>.

La constatazione amara di una realtà concreta contrapposta al cosmo ordinato del *canone della totalità*, quale premessa del sistema meramente ideologica, si fa ancora più certa e aspra nella considerazione di ciò che accade nel diritto internazionale, chiara riprova del reale *caos* della politicità<sup>20</sup>.

Da tali constatazioni, imprescindibili perché il quadro della dimensione ermeneutica sia completamente definito, deve, oggi, però, prendere le mosse sempre più la consapevolezza di un'esigenza di rintracciare un criterio possibile di conciliabilità, dal punto di vista giuridico, tra i modelli che potremmo definire, facendo uso di una nota distinzione, «di tipo insulare e di tipo continentale»<sup>21</sup>, diversi per origini, morfologia e obiettivi, ma soprattutto, come bene è stato sostenuto<sup>22</sup>, per la mancanza di un'idea di stato e la prevalenza di un interesse filosofico-politico e giuridico per l'idea di società<sup>23</sup>, che ha ritardato il passaggio dalla teoria politica Medievale a quella Umanistico-Rinascimentale<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 162. L'A. scrive: «Il costume anglosassone è caratteristico del diritto come rapporto di forza e di interesse ... nelle sue decisioni in realtà (esso) si informa a valutazioni di contingente opportunità con l'uso di due pesi e due misure, secondo il proprio tornaconto ed interesse, assumendo di rendere omaggio all'istanza superiore del diritto (identificato con la conservazione dello *statu quo*), solo per farlo servire a quell'interesse».

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*, l'A. scrive: «Storicamente l'antitesi del cosmo ordinato si ritrova in quel mondo della politica internazionale, dove sotto la maschera del diritto e della giustizia spadroneggia in realtà la ragion di stato delle potenze più forti con tendenza aggressiva e con tendenza conservatrice».

<sup>21</sup> Cfr. GH. RITTER, *Die Dämonie der Macht*, R. Oldenbourg, München, 1948, trad. it. il Mulino, Bologna, 1958, in particolare, pp. 29-97.

<sup>22</sup> Cfr. sul punto, L. D'AVACK, *Ordine e rivoluzione: un conflitto ideologico nell'Inghilterra tudoriana (1529-1558)* in AA.VV., *Liber amicorum. In onore di V. Frosini*, Giuffrè, Milano, voll. 2, 1998, 1° vol., pp. 109-151, in particolare p. 111.

<sup>23</sup> Cfr., J.W. ALLEN, *A History of Political Thought in the Sixteenth Century*, Methuen, London, 1964, a cui Lorenzo d'Avack fa, giustamente, più volte riferimento.

<sup>24</sup> Cfr. A. PLACHY, *La teoria dell'interpretazione. Genesi e storia dell'ermeneutica moderna*, cit.

Una tale conciliabilità possibile, non può andare ovviamente a fondarsi su un principio di contemperamento e fusione politico-legislativa – come dimostra, per esempio, il lento e progressivo fallimento dell'unità giuridico-politica d'Europa – ma piuttosto sulla ragione, teorico-pratica, di rintracciare l'essenza e la sostanza dell'unico concetto di diritto e della sua peculiare natura astratta, la quale trova piena realizzazione solo nell'interpretazione della realtà pratica e non certo nell'analisi logica o argomentativa della forma della norma.

Solo l'essenza sostanziale del diritto come scienza dell'interpretazione dei fatti umani, una volta chimicamente isolata, all'interno delle complessive vicende della giuridicità, può permettere il riconoscimento di una regola riconosciuta valida, da proporre e fare accettare di volta in volta per il regolamento dei singoli fatti della convivenza umana, universalmente e prescindendo dalle forme di governo regolanti gli Stati.

A spingere verso la considerazione del problema è lo sforzo di rintracciare le fonti di una *Weltanschauung* in grado di ricomprendere il fenomeno della giuridicità, il *quid juris*, almeno nella sua duplice prospettiva – come doppio di una stessa medaglia – di:

a) momento formale di stigmatizzazione di una fattualità prima di allora – realizzazione concreta del fatto da regolare giuridicamente – soltanto preconizzata o preconizzabile;

b) momento sostanziale di vissuto quotidiano, individuale, sociale.

Negando la riduzionistica visione teorica della possibilità di soluzioni interpretative univoche<sup>25</sup> rimane, però, – pure non forzando la coincidenza tra i due modelli di sistema giuridico con formule di tipo aprioristico/intellettualistico, prive di opportuni approfondimenti di tipo storico-ermeneutico<sup>26</sup> – forte la necessità di non abbandonare mai l'idea di una possibile tensione verso l'unità sostanziale dell'attività giuridico-interpretativa. Essa sembra raggiungibile solo attraverso un metodo di controllo, correzione e verifica del procedimento interpretativo, comune a tutti i sistemi giuridici.

In quest'ottica, una conciliabilità possibile tra i due tipi di modelli giuridici ordinamentali è nei pilastri di una costruzione teorico-giuridica ermeneutica; è, per esempio, nell'originario sforzo teoretico dell'ermeneutica giuridica, direzionato a contemperare storia e dogmatica<sup>27</sup>, per una nuova dogmatica della giuri-

---

<sup>25</sup> Cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo di individuazione del diritto*, cit. E, sul punto, cfr., anche, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di J. Esser*, cit., in particolare, p. 11 ss. e ID., *Questioni di interpretazione*, cit., nonché, da ultimo, G. ZACCARIA-F. VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit.

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, V. FROSINI, *La filosofia del diritto di Emilio Betti*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 4, Milano, 1998.

<sup>27</sup> Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit.

dicità, fondata sull'interpretazione del diritto e non sulla produzione della legge.

C'è cioè la consapevolezza di non affrontare correttamente il problema ermeneutico della giuridicità senza considerare la possibile sinergia tra metodologia e scienza del linguaggio. Quest'ultima, infatti, non può mai prescindere del tutto dalla considerazione di una continua relazionalità tra tempo diacronico e tempo storico, da un lato; tra tempo sincronico del concetto già dato e lenta formalizzazione concettuale diacronica – nel fatto conflittuale da regolare – dall'altro. Lo studio della relazione tra le due coppie di termini permette un'integrazione pensabile, a realizzarsi, tra sistemi giuridico-politici pure così diversi tra loro.

La verifica di una possibile conciliabilità tra sistemi continentali e insulari, soprattutto nell'ottica di una necessità di pensare a organismi giuridici e politici sovranazionali comuni perciò passa forse proprio attraverso la possibilità di non permettere più che il diritto si neghi rispetto al tempo, ma piuttosto che con quest'ultimo si confronti perennemente, in un continuo susseguirsi diacronico dei linguaggi, da non considerarsi protesi soltanto verso la mera stigmatizzazione logico-concettuale.

È infatti innegabile che questo stesso tipo di stigmatizzazione ha una forte caratterizzazione ideologica – e non certo puramente e semplicemente scientifica – tanto quando va a prendere le mosse dalla trasformazione del pensiero giuridico in *mathemata* ad opera del wolfismo/leibnizismo<sup>28</sup>, tanto quando va a concettualizzarsi negli istituti dommatici della *Scuola storica del diritto* e della *Begriffsjurisprudenz*. E, almeno in tal senso, si può considerare originariamente unitaria nella storia del pensiero giuridico insulare e continentale. Non si pone certo come nuova, infatti, la considerazione secondo la quale la *Scuola storica del diritto*, soprattutto per realizzare obiettivi ideologici, avesse dovuto considerare favorevolmente la sostituzione forzata del concetto di storia intesa come susseguirsi di singoli momenti temporali, con il concetto di storia intesa come vicenda culturale, costumale e ideale<sup>29</sup>.

La dimensione spaziale e temporale, fisica, della temporalità – estranea, almeno in prima istanza, alla storicità culturale – caratterizzata dalla scelta discrezionale univoca, nel tempo preciso della decisione resa dal Giudicante, fa cogliere la forza dell'immediatezza nella decisione, tipica dei sistemi insulari, senza trascurare la mediazione concettuale che si espleta nell'argomentazione sul significato del voluto rispetto al volente, invece, tenuta grandemente in conto nei sistemi continentali.

---

<sup>28</sup> Cfr. *supra*, pp. 7-9, p. 19 e *infra*, p. 130.

<sup>29</sup> Sul punto è interessante fare riferimento a un volume che rimane decisivo per comprendere lo sviluppo storico-scientifico della cultura giuridica tedesca. Cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, nel numero monografico dei «Quaderni fiorentini», n. 7, 1979.