

prof. Dr. BERND RÜTHERS  
Ex giudice di Corte d'Appello

## VINCOLO DELLA LEGGE O LIBERA SCELTA DEL METODO? IPOTESI PER UNA DISCUSSIONE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il motivo della discussione sul metodo. – 2. Il contenuto della discussione sul metodo. – 3. Il fine della discussione sui metodi. – 4. Le false etichette. 5. Il rifiuto della legge sotto la falsa etichetta della “legge più intelligente”.

La Repubblica federale registra attualmente una vivace discussione sui metodi dell'applicazione del diritto e sul vincolo dei tribunali alla legge<sup>1</sup>. Questa discussione, dopo le esperienze degli ultimi novanta anni era nell'aria. Alcuni partecipanti, per esempio il Vicepresidente del *Bundesverfassungsgericht* Winfried Hassemer, si mostrano sorpresi. Essi parlano di una “scaramuccia al di là di casi concreti”, che non sarebbe facile da comprendere con riferimento a

\* Traduzione dal tedesco a cura del Dr. jur. Domenico Siciliano.

<sup>1</sup> Questa discussione nel frattempo, nonostante alcune prese di posizione scettiche (D. SIMON, *Pianisten*, in *myops, Berichte aus der Welt des Rechts*, Beck-Verlag 1/2007, p. 21 ss.), ha dato luogo a numerosi contributi. Cfr. G. HIRSCH, *Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt*, in *DIE ZEIT* Nr. 41/2003; ID., *Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung – Der Richter im Spannungsverhältnis zwischen Erster und Dritter Gewalt, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, C. F. Müller 2003; ID., *Rechtsstaat oder Richterstaat*, in: *FAZ* del 30. 4. 2007, p. 8; ID., *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, in: *Juristenzeitung* 18/2007, p. 853-858 (la traduzione italiana può leggersi in questa *Rivista*, p. 107 s.); cfr. inoltre il Ministro della Giustizia del Land Thüringen H. SCHLIEMANN, *Der politische Stellenwert der Dritten Gewalt in Deutschland*, conferenza dinanzi alla *Erfurter Juristische Gesellschaft* il 15 marzo 2005 (manoscritto non pubblicato) e il Presidente della Corte d'appello di Brema e del *Deutscher Richterbund* W. ARENHÖVEL, *ZRP-Rechtsgespräch*, in: *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/2005, p. 69 s. Si veda anche B. RÜTHERS, *Auf dem Weg zum Richterstaat*, in: *FAZ* del 2 novembre 2000, p. 12; ID., *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?*, in: *Juristenzeitung* 2002, p. 365-371; ID., *Diener oder Herren?*, in: *FAZ* del 2 febbraio 2005, Nr. 27, p. 7; ID., *Die Unabhängigkeit des Richters und seine Bindung an Gesetz und Recht*, in: „125 Jahre Oberlandesgericht Stuttgart“, *Die Justiz, Sonderausgabe des Amtsblattes des Justizministeriums Baden-Württemberg*, 2004, p. 7-13; ID., *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in: *Juristenzeitung* 2/2006, p. 53-60; ID., *Zwischenruf aus der methodische Wüste: „Der Richter wird's schon richten“ (?)*, in: *Juristenzeitung* 19/2006, p. 958-960. Cfr. inoltre B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. Aufl., Tübingen 2005. ID., *Entartetes Recht*, 3. Aufl. München 1990. – Di tanto in tanto l'autore di contributi così scomodi viene qualificato come „il giuslavorista di Konstanz Rüthers“ (così per esempio G. HIRSCH, *FAZ* del 30. 4. 2007, p. 8, Sp.1).

“motivo, contenuto e fine”<sup>2</sup>. Il presente contributo cerca di abbassare le barriere percettive evidentemente esistenti al riguardo.

### 1. *Il motivo della discussione sul metodo*

Se si considera la situazione degli ultimi decenni in Germania, non può essere del tutto condivisa la tesi di Hassemer, secondo cui mancherebbero casi giuridici concreti di dirompente forza dal punto di vista del metodo. Non poche decisioni, anche del suo tribunale [di Hassemer: n. d. t.], hanno accelerato la riflessione e la discussione su questioni di metodo. Ma non solo questo: la Germania, la giurisprudenza e la giustizia tedesca hanno vissuto tra il 1919 e il 1989, cioè in 70 anni, *sei* diverse costituzioni: Kaiserreich, Weimar, Stato nazionalsocialista, regime di occupazione, vecchia Repubblica federale, Repubblica democratica tedesca e la nuova Repubblica federale con forti modificazioni dall’alto da parte del diritto sovranazionale dell’Unione europea. I rivolgimenti di interi ordinamenti giuridici, in ogni caso nei primi anni di ciascun nuovo ordinamento, furono operati nella grande maggioranza dei casi tramite audaci metodi interpretativi, si potrebbe anche dire *acrobazie interpretative*, della giustizia con la fattiva collaborazione della scienza giuridica. Dalle leggi del vecchio sistema furono portati alla luce con crescente *know-how* risultati nel ritrovamento creativo del diritto, tali da trovare plauso nel nuovo sistema e permettere di fare carriera. Dinanzi a tale alluvione di materiale a disposizione, attuale come storico, è difficilmente comprensibile che si possa rimproverare alla discussione sul metodo la mancanza di “casi giuridici concreti”.

Per molti motivi a una siffatta evoluzione giurisprudenziale corrispose spesso talvolta solo in parte, talaltra per nulla affatto, un’attività di trasformazione legislativa. Questa parte della storia del diritto tedesco fu in ogni caso rimossa e taciuta a lungo dalla giustizia e dalla scienza, tanto più che non pochi protagonisti del primo “rinnovamento del diritto” erano impegnati anche nei rinnovamenti che seguivano. “*Zeitgeist* e diritto” è un tema sempre attuale. Questo non vale solo per la Repubblica federale. La maggior parte dei membri dell’Unione europea ha fatto esperienze simili con veloci cambi di sistema.

Pertanto, era arrivato da tempo il momento di riflettere sui metodi e sugli strumenti che consentirono tutto ciò. Un ulteriore motivo di riflessioni metodologiche è stato offerto recentemente da numerose, spesso sorprendentemente disinvolute, dichiarazioni di metodo provenienti da giudici di alto grado

<sup>2</sup> W. HASSEMER, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in: *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 7/2007, pp. 213-219.

e da colleghi illustri, che con vecchie e nuove etichette consigliarono esattamente i modelli argomentativi con cui i giuristi tedeschi nel secolo scorso durante due dittature e in seguito erano diventati “esperti del cambiamento”.

## 2. Il contenuto della discussione sul metodo

Gli strumenti con cui l'ordinamento giuridico tedesco poté essere ampiamente più volte modificato dal punto di vista del contenuto, senza che fossero necessari per questo atti di legislazione di grande portata, si possono contare sulle dita di una mano<sup>3</sup>.

1. La proclamazione di una „idea del diritto“ di volta in volta nuova, specifica del sistema, a cui viene regolarmente ascritta validità sovratemporale.
2. La proclamazione di una nuova dottrina delle fonti del diritto.
3. Un metodo interpretativo nuovo, conforme al sistema, per lo più chiamato “oggettivo”. Esso è il contrario di ciò che promette: interpretare oggettivamente significa, come sapeva già Philipp Heck, immettere soggettivamente.
4. Nuovi concetti fondamentali del diritto, come per esempio gli „ordinamenti concreti“ (C. Schmitt), o i „concetti concreti-general“ (K. Larenz).
5. A ciò si aggiunsero interpretazioni dalla „essenza“ o dalla „natura di cose“, nonché successivamente con riferimento a presunti “criteri-oggettivi teleologici”.

Questi strumenti, se si tratta di risignificazione di leggi, vengono utilizzati fino a oggi sotto nomi che cambiano.

Una circostanza ulteriore, che aumenta la forza dirompente del tema, è il continuo crescere del *diritto giudiziario* in un'epoca di grande accelerazione del cambiamento in tutti gli ambiti della vita. Nel frattempo vi sono più lacune delle leggi che regolamentazioni legislative. Questo ha molte cause e non va messo nel conto della giustizia. Tuttavia lo sviluppo del diritto giudiziario fa crescere il potere della giustizia di porre delle norme accanto a quelle del Parlamento. Oggi è indiscutibile: la Repubblica federale tedesca è uno Stato giudiziario. Essa lo è in una misura che ha modificato il concetto di diritto. Io formulo (liberamente con O.W. Holmes) la seguente ipotesi per la discussione:

Nella Repubblica federale diritto è ciò che, e nel caso di lite solo ciò che le istanze ultime dichiarano come diritto „nel nome del popolo“.

<sup>3</sup> B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, dtv-wissenschaft 4630, 3. Aufl. München 1994, p. 22 ss.

I Tribunali di ultima istanza, ancor più i partiti politici, hanno chiaramente riconosciuto l'accresciuto potere dei giudici e il suo significato politico. Questo non si dice volentieri. Ma in occasione della scelta dei giudici [costituzionali: n. d. t.] questo diviene chiaro a tutti.

### 3. *Il fine della discussione sui metodi*

Quanto detto finora porta a due considerazioni:

le questioni di metodo sono questioni di potere

e

le questioni di metodo sono questioni costituzionali.

La discussione sui metodi scoppiata ora con grande ritardo è cioè una nascosta *lotta di potere*. È in gioco la ripartizione del potere tra il legislativo e il giudiziario. Questa è la questione centrale del vincolo della legge. Essa fu a lungo e viene [ancora: n. d. t.] da molti trascurata, rimossa, velata. Lo scopo del discorso deve essere questo, che gli applicatori del diritto tedeschi presentino senza tabù le realtà storiche e politiche del loro mestiere nelle situazioni eccezionali dei cambi di costituzione, ma anche nella vita di ogni giorno. Si tratta di *realismo metodologico* e di *sincerità metodologica* nella prassi e nella scienza.

Sul punto cinque ipotesi.

#### Ipotesi n. 1.

*Una metodologia giuridica dell'applicazione del diritto chiara, vincolante nei fondamenti è uno strumento necessario per rendere sicura la Costituzione, al fine di garantire la divisione dei poteri (Stato di diritto!) e la democrazia. Vincolo della legge e indipendenza dei giudici sono fondamenti irrinunciabili e inseparabili di uno stato di diritto democratico.*

Le tesi contrarie sono:

*„Dal punto di vista del metodo il giudice è libero nella scelta delle sue regole interpretative“<sup>4</sup>;*

<sup>4</sup> W. HASSEMER, da ultimo *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 7/2007, p. 213, p. 215 s.; ID., in Kaufmann/Hassemer/Neumann, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl., Heidelberg 2004, p. 263. Così anche il BVerfGE 88, 145, 167, giurispru-

„Chi interpreta la legge cerca in essa una risposta alle domande del suo tempo“<sup>5</sup>;

„Il peso di volta in volta dei diversi criteri (leggi: dell'interpretazione) dipende non da ultimo da ciò che essi danno nel caso singolo“<sup>6</sup>.

Questo significa quanto al risultato un invito all'indifferenza metodologica, alla „fondamentale mancanza di fondamento“ (Arthur Meyer-Hayoz) nell'applicazione della legge.

La reale funzione di politica del diritto dei tribunali diviene riconoscibile e possibile oggetto di discussione (controllabile razionalmente) solo se l'*interpretazione della legge* viene distinta il più nettamente possibile dal perfezionamento giudiziario del diritto e soprattutto dalla sostituzione, meglio, dalla rimozione di norme di legge da parte di quelle del diritto giudiziario. La prassi metodologica dominante produce l'occultamento di queste differenze.

## Ipotesi n. 2.

*La corretta comprensione delle leggi presuppone, come per tutte le scienze che hanno per oggetto testi, il tentativo di indagare sulla loro genesi. Quale situazione condusse alla promulgazione della norma da interpretare? Quale fine regolativo perseguirono coloro che posero la norma? Può essere che tale tentativo di tanto in tanto fallisca. Il giudice deve decidere anche qui, ma in questo caso lo fa sulla base di una produzione giudiziaria della norma.*

Le questioni sulla genesi sono irrinunciabili come primi passi di un'applicazione del diritto conforme alla Costituzione. Chi non li compie, non vuole per nulla sapere che cosa la legislazione volesse regolare con la norma. Egli inganna se stesso (e altri?) circa il fine originario della norma. Egli rinuncia da principio al possibile vincolo della legge. Diviene „costruttore edile dell'ordinamento giuridico“ o „pianista più o meno virtuoso“ (entrambe le immagini sono di G. Hirsch). L'immagine del

denza costante e dottrina dominante. Cfr. sul punto B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 3. Aufl. 2007 Rdnr. 813 ss.

<sup>5</sup> LARENZ/CANARIS, *ML d. Rwiss., Studienausgabe*, 3. Aufl., 1995, p. 139.

<sup>6</sup> LARENZ/CANARIS, *ivi*, p. 166.

giudice pianista è sbagliata per il motivo addizionale che lo spartito del compositore – diversamente dalla legge – non rappresenta alcun precetto di comportamento vincolante e controllato per l'artista virtuoso.

#### Ipotesi n. 3.

Il giudice costruisce nel *perfezionare il diritto o nel rifiutare la legge, diritto giudiziario*. In questo caso si parla volentieri di *ritrovamento giudiziario o creativo del diritto*. La terminologia è sbagliata e ingannatrice.

Il diritto giudiziario sorge in due situazioni.

La prima riguarda l'ambito delle lacune della legge, allorché manchi una regolamentazione legislativa. Occasionalmente la lacuna viene anche cercata o addirittura costruita strategicamente dai tribunali. Ma là dove manca la legge, il diritto non può essere *trovato*. Correttamente non si può dunque parlare di **ritrovamento**, ma di **posizione** del diritto.

La seconda situazione in cui si ha a che fare con diritto giudiziario, sorge là dove il giudice non è d'accordo con il contenuto di una regolamentazione legislativa, la ritiene contraria alla realtà o ingiusta. Egli sostituisce la sua rappresentazione del diritto alla legge.

Nella giustizia c'è tradizionalmente una tendenza a misconoscere, rimuovere e negare l'esercizio di funzioni di politica del diritto. L'ufficio di giudice include inevitabilmente compiti di politica del diritto.

Il perfezionamento del diritto nell'ambito delle lacune è un compito che la giustizia deve svolgere in conformità alla Costituzione. Esso significa posizione normativa di diritto giudiziario, cioè politica del diritto.

Un caso particolare è rappresentato dal *Bundesverfassungsgericht* con le sue decisioni vincolanti in sede di controllo delle norme. Ma anche qui l'asserzione "Karlsruhe fa politica" viene percepita come un rimprovero<sup>7</sup>.

#### Ipotesi n. 4.

*Le norme giuridiche sono istruzioni di comportamento vincolanti*

<sup>7</sup> Cfr. sul punto P. BAHNERS, *Urteil in eigener Sache*, in: FAZ del 7. 11. 2007, p. 41.

(comandi) per gli “applicatori” del diritto. I tribunali non sono liberi a piacimento di discostarsi da esse.

Due controtesi del Presidente Hirsch mi lasciano perplesso.

La prima: *se l'applicazione alla lettera della norma conduce a risultati „ingiusti o contrari alla realtà“, allora si apre lo spazio per la posizione di diritto giudiziario*<sup>8</sup>.

La seconda: *In caso di conflitti tra „legge e diritto“ il giudice deve decidere secondo diritto “sovrapositivo”. Questo insegna il passato tedesco*<sup>9</sup>.

L'autorizzazione dei giudici a rifiutare la legge ha secondo la Costituzione presupposti molto più stretti di quanto Hirsch supponga. Essa non si ha già quando il giudice ritiene il risultato interpretativo in caso di “applicazione alla lettera” di una norma come “ingiusto o contrario alla realtà”. Il giudice deve fundamentalmente applicare anche delle norme che gli sembrino “ingiuste” o “contrarie alla realtà”. Il *Grundgesetz* regola il conflitto tra “legge e diritto” all'Art. 100 comma 1. Il criterio per la sua verifica è *solo la Costituzione*.

Ma anche sotto tale profilo il giudice ha nelle leggi postcostituzionali solo un diritto di *controllo*, cioè niente affatto un *diritto di rifiuto*. È cioè problematico assumere in tali casi l'esistenza di un'autorizzazione generale dei tribunali a porre diritto giudiziario.

La pretesa di un “*diritto sovrapositivo*” che il giudice dovrebbe applicare in caso di conflitti tra “legge e diritto” (Art. 20 comma 3 GG) incontra problemi dogmatici e storici.

(1) La Repubblica federale ha secondo Hirsch circa 21.000 giudici. Essi hanno, corrispondentemente alla prassi dello Stato costituzionale liberale e democratico, le più diverse convinzioni sul mondo e religiose. I sostenitori di una giurisprudenza secondo *diritto sovrapositivo* non dicono dove questo possa essere trovato con affidabilità. Se ogni giudice può applicare liberamente *il suo* diritto sovrapositivo secondo le sue convinzioni, è prevedibile una caotica frammentazione dell'ordinamento giuridico da parte di questa nuova fonte del diritto.

Il diritto “sovrapositivo” (diritto naturale?) affermato da Hirsch co-

<sup>8</sup> G. HIRSCH, *DIE ZEIT*, Nr. 41/2003.

<sup>9</sup> G. HIRSCH, *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 2006, p. 161.

me fonte del diritto generale e primaria per il ritrovamento giudiziario del diritto non è compatibile con l'ordinamento costituzionale del *Grundgesetz*<sup>10</sup>. Un diritto naturale siffatto vi può essere solo in comunità di fede, ma non in uno Stato costituzionale liberale neutrale quanto alla visione del mondo. Ogni gruppo avente una sua visione del mondo sviluppa infatti il suo proprio "diritto naturale".

(2) Dove viene affermato „diritto sovrapositivo“, esso non serve al **ritrovamento** del diritto, ma all'arbitraria **posizione** del diritto da parte di chi lo afferma.

L'espressione „diritto sovrapositivo“ utilizzata in decisioni di istanze ultime è un'etichetta sbagliata per una nascosta posizione giudiziaria di una norma.

L'ordinamento legislativo viene in tal modo rimosso. Esso viene sostituito da formule vuote, dietro le quali le istanze ultime si possono erigere a signori dell'ordinamento giuridico<sup>11</sup>. Il positivismo legalista, dichiarato superato, viene sostituito da un crudo, perlomeno altrettanto discutibile positivismo giudiziario.

(3) Il riferimento di Hirsch al diritto sovrapositivo con l'evocazione del *passato tedesco* si basa su di un misconoscimento e su di una incomprendenza della storia del diritto in entrambe le dittature totalitarie tedesche.

Questo vale in particolare per la perversione dell'intero diritto nel nazionalsocialismo. Essa per lo più non fu causata dalla legislazione. La via verso lo Stato dell'illecito (*Unrechtsstaat*) era lastricata dal diritto naturale sovrapositivo fatto di razza, sangue e suolo (*Blut und Boden*), da nuove fonti del diritto sovrapositive (Volere del Führer, comunità del popolo determinata secondo la specie) e da sentenze che, con obbedienza, si affrettavano ad anticipare i tempi, secondo l'*interpretazione oggettiva* allora propagata come dominante, del resto spesso dagli stessi autori che ancor oggi servono ai tribunali federali supremi come testimoni chiave per le loro decisioni metodologiche.

(4) Il passato tedesco è ricco di insegnamenti anche sotto un altro

<sup>10</sup> Dottrina assolutamente dominante: ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., § 33 V 3.

<sup>11</sup> Cfr. anche E. TOPITSCH in: A.M. KNOLL, *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht*, 2. Aufl. 1968, p. 23.



profilo. Il *Bundesgerichtshof* ha fondato sotto il suo primo presidente Weinkauff (giudice al *Reichsgericht* dal 1935 al 1945) non poche decisioni in base a un diritto naturale assolutamente preesistente, immodificabile. I loro risultati si sono nel frattempo dimostrati prevalentemente figli del loro tempo; si sono rivelati delle decisioni sbagliate.

Ipotesi n. 5.

*Un'applicazione della legge conforme alla Costituzione si esegue al contrario in tre passaggi.*

Il primo è l'indispensabile tentativo di ricercare il fine storico della norma.

Quindi ci si deve in secondo luogo chiedere se sia ancora valido il fine storico della norma alla luce dei cambiamenti verificatisi dalla promulgazione della norma, per l'evolversi della situazione storica, dell'ordinamento legislativo, delle fondamentali rappresentazioni valoriali. Il fine storico della norma deve essere adeguato ai cambiamenti intervenuti o è divenuto obsoleto?

La terza domanda è: la norma da applicare è compatibile con il diritto di grado superiore? La si può e la si deve interpretare in conformità alla Costituzione, in conformità al diritto comunitario o in conformità al diritto internazionale?

Hirsch invece sostiene con il *Bundesverfassungsgericht*<sup>12</sup> e la dottrina e la prassi dominante il cosiddetto *metodo oggettivo*<sup>13</sup>, contrapponendolo a un presunto metodo soggettivo.

*Le false etichette*

La discussione sull'applicazione della legge conforme alla realtà e conforme alla Costituzione viene falsata se ricondotta a questi concetti errati, interpretazione *oggettiva* e *soggettiva*. Questa scelta di concetti porta in un vicolo cieco. Il preteso metodo *soggettivo* si interroga in un primo, ma necessario passo su-

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 299, 312 giurisprudenza costante; 88, 145, 167; LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, p. 153 ss.

<sup>13</sup> G. HIRSCH, *Juristenzeitung* 2007, p. 855; FAZ del 30. 4. 2007, Sp. 2.

gli *oggettivi* motivi della genesi e fini conformativi (*Gestaltungsziele*) di una norma. La pretesa interpretazione *oggettiva*, al contrario, si interroga sull'attuale "*contenuto regolativo razionale*" e sulle soggettive rappresentazioni razionali e della giustizia proprie del tribunale decidente. *Interpretazione oggettiva* significa essenzialmente *immissione soggettiva* della regola.

Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG E 1, 299, 312; 88, 145, 167, giur. consolidata) si esprime sul punto:

*"La storia della genesi [della norma: N. d. T.] rileva ai fini dell'interpretazione solo nella misura in cui essa confermi la giustezza di una interpretazione ottenuta secondo i principi dati (leggi: Savigny) o elimini dei dubbi, che non possono essere superati solo in base a tali principi"*<sup>14</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht* accentua ulteriormente la modificabilità della sua prassi interpretativa per mezzo dell'assunto secondo il quale la Costituzione non prescriverebbe alcun metodo determinato di interpretazione della legge<sup>15</sup>. Questo assunto, condiviso e praticato dalla giurisprudenza dei tribunali superiori, apre alle soggettive rappresentazioni della giustizia e ai soggettivi *desiderata* regolativi dei tribunali uno spazio di libertà il più ampio possibile, al fine di non tener conto degli scopi regolativi vincolanti della legislazione, evitando di conoscerli e di confrontarsi con essi. Winfried Hassemer lo dice ancora più chiaramente: il giudice può scegliere di volta in volta il metodo interpretativo che fonda il risultato decisionale da lui desiderato<sup>16</sup>. Non il metodo determina il risultato, ma il risultato desiderato dal tribunale determina la scelta del metodo.

L'interpretazione "*oggettiva*" rende le giurisdizioni superiori, come ben formulato da Karl Doehring, „sovralegislatori“ ("*Obergesetzgeber*").

Essa è un bocchettone per l'*immissione* dello *Zeitgeist* nelle leggi esistenti, anche contro il loro fine normativo. Essa fa politica del diritto sotto la falsa etichetta di un'apparente *interpretazione* scientifica.

Un discostarsi del giudice dalla legge può essere necessario e comandato.

<sup>14</sup> [BVerfG 1, 299, 53 enuclea il metodo interpretativo della ricerca dello "objektivierter Wille des Gesetzgebers" ("volere oggettivato del legislatore"), così come risulta dal "Wortlaut der Gesetzesbestimmung" (dalla "lettera della disposizione di legge") e dal "Sinnzusammenhang" (dalla "connessione di senso"): n. d. t.]

<sup>15</sup> BVerfGE 88, 145 (167).

<sup>16</sup> W. HASSEMER, *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 7/2007, p. 213, p. 216.

Ma questi non può occultarlo. Deve mostrarlo e fondarlo.

Hirsch lascia trasparire con assoluta disinvoltura il consapevole rifiuto della legge da parte del giudice in tali casi:

*“Si tratta cioè non di ciò che il legislatore – non importa chi egli sia – “ha pensato” al momento della promulgazione della legge, ma di ciò che egli ragionevolmente doveva aver pensato”<sup>17</sup>.*

In tal modo si manifesta la pretesa del *giudiziario* di dominare il *legislativo*.

*Il rifiuto della legge sotto la falsa etichetta della „legge più intelligente“*

Secondo Hirsch, sul contenuto di ciò che dovrebbe essere regolato ragionevolmente decide il tribunale (come sovralegislatore?). Questa concezione sfocia nella rappresentazione secondo cui la legge potrebbe “essere più intelligente del legislatore”<sup>18</sup>. La parola vorrebbe suggerire che l’interprete con la sua “interpretazione” scovi come per magia una finora nascosta “oggettiva (“ragionevole”) volontà della legge”. In realtà si tratta di un inganno o di un autoinganno degli interpreti. Il testo di legge contiene e porta con sé esclusivamente la volontà regolativa di coloro che pongono la norma, e non altro. Asserire una propria, autonoma (“oggettivata”) volontà della legge è una finzione utile all’ampliamento del potere del giudice, una favola giuridica. Gli stessi giudici vogliono discostarsi dalla volontà della legislazione, rimuovere o rifiutare la legge vigente. Si ritengono più intelligenti del legislatore, ma non lo vogliono dire apertamente.

I “criteri teleologico-oggettivi” su cui si basa Hirsch, provengono da Larenz, l’esperto maestro nella reiterata risignificazione di interi ordinamenti giuridici. Le sue opere di quei tempi vengono regolarmente taciute<sup>19</sup>. Questi criteri servono da strumenti quando chi applica il diritto non vuole interpretare, ma vuole discostarsi da valutazioni legislative sussistenti, cioè vuole in verità immetterne di nuove.

<sup>17</sup> G. HIRSCH, *Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt*, in *DIE ZEIT* Nr. 41/2003.

<sup>18</sup> G. HIRSCH, *Juristenzeitung* 2007, p. 855; *FAZ* del 30.4.2007, Sp. 3.

<sup>19</sup> K. LARENZ, *Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938; ID., *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934; ID., *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl., Berlin 1935; ID., *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: K. LARENZ (ed.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, p. 225 ss.; cfr. B. RÜTHERS, *„Wir denken die Rechtsbegriff um...“ – Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Zürich 1987; ID., *Entartetes Recht*, 3. Aufl., dtv wissenschaft, München 1990.

Un'ulteriore strategia di questa dottrina dominante nella scienza<sup>20</sup> e nella prassi<sup>21</sup> consiste nel dichiarare fin da principio come discutibile, bagattellizzare o dichiarare impossibile<sup>22</sup> il tentativo di accertare gli scopi della legislazione e, al posto di ciò, renderli superflui tramite “ritrovamento creativo del diritto” da parte dell'interprete. Sul punto Hirsch dice, richiamando Kramer e Ehrlich: “La legge è comunque in molti casi un dominio dei morti su viventi”. Questo dominio (*si badi bene: si tratta di leggi del Parlamento!*) dovrebbe essere relativizzato tramite un'applicazione del diritto attualizzante, che connette con ciò passato e presente. Qui, secondo l'immagine da lui scelta, diviene visibile tutta la virtuosità che ci si attende dal giudice come pianista.

La passione delle giurisdizioni superiori per il metodo interpretativo supposto “oggettivo”, dopo tutto, non è per nulla accidentale. Essa, dopo le esperienze del passato tedesco, assicura ai giudici lo spazio di libertà più ampio possibile per discostarsi dai fini dimostrabili della norma e della legislazione, senza dovere apertamente indicare e fondare la posizione della norma da parte del giudice.

Importanti sostenitori di questa teoria in campo scientifico e numerosi giudici delle giurisdizioni superiori hanno partecipato in modo determinante alla risignificazione del diritto tedesco dopo più cambi di sistema e di Costituzione. È degno di nota che nella maggior parte dei libri di testo e dei manuali di storia del diritto moderno e di metodologia giuridica le “prestazioni” storiche di questo metodo nella perversione di ordinamenti giuridici non vengono nemmeno menzionate, per non dire analizzate e valutate da un punto di vista metodologico e didattico.

<sup>20</sup> W. MÖSCHEL, *Juristenzeitung* 3/2006, p. 113-118; sul punto B. RÜTTERS, *Neue Juristische Wochenschrift* 23/2006, p. 1640-1642.

<sup>21</sup> Così anche G. HIRSCH, *Juristenzeitung* 2007, 856.

<sup>22</sup> G. HIRSCH, *ibidem*.