

SISTEMA GIURIDICO*

Franco Modugno

SOMMARIO: 1. IL SISTEMA E LA DOGMATICA. – 1.1. Nozione. – 1.1.1. Nozione generale di sistema. – 1.1.2. Origine e sviluppo della nozione in generale. – 1.1.3. Nozione di sistema giuridico. – 1.2. Formazione storica del «sistema giuridico». – 1.2.1. Sistema «esterno» e sistema «interno». – 1.2.2. La «costruzione» del sistema giuridico dal giusnaturalismo alla Scuola storica. – 1.2.3. La «costruzione» del sistema giuridico in Savigny e la sua (produttiva) ambiguità. – 1.3. Sistema e ordinamento dalla «*Begriffsjurisprudenz*» alla «*Interessenjurisprudenz*». – 1.3.1. Sistema e metodo nella pandettistica. – 1.3.2. La reazione della «giurisprudenza degli interessi» e la crisi del metodo dogmatico. – 1.3.3. Il punto di non ritorno: il momento valutativo nella interpretazione e applicazione del diritto. – 2. IL SISTEMA E L'ERME-NEUTICA. – 2.1. Il superamento del positivismo giuridico e la trasformazione della «giurisprudenza degli interessi» in «giurisprudenza valutativa». – 2.1.1. Il senso della partecipazione del giudice alla formazione del diritto. – 2.1.2. Il passaggio dalla «*Interessenjurisprudenz*» alla «giurisprudenza valutativa» e alla concezione del «diritto naturale relativo» a valori storicamente affermatasi e positivamente accolti. – 2.1.3. Fondamenti legislativi ed extralegislativi di valutazione. – 2.2. Il «sistema giuridico» tra pensiero dogmatico e pensiero problematico. – 2.2.1. La nuova teoria generale ermeneutica. – 2.2.2. La nuova topica. – 2.2.3. Contrapposizione o coesistenza tra «sistema» e «problema»? Verso un sistema aperto? – *Bibliografia*.

1. IL SISTEMA E LA DOGMATICA

1.1. *Nozione*

1.1.1. *Nozione generale di sistema.* – «Sistema giuridico» è espressione specificativa del termine «sistema», col quale si designa almeno: sia *a*) un complesso di elementi interdipendenti in modo da formare un tutto (per es. siste-

* Pubblicato in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Istituto Enciclopedia Italiana – G. Treccani, Roma, 1993.

ma dei corpi celesti), sia *b*) un complesso di nozioni, proposizioni, principi, logicamente connessi tra loro relativi ad una determinata scienza o attività pratica. In questo secondo senso si possono suddividere: *b1*) sistemi come complessi organizzati di dottrine, filosofiche o scientifiche, in coerente interrelazione secondo un principio unificante (per es.: sistema aristotelico, hegeliano, geometrico euclideo); *b2*) sistemi come modi, o insieme di principi o criteri, di organizzazione di un *quid* determinato (per es.: sistema sociale, economico, finanziario, tributario, di governo, feudale, rappresentativo, bicamerale, capitalistico, socialista, di economia mista); *b3*) sistemi come procedimenti o complessi di operazioni con cui si tende al perseguimento di un determinato scopo (per es.: sistema costruttivo, di riscaldamento, di illuminazione, di lavoro, d'insegnamento, di gioco, di vita). La differenza tra sistema, in quest'ultimo significato, e metodo è più quantitativa che qualitativa: il metodo esprime l'ordine delle fasi di un procedimento o di un'operazione, il sistema il complesso ordinato delle varie fasi.

«Sistema giuridico» può intendersi in tutti e in ciascuno dei precedenti significati.

Nel senso indicato *sub a*) sistema giuridico è l'equivalente di ordinamento giuridico, inteso in generale come complesso di entità interdipendenti (istituzioni, norme, soggetti).

Nel senso indicato *sub b*) sistema giuridico è, rispettivamente, *b1*) un corpo di dottrine di un giurista (per es.: sistema kelseniano) o di un gruppo di giuristi (per es.: sistema della Scuola storica) (c.d. sistema estrinseco: LAZZARO, G. [51], 459, *sub 2. A*), *b2*) l'equivalente di un ordinamento giuridico determinato o positivo per es.: l'ordinamento italiano, canonico, internazionale, francese, tedesco) (c.d. sistema intrinseco: LAZZARO, G. [51], 459, *sub 2. B*), *b3*) il metodo sistematico o dogmatico che dir si voglia.

1.1.2. *Origine e sviluppo della nozione in generale.* – La nozione di sistema ha origine nel pensiero filosofico antico, come rappresentazione e riproduzione della totalità del reale inteso come organismo. Più precisamente sorge in Aristotele come idea di un'organizzazione sistematica di tutte le scienze nel complesso dello scibile. Ma sono gli Stoici che, definendo con il termine *σύστημα* l'ordinata totalità cosmica, contribuiscono a far accogliere la designazione di tale attributo dello scibile col derivato *συστηματικόν* (sistematico).

Se, però, la sistematicità dell'insieme delle verità (delle dottrine) filosofiche è originariamente esemplata sul modello della realtà esterna di per sé considerata come ordinata, essa poi subisce modernamente un *processo di sviluppo* (ed acquista un significato specifico) allorché viene fondata esclusivamente dapprima (nel razionalismo) sulla coerenza deduttiva (sul modello della conoscenza matematica), quindi (a partire da Kant) sul carattere unitario del prin-

cipio che deve presiedere al legame tra le singole proposizioni della conoscenza, infine sullo stesso insieme di verità (di dottrine) in virtù di leggi ad esse intrinseche, rappresentando in tal modo la garanzia ultima della verità (che può esprimersi unicamente in forma di sistema mediante rigoroso svolgimento di tutti gli aspetti del reale da un unico principio razionale) che è tale in quanto logicamente pensabile.

Da qui la identificazione nei grandi sistemi idealistici postkantiani, della sistematicità con la coerenza interna e logica, e l'uso del sintagma *esprit de système*.

La logica contemporanea, pur mantenendo il carattere deduttivo del sistema, tende ad abbandonare l'unicità del principio, per cui i diversi assiomi non devono essere deducibili l'uno dall'altro. Nella logica e matematica moderne con sistema assiomatico si intende un complesso di oggetti linguistici la cui struttura e le cui relazioni sono specificate in modo completo ed esplicito. In ogni sistema assiomatico sono definiti: un alfabeto (insieme di segni o simboli), l'insieme delle espressioni (successioni di segni, successioni finite nei linguaggi usuali), l'insieme delle formole (espressioni «significanti» o «grammaticalmente corrette», l'insieme degli assiomi (formole scelte come asserti «primitivi» del sistema) e l'insieme delle regole di inferenza. Di qui sono definiti i concetti di teorema e di dimostrazione (c.d. sintassi del sistema). Inoltre è specificato il complesso di regole e di prescrizioni mediante le quali è possibile «interpretare» le formole del sistema, cioè assegnare loro un significato e stabilire quindi per esse i concetti di verità e falsità (c.d. semantica del sistema). Sistemi formali sono i sistemi assiomatici nella loro parte sintattica.

Al pensiero sistematico (orientato a ragionare sulla base o all'interno del sistema in forma deduttiva) si usa contrapporre il pensiero empirico, il pensiero storico, il pensiero problematico, in quanto non necessariamente dotati di rigorosa coerenza. Quest'ultimo, in particolare, è orientato a porre esigenze o problemi.

La conciliazione dell'esigenza sistematica con quella problematica si profila nella concezione del pensiero o sapere come concatenazione coerente di problemi e, ancor meglio, in quella del sapere come problema e relativa soluzione. Tale sviluppo della nozione di sistema e tali distinzioni sono sempre presenti, come si vedrà, nel pensiero giuridico.

1.1.3. *Nozione di sistema giuridico.* – Il «sistema giuridico» è *species* del genere sistema, in generale.

È uno dei tipi di sistemi nel contesto del più generale concetto di sistema. Strutturalmente, le tre proprietà che rendono stabile e invariante un sistema o complesso di entità sono: *a*) l'inclusione di tutti gli elementi della propria classe; *b*) l'esclusione (relativa) di tutti i fenomeni estranei; *c*) la coerenza (relativa)

di tutti gli elementi che lo compongono. Questa nozione è particolarmente applicabile al sistema giuridico, inteso come sistema della scienza giuridica. Gli elementi o entità del sistema della scienza giuridica sono i suoi concetti fondamentali (*Grundbegriffe*), ossia, più precisamente, le «istituzioni» e le «norme» (cfr. WIEACKER, F. [71], 63). Nella contemporanea teoria dei sistemi, in cui il sistema è considerato come un tutto delimitato mediante confini rispetto ad un ambiente, il sistema giuridico è tale rispetto all'ambiente sociale, ossia è un sottosistema del sistema della società (LUHMANN, N. [53], 107 ss.).

1.2. Formazione storica del «sistema giuridico»

1.2.1. *Sistema «esterno» e sistema «interno».* – Già nella scienza giuridica occidentale antica si profila una distinzione tra due nozioni di sistema giuridico come sistema di conoscenza giuridica: il sistema «esterno», come «convenzionale sequenza di rappresentazione degli oggetti di una scienza», e il sistema «interno», come «organizzazione dialettica di un ambito di sapere attraverso la classificazione completa e la definizione dei suoi oggetti», in modo talmente compatto «che la classe più elevata (*genus*) forma l'oggetto della stessa scienza, dal quale, attraverso sottoclassi e specie (*species*) si giunge finalmente all'ultima specie (ἄτομον, ἰδιώτατον), ossia al fenomeno singolo» (cfr. WIEACKER, F. [71], 63 s.). Si ricordano, come esempi di sistema esterno, il sistema delle Dodici Tavole, del *jus civile* muciano, il sistema edittale, l'ordinamento legale giustiniano; come esempi di sistema interno, i sistemi di istituzioni gaiana e giustiniana. Ma si tratta di una qualificazione, oltre che di una distinzione difficilmente riferibili al pensiero giuridico romano, poiché l'esigenza «di osservare un certo ordine nella trattazione del *jus civile*», manifestatasi con Q. Mucio Scevola in epoca repubblicana e poi ricorrente tra i giuristi romani, a scopi conoscitivi e didattici, pur sviluppatasi nel senso di predisporre non soltanto un «ordine parziale, riferito a determinate figure giuridiche affini» bensì pure «un loro collegamento logico interno», non ha messo capo ad un vero e proprio sistema quale lo intendiamo modernamente, con riferimento alla «totalità dell'ordinamento o, almeno, del diritto privato» (PARADISI, B. [51], 460). Solo nel periodo intermedio il problema e il valore dell'ordine e della chiarezza furono sostituiti dalla preoccupazione di comparare ed aggruppare quanto nelle varie parti del *Corpus juris* riguardasse uno stesso argomento (ciò non toglie che «il problema della sistematica ... viene ancora inteso in un senso del tutto estrinseco»: ORESTANO, R. [56], 65). Una certa struttura sistematica emerge soprattutto nella considerazione delle fonti (leggi imperiali, diritti locali, consuetudini, diritto canonico), anche se sempre di ca-

rattere estrinseco, rivolta, cioè, alla determinazione dell'ordine gerarchico delle norme, «non alla costruzione di concetti dogmatici riferiti a singoli istituti o gruppi di essi» (cfr. PARADISI, B. [51], 12).

Del resto occorre osservare, in generale, che il c.d. sistema delle fonti rappresenta un tipico esempio di sistema c.d. esterno o estrinseco, non già perché espressione più o meno mediata di un ordinamento storico-positivo, quanto piuttosto perché tendenzialmente rivolto alla determinazione di un ordine delle norme in ragione della loro derivazione (validità), più che della coerenza dei loro contenuti. Le origini dell'idea di un sistema «interno», di un *esprit de système*, come complesso unitario formato da elementi (le norme) coerenti nel loro contenuto, possono forse rintracciarsi, se pur confusamente, nel pensiero rinascimentale, proprio nel momento in cui al diritto romano, privato per evidenti ragioni storico-politiche del valore di diritto vigente, fu invece riconosciuto (o conservato) quello di diritto esemplare, dal punto di vista logico.

Affiora qui l'idea della razionalità interna, dell'autonoma validità del diritto, *ut sic*. Non è un caso che questo valore di superiorità logica dell'eredità giuridica romana fu riscoperto nelle richieste della pratica forense, nell'applicazione del diritto ai casi concreti, nell'attività giurisprudenziale. D'altra parte l'idea dell'*ordo* in generale e non specificamente giuridico rappresentava un aspetto dominante del pensiero rinascimentale (si pensi all'importanza per il pensiero giuridico europeo dell'opera di Pietro Ramo che, sostenendo l'unicità della ragione dialettica e retorica, proclamava l'essenziale validità del metodo per la conquista della verità e, ad una, per il conseguimento dell'ordine concepito non soltanto come disposizione degli elementi, ma come sapere scientifico).

Queste due esigenze – pratica e teorica – confluiranno più tardi nella idea e nella costruzione del sistema giuridico. Per il momento, l'arricchimento dei concetti giuridici (si pensi per es. alla identificazione, da parte dell'Althusius, di una *constitutio juris* come diritto oggettivo e delle *species juris* come diritto soggettivo), sia pure consegnati per lo più in tabelle classificatorie, aveva riproposto soltanto una sorta di ordine sistematico di significato prevalentemente metodico e didattico, ossia «equivalente a sistemazione e non a quella che sarà poi la sistematica vera e propria, cioè un complesso di concetti che il giurista può mettere in relazione al fine di risolvere per loro mezzo un problema interpretativo; in definitiva, nascita di altri concetti» (PARADISI, B. [59], 14). Perché – occorre dirlo subito – il valore del sistema giuridico «interno» come sistema logico-deduttivo di concetti sta proprio nella sua pretesa capacità produttiva di massime giuridiche che guidano l'applicazione del diritto, le cui decisioni concrete assumono la forma di deduzioni logico-sistematiche.

1.2.2. *La «costruzione» del sistema giuridico dal giusnaturalismo alla Scuola storica.* – Per attingere quest'idea di sistema «interno» è necessario considera-

re quello che è stato forse il fattore storico più determinante: l'avvento del pensiero moderno e del nuovo metodo cartesiano, sulla cui base si formò quel *mos geometricus* che rese possibile – anche nella scienza giuridica – la trasformazione di un semplice *ordo* in sistema propriamente detto (cfr. PARADISI, B. [59], 15 s.). Le formole e le dimostrazioni della matematica e della geometria erano dotate di quella stessa caratteristica di immutabilità – sinonimo di razionalità – che era stata considerata, fin dal *Corpus juris* e poi successivamente nella combinazione del diritto romano con i diritti nazionali, propria del diritto e soprattutto della sottostante idea di giustizia e del diritto naturale. Di analogo caratteristica fondamentale – la stabilità – godevano del resto anche i fondamenti del potere e lo stato della società civile. Il risultato più significativo di questa convergenza nel campo del diritto fu l'opera del leibniziano C. Wolff: *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1740-1748). L'intento di formare un sistema «interno» del diritto era esplicitamente dichiarato dallo stesso Wolff, poiché «*constans nimirum omnium obligationum ac jurium inter se nexum est, ut alia ex aliis deduci continuo ratiocinationis filo possint, et veritatum inter se compagem constituent, quid sistema appellatur*» (*Institutiones iuris naturae et gentium*, § 62. Sulla *methodus scientifica* di Wolff come esempio di «ragione scientifica, deduttiva, produttrice di sistemi rigorosi», v. PATTARO, E. [61], 265). Il tentativo fallì sul nascere, dal momento che la società e il diritto che ne è l'espressione non potevano essere considerati alla stessa stregua dei numeri e delle figure geometriche che sono mere costruzioni dell'intelletto. Al contrario, già nel periodo illuministico, si faceva strada l'idea che la realtà storica, in cui si inscrivono la società e il diritto, è una determinazione della natura assai più ricca e complessa: la vita degli uomini è dominata da molteplici fattori (nell'esemplificazione montesquiviana: «il clima, la religione, le leggi, le massime del governare, gli esempi delle cose passate, i costumi, gli usi») dai quali si forma un *esprit général*. E l'*esprit des lois* è appunto il rapporto tra la legislazione (il diritto) e la realtà: un rapporto vicendevole (la «natura delle cose»), poiché, se la legge è regola dei rapporti umani, sono poi questi ultimi a ispirarla e condizionarla. Le leggi umane positive sono, dunque, variabili e relative, anche se la giustizia che in esse si esprime, secondo modalità di tempi e di luoghi, è immutabile. Ma la loro validità incontra, appunto per questo, il limite dell'arbitrarietà. Questo sostanziale relativismo del diritto positivo, a fronte dell'immutabilità e invariabilità del diritto naturale, penetrò e ispirò la Scuola storica tedesca e condusse al rovesciamento della concezione giusnaturalistica, con la sostituzione del diritto romano al diritto naturale (Hugo). In tal modo fu possibile conservare la base per la costruzione del sistema giuridico, idea e compito che caratterizzarono la Scuola storica.

1.2.3. *La «costruzione» del sistema giuridico in Savigny e la sua (produttiva) ambiguità.* – Se già Savigny costruisce il «sistema del diritto romano attuale» (che è il titolo della sua opera maggiore, 1840), nel senso già compiuto di sistema «interno», non può dirsi che tale sistema sia anche, senz'altro, un sistema «chiuso», come quello che sarà poi il sistema della pandettistica. Savigny distingue tra semplice ordine della trattazione (o «sistema esterno») e «intrinseca unità degli istituti giuridici» (o «sistema interno») e persegue ovviamente l'idea del sistema «interno». Poiché «nella ricchezza della realtà vivente tutti i rapporti di diritto formano un solo corpo organico; ma se noi vogliamo studiarli o spiegarli agli altri, siamo costretti di decomporre questo corpo organico, e di esaminare successivamente le sue diverse parti» (SAVIGNY, F.C. [64], 79).

Il sistema giuridico è dunque un'unità oggettiva ed organica che la scienza giuridica deve analizzare. Questa unità-totalità del diritto, inizialmente (SAVIGNY, F.C., *Juristische Methodenlehre*, corso di lezioni 1802-1803, trascrizione di J. Grimm, pubblicato da G. Wesenberg, Stuttgart, 1951) identificata con la disciplina legislativa («la legislazione esprime soltanto una totalità»), si fa visibile soltanto nel sistema, cosicché sia l'elemento storico, sia quello sistematico, coesistono in ogni interpretazione di una legge. Tuttavia ciascuno di essi è alla base di un particolare metodo: lo storico, che prende in considerazione la genesi di ogni legge in una determinata situazione storica (sistema come un *quid* che progredisce); il sistematico, che deve rappresentare le «massime giuridiche» secondo il loro «nesso interiore». Soltanto col saggio *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), questa posizione di rigido positivismo legislativo è superata: non più la legge, ma la convinzione giuridica del popolo – lo «spirito del popolo» – è fonte originaria di ogni disciplina giuridica. Di conseguenza gli *istituti giuridici* (i rapporti umani concreti e tipici) – momento originale e centrale nel pensiero del Savigny – costituiscono, unitamente alle regole, gli elementi del sistema: essi presentano una «natura organica» sia «nella vivente connessione delle sue parti che nella progressiva evoluzione»; non risultano dal riassunto delle regole giuridiche, le quali al contrario hanno «la loro base più profonda nell'intuizione degli istituti giuridici».

Tra l'idea dell'istituto giuridico (che ha guidato il legislatore nella formulazione della regola) e la forma astratta della regola sussiste, però, una «sproporzione», il cui superamento è affidato alla scienza giuridica. Mentre dunque il primo Savigny «intende il sistema del diritto esclusivamente come un sistema di regole giuridiche, che sono collegate l'una all'altra *logicamente*», il Savigny maturo «prende le mosse piuttosto dal nesso “organico” degli “*istituti giuridici*” viventi nella coscienza generale»; in questo modo egli «si libera dallo stretto ossequio alla lettera della legge ... a vantaggio di una più forte considerazione dello scopo della legge e della coerenza logica esistente nell'idea com-

plexiva dell'istituto» (LARENZ, K. [50], 15-16). Ma, non avendo chiarito in qual modo sia possibile ricondurre la singola regola, sorta per «astrazione» dall'istituto, all'unità logica di quest'ultimo, poiché tale unità esiste soltanto nell'intuizione e non nel pensiero concettuale, quel che soprattutto rimase e fu trasmesso alla successiva *Begriffsjurisprudenz* della pandettistica fu «l'idea del sistema come sistema "scientifico" formato da concetti giuridici» (LARENZ, K. [50], 16). Corrispondentemente, nel pensiero maturo dello stesso Savigny, è presente una fondamentale distinzione tra «interpretazione delle leggi separatamente» (SAVIGNY, F.C. [64], §§ XXXIII ss.) e «interpretazione de' fonti del dritto considerati nel loro insieme» (SAVIGNY, F.C. [64], §§ XLII ss.): soltanto nella prima il ricorso al «motivo della legge», se non è proprio respinto – come nell'opera giovanile – è ammesso però soltanto «con molta precauzione e riserva» (SAVIGNY, F.C. [64], 72), mentre nella seconda, specie con riferimento alla «determinazione del dritto col mezzo dell'analogia» al fine di «creare un'istituzione in armonia col dritto esistente», «il giusto valore de' motivi della legge diviene allora importantissimo». È vero cioè che «la conseguenza intrinseca del dritto è la base di qualunque analogia; ma non è sempre una catena di deduzioni puramente logiche, è ancora un'armonia organica della quale abbiamo coscienza, quando abbracciamo l'insieme vivente de' rapporti di dritto e delle istituzioni che li dominano». In tal caso insomma nell'attività interpretativa si inserisce un momento di vera e propria formazione del diritto, poiché «supponiamo la mancanza di qualunque disposizione legislativa, e vogliamo supplirvi in virtù dell'unità organica del dritto» (SAVIGNY, F.C. [64], 90, 98). Questa fondamentale distinzione del Savigny maturo – veramente precorritrice degli sviluppi più moderni del pensiero dogmatico e sistematico – è stata fatta cadere dalla pandettistica successiva, che ha perseguito invece l'ideale del sistema come «sistema chiuso», poiché la concretezza dell'esperienza giuridica dell'epoca era costituita dai bisogni sociali rappresentati dal liberismo economico che concepiva «l'ordine sociale come risultato naturale del libero incontro delle forze economiche individuali sul mercato» e assegnava pertanto al diritto «la sola funzione di garantire a ciascun produttore una uguale misura di libertà formale», così che «il progresso appariva uno sviluppo organico di strutture semplici e relativamente stabili, a partire dalle quali si irradiava uniformemente secondo direttive tracciate dagli stessi produttori sulla scorta di principi giuridici – proprietà, libertà di contratto, libertà di lavoro – compenetrati da valori reputati immutabili» (MENGONI, L. [54], 6). Il futuro, insomma, era concepito come prolungamento e sostanziale ripetizione del passato; il progresso come processo «interno» ad un «ordine prestabilito», come sviluppo organico di strutture semplici e relativamente stabili in un orizzonte stabilito da una volontà legislativa costante (cfr. VLACHOS, G., *Nouvelles recherches sur la philosophie des valeurs du droit*, in *Arch. phil. dr.*, 1965, 139 s.,

citato in MENGONI, L. [54], 6, nt. 16); il diritto privato come un sistema di concetti giuridici isolabile e isolato dai rapporti reali della vita sociale e quindi idoneo alla conoscenza, ovvero alla produzione (secondo la pur significativa alternativa di BERGBOHM, K. [8], 523 s. e nt. 50) di *nuove regole* formate attraverso la costruzione sistematica, ma senza alcun rapporto con le loro conseguenze e incidenze nella realtà sociale, ossia in base a una dogmatica socialmente non funzionale (o funzionale soltanto ad una realtà sociale prevalentemente statica e uniforme o scarsamente dinamica).

1.3. *Sistema e ordinamento dalla «Begriffsjurisprudenz» alla «Interessen-jurisprudenz»*

1.3.1. *Sistema e metodo nella pandettistica*. – Il sistema «interno» e «chiuso» si forma, dunque, nel periodo dominante del liberalismo borghese ottocentesco. Il sistema si presentava come un insieme di concetti estratti attraverso l'analisi formale del contenuto della legge, interdipendenti, cioè collegati tra loro in via logico-deduttiva, e risalenti, al vertice – a guisa di «piramide concettuale», qualificata in seguito come «sistema improprio» (JERUSALEM, F.W. [45], 130 s.) –, al concetto di diritto soggettivo, che esprime l'autonomia della volontà del soggetto intesa, kantianamente, come principio supremo della moralità. Questa visione sistematica la si ritrova già compiuta nell'opera di G.F. Puchta, che trasforma – disinvoltamente e arbitrariamente – la connessione organica savignyana degli istituti giuridici in una connessione logica di concetti, che è considerata fonte conoscitiva di massime giuridiche in precedenza ancora ignote, aggiungendo esplicitamente alle altre due principali e tradizionali fonti del diritto (legge e consuetudine) la scienza come terza fonte (cfr., sulla «genealogia dei concetti» di Puchta, LARENZ, K. [50], 19 ss.). Si può dire che, se il giusnaturalismo e il giusrazionalismo dei secoli XVII e XVIII furono alla base della costruzione del *sistema more geometrico demonstratum* (sistema di enunciati generali – *regulae juris* – sulle proposizioni normative, specie del genere *regulae dogmaticae*, suscettibili di verifica o falsificazione alla stregua delle proposizioni del calcolo e della geometria), è nella pandettistica tedesca del sec. XIX che giusnaturalismo e giusrazionalismo (e quindi l'idea di sistema) subiscono una trasvalutazione, a seguito della convinzione, di ascendenza kantiana, della irripetibilità della forma della conoscenza matematica nelle altre scienze, tra cui la scienza giuridica. Le nuove basi del sistema sono il formalismo etico kantiano, il positivismo giuridico (che, almeno in una sua versione: CONTE, A.G. [20], 422, ne è una derivazione: WIEACKER, F. [72], 352) e lo scientismo (universalizzazione del modello delle scienze naturali). Il formalismo etico è la base del positivismo giuridico: il diritto si libera da ogni giustifi-

cazione di ordine religioso e filosofico, si autolegittima, in quanto posto, come diritto positivo. E l'opera della pandettistica è rivolta alla positivizzazione del diritto romano inteso, ad un tempo, come «il nostro diritto naturale» (Hugo) e come «diritto attuale» (diritto comune dei paesi tedeschi) e, addirittura, come «codice» (Thibaut). Il diritto romano non è più soltanto *ratio scripta*, ma *lex scripta* e, come tale, acquista una funzione direttamente normativa. Se i suoi dogmi perdono la valenza di verità assolute, non sono poi fondati su principi di natura o di ragione superpositivi, sono assunti però come fondamenti di un diritto comune positivo e acquistano perciò valenza normativa come le leggi. Le proposizioni dogmatiche non sono più descrittive ed esplicative, bensì direttamente prescrittive. Si ha, insomma, immedesimazione delle leggi e dei dogmi giuridici. Se, dunque, il diritto positivo si autolegittima, cambia anche la funzione della dogmatica, che non è più quella del controllo di esso, sulla base di principi superiori o extrapositivi, bensì di una sorta di autocontrollo, risolvendosi nell'«esplicazione sistematica di un particolare punto di vista» (ROTHACKER, E. [63], 252 ss.), quello appunto del diritto positivo. Tutto questo è già chiarissimo nel pensiero del primo Jhering (nello *Spirito del diritto romano*, 1852-1858, e nella «Introduzione» degli *Annali di Jhering*), che accetta ed accentua la costruzione sistematica di Puchta: pur identificando ancora «il diritto con un organismo oggettivo della libertà umana», ma conferendo allo stesso «le proprietà di un prodotto naturale», egli intende il compito sistematico come scomposizione dei singoli istituti e delle massime giuridiche nei loro «elementi logici» e come ricomposizione, per produrre nuove massime giuridiche. In tal modo si ottiene una «moltiplicazione del diritto sulla sua base», ovvero «una crescita dall'interno», poiché «i concetti sono produttivi ... si accoppiano e generano nuovi concetti». Diversamente da Puchta, però, egli «non prende le mosse da un concetto fondamentale preconstituito al diritto positivo e costitutivo rispetto a questo, ma si serve, per la formazione dei concetti, di un procedimento, identico a quello delle scienze naturali esatte, che è esclusivamente induttivo» (LARENZ, K. [50], 30), non riuscendo, peraltro, a spiegare su quale base le nuove massime costituiscano diritto vigente.

La versione più accettata – ed anche più equilibrata e raffinata – del sistema chiuso della *Begriffsjurisprudenz* è rappresentata, però, dall'opera di B. Windscheid. In essa la contrapposizione tra la legge fonte del diritto e l'applicazione del diritto ai casi concreti è nettissima: la politica del diritto è alla base della «pronunzia emanata dallo Stato ... che qualche cosa sarà diritto» (WINDSCHEID, B. [74], § 14) – *quid jus?* –, pronunzia fondata «sulla consapevole valutazione dei motivi e sulla conscia comprensione degli scopi da raggiungersi» (WINDSCHEID, B. [74], § 15, nt. 4); mentre la pronunzia su che cosa è di diritto – *quid juris?* – va formulata in via deduttiva dai concetti con-

tenuti nelle norme e dalle loro connessioni sistematiche: «è il risultato di un computo, i fattori del quale sono i concetti giuridici» (WINDSCHEID, B. [74], § 24) assiologicamente neutrali, con esclusione quindi di qualsiasi elemento extrasistemico (morale, politico, economico) logicamente non calcolabile e quindi irrazionale (cfr. WINDSCHEID, B., *Die Aufgabe der Rechtswissenschaft, in Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, 112). La volontà del legislatore è «volontà razionale» e non mero arbitrio, perché guidata da considerazioni razionali. L'interpretazione della legge deve bensì accertare quel significato che «il legislatore ha collegato alle parole da lui adoperate», ma deve altresì «tenere conto anche del valore del risultato, in quanto, cioè, si possa ritenere che il legislatore ha voluto dire qualcosa di congruente, di adeguato, piuttosto che qualcosa di vuoto e di inadatto», ed anzi deve «scoprire, dietro il significato che il legislatore ha voluto esprimere, ciò che egli ha pensato effettivamente», deve insomma completarne il pensiero (cfr. LARENZ, K. [50], 34 s., e ivi i passi del *Diritto delle Pandette* da ultimo riportati). In tal modo la volontà di fatto, cosciente, del legislatore diviene volontà effettiva (razionalmente coerente). E l'idea «effettiva» delle massime giuridiche è raffigurata nei concetti giuridici, «sintesi di idee elementari», movendo dai quali, analizzati nelle loro idee elementari e ricomposti sulla base di queste, se ne coglie l'omogeneità, ossia si costruisce il sistema giuridico inteso come sistema logico.

1.3.2. *La reazione della «giurisprudenza degli interessi» e la crisi del metodo dogmatico.* – La scienza giuridica classica del sec. XIX, nel tentativo di costruire il sistema giuridico del diritto positivo o, meglio, *sul* diritto positivo, riconosce dunque, da un lato, la *storicità* e, quindi, la *positività* del diritto come risultato dell'evoluzione storica; dall'altro, presuppone la *razionalità* interna al diritto positivo, che si presenta (o si presume) già per sé come ordinamento razionale. Il sistema non è che la rappresentazione (produttiva) da parte della scienza giuridica di un ordine immanente al diritto. La legge, la *lex*, il diritto privato romano, è l'archetipo di questo diritto intrinsecamente razionale: *ratio scripta*, prima ancora che *voluntas*. Il sistema è dunque il prodotto del positivismo razionalistico del sec. XIX, al quale si contrapposero, specie a partire dal secondo trentennio, altre versioni del positivismo giuridico (psicologico, sociologico, pragmatico), secondo le quali la legge, la singola legge, è un fatto empirico che può essere conosciuto in maniera scientifico-causale, ma non «interpretato» come espressione di una inesistente *ratio* oggettiva. La concezione razionalistico-sistemica, al contrario, opera il tentativo di enucleare dalla legge la *ratio* oggettiva, liberandola dal suo «isolamento empirico» (come dice LARENZ, K. [50], 39) attraverso il procedimento di interpretazione logico-sistemica. Il punto di contraddizione

rimaneva però nella convinzione che l'interpretazione dovesse essere rivolta a scoprire la volontà storico-empirica del legislatore, in contrasto con l'assunto che la ragione della validità della legge risieda più nel fatto della sua razionalità che non in quello della positività.

Il tentativo di superare la contraddizione fu rappresentato, a fine secolo, dalla *teoria ermeneutica oggettiva*, in cui l'interpretazione della legge è svincolata dalla sua origine storica: il significato giuridicamente determinante non è quello pensato dal legislatore, ma quello oggettivo immanente nella legge: il senso della legge come totalità logica o come «organismo spirituale» (Kohler). Questa concezione ermeneutica chiarisce, in definitiva, in qual modo il sistema, da costruzione concettuale del diritto positivo storico (sul modello del diritto romano), si identifichi con l'ordine immanente ad ogni diritto positivo, in qual modo cioè il sistema, prima ancora di risultare dall'elaborazione dogmatica dei concetti giuridici, sia caratteristico di qualsiasi diritto positivo, che è, preso per sé, *già* un ordinamento. Così: già «nel concetto di ordinamento è implicito quello di razionalità» (Binding); la legge raffigura, «in conformità alla sua idea, la natura razionale della volontà che è adatta alla norma generale» (Wach); la «volontà della legge» non è la volontà psicologica del legislatore, ma la «volontà del diritto» espressa «in una massima giuridica come in un elemento dell'intero sistema giuridico» (Binding). La *differenza* tra la razionalità della legge affermata dalla *Begriffsjurisprudenz* e quella affermata dalla teoria ermeneutica-oggettiva sta nel fatto che il sistema-ordinamento di quest'ultima non è più inteso solo in senso formale – come nesso logico di concetti – bensì anche in senso sostanziale-teleologico – come sistema razionale degli scopi. Il sistema fonda la sua vera unità sulla validità di *principi generali* intesi come massime valutative e normative e non solo come sintesi astratte di concetti. Di qui il metodo ermeneutico definito espressamente «teleologico», orientato verso lo «scopo perseguito» dalla legge, e che si articola nei due momenti della ricerca delle «condizioni sociali» alle quali la legge dovrebbe soddisfare e del «rimedio migliore e più soddisfacente ... secondo le idee dell'epoca», per cui tra più interpretazioni possibili in base alla lettera va scelta quella che «corrisponde meglio allo scopo» (Kohler). Di qui pure l'«attualità» dell'interpretazione di una massima giuridica, che deve adattarsi al mutamento dei rapporti di fatto sui quali essa deve operare.

Questi risultati accomunano, in certo senso, la concezione ermeneutico-oggettiva alla *Interessenjurisprudenz*. La *differenza* fondamentale sta però nel fatto che i teorici della concezione ermeneutico-oggettiva non considerano incompatibili con la considerazione teleologica delle norme i metodi della *Begriffsjurisprudenz*, proprio perché gli scopi non sono quelli empirici del legislatore storico e delle forze sociali retrostanti (interessi reali, fattori causali), ma quelli oggettivi della legge (svelati grazie all'intrinseca razionalità del diritto).

Ma «la questione della natura logica di un pensiero “teleologico” non fu sollevata» (LARENZ, K. [50], 44), poiché, nel considerare il diritto positivo come un «organismo razionale», si era ancora conservato qualcosa della mentalità giusnaturalistica.

Soltanto sotto l'influenza del positivismo come concezione filosofica generale ogni residuo giusnaturalistico scompare nella scienza giuridica. Le teorie del diritto sorte in questo contesto spirituale sono quella psicologica e quella sociologica. Ad entrambe sfugge però la caratteristica essenziale del diritto, la pretesa di validità (LARENZ, K. [50], 50). Sarà poi Kelsen, pur nella sua mentalità positivista e nel più netto rifiuto del «diritto naturale» o di qualsiasi principio giuridico super-positivo, a rivendicare alla scienza giuridica la sua autonomia, precisandone l'oggetto proprio nello stesso ordinamento giuridico considerato «nell'autonomia propria della sua struttura logica» (KELSEN, H. [47], 33). Ma, alla metà del secolo scorso, la crisi del giusnaturalismo investì decisamente l'idea stessa del sistema giuridico. Sollecitata sia dalla trasformazione dei rapporti socio-economici nella società industriale, sia dagli stessi ideali politici della rivoluzione francese, che reclamavano il riconoscimento, anche nel diritto civile oltre che nel diritto pubblico e nel processo penale, la scienza giuridica non poteva più limitarsi ad interpretare le fonti giuridiche romane e a costruirvi attorno un sistema coerente di concetti logicamente deducibili. Il primo ad aver colto questa esigenza è lo stesso Jhering (già nelle *Lettere di uno sconosciuto sulla giurisprudenza contemporanea*, 1861, e poi nel quarto volume dello *Spirito del diritto romano*, 1864). Non solo le norme giuridiche, ma anche i concetti dogmatici, ricavati per «concentrazione», si trasformano nel tempo. «È un'idea infantile», perciò, «credere alla immutabilità dei concetti del diritto romano». Non è più possibile identificare nella coerenza logica la validità pratica di una norma. Ogni norma ha la sua origine in relazione e motivi pratici, mentre solo per «comodità» didattica si escogita un punto di vista, dal quale farla dipendere «quale conseguenza logica». Il sistema giuridico torna ad essere sistema didattico, ordine esteriore (esterno) delle norme. Nella giurisprudenza pragmatica del secondo Jhering, il creatore del diritto, «il soggetto dello scopo», del «motivo pratico» da cui trae origine ciascuna norma, non è più neppure il legislatore personificato, ma direttamente la società (che è «un agire insieme per scopi comuni»). E non è neppure possibile alcuna gerarchia oggettiva degli scopi sociali. È la proclamazione estrema della relatività di ciascuna norma giuridica e dell'antisistema (cfr. COING, H. [19], 149 ss.).

La questione «se gli scopi sociali non dipendano a loro volta da una *gerarchia di valori* oggettiva, che trova la sua espressione nell'ordinamento giuridico inteso quale *totalità logica*» (LARENZ, K. [50], 65), fu affrontata invece dai teorici della *Interessenjurisprudenz*. L'avversione all'idea dell'ordinamento giuri-

dico come sistema chiuso di concetti e al primato della logica nella elaborazione della scienza giuridica è caratteristica della «giurisprudenza degli interessi», che vi contrappone il «primato dello studio e valutazione della vita» (HECK, Ph. [39], 2). Il nuovo metodo vale soltanto per la «scienza pratica del diritto», corrispondente a quella che tradizionalmente è chiamata «scienza dogmatica» (HECK, Ph. [39], 17). Il diritto è «tutela di interessi», non solo nel senso che i comandi legislativi sono «destinati a delimitare interessi», ma soprattutto nel senso che «sono essi stessi il prodotto di interessi» (HECK, Ph. [40], 17). Ma che cosa sono gli «interessi»? Sono le forze sociali, fattori causali che muovono e motivano l'azione del legislatore. Così che l'interpretazione deve risalire a questi «interessi causali» che, a volta a volta determinati, avrebbero come conseguenza «rappresentazioni di dovere» nel legislatore che li «trasforma» in comandi (HECK, Ph. [39], 73; cfr. pure STOLL, H. [67], 72) (c.d. teoria genetica degli interessi). Oltre a questo, gli interessi costituiscono l'oggetto al quale si riferisce la valutazione del legislatore, che vuole «delimitare l'uno rispetto all'altro gli interessi vitali in contrasto tra loro» e che risale «alla rappresentazione di un ordinamento che si deve cercare di realizzare, cioè ad un ideale sociale» (HECK, Ph. [40], 41): ogni massima giuridica contiene «mediamente un giudizio di valore sui conflitti di interessi che stanno a base di essa» (STOLL, H. [67], 67). In tal modo, con l'introduzione di un criterio valutativo, e «del concetto di valore è abbandonata la considerazione esclusivamente "causale" della norma giuridica» (LARENZ, K. [50], 72), anche se questi autori continuano ad utilizzare la nozione di «interesse» come criterio della valutazione degli interessi. In ogni caso la *Interessenjurisprudenz* – e questo è importantissimo per lo sviluppo del concetto di sistema da «chiuso» ad «aperto» – ha posto al centro della metodologia giuridica la questione della possibilità delle lacune nella legge e del modo per colmarle, opponendosi al «procedimento di inversione» proprio della *Begriffsjurisprudenz*, che consisteva nel ricavare, mediante la deduzione logica, da concetti generali (peraltro soltanto da quelli ricavati induttivamente da singoli comandi legislativi) nuove massime giuridiche non espresse nella legge (cfr. HECK, Ph., [39], 91 ss., 166; ID., [40], 71). Ci sono però «molti concetti giuridici, il cui contenuto proviene da un'altra fonte che quella di un dato complesso di norme» (LARENZ, K., [50], 73, che esemplifica: persona, comportamento, causalità, imputazione). E in questo senso la critica al metodo dogmatico non coglie il segno, poiché tali concetti «non sono in realtà nozioni "giuridiche" generiche ricavate per astrazione dalle norme di un determinato diritto positivo, ma sono categorie o reali-ontologiche od etiche, del cui contenuto noi possiamo prendere coscienza eventualmente sulla scorta delle disposizioni di diritto positivo, senza che peraltro esso discenda da queste disposizioni» (LARENZ, K. [50], 74). Questo è il punto veramente importante: la critica della «giurisprudenza degli interessi»

al c.d. procedimento di inversione vale soltanto per la derivazione di nuove massime giuridiche dalle nozioni generali epagogicamente ricavate dalle norme vigenti. Essa apre pertanto ad un diverso procedimento per colmare le lacune: quello dello «sviluppo assiologico del comando» (HECK, Ph. [40], 100) respingendo l'altro della deduzione logico-formale da un concetto superiore. Gli interessi in gioco vanno valutati sì in modo autonomo, ma nel senso dei principi valutativi contenuti nella legge. L'integrazione dei comandi legislativi è vincolata «ai giudizi di valore riconoscibili del legislatore»; altrimenti, se questi non sono riconoscibili, occorre «una valutazione autonoma» (HECK, Ph. [40], 160). La scienza giuridica è ormai designata come «ricerca di valori» (HECK, Ph. [39], 132), anche se poi il valore, anziché essere un *quid* oggettivo (un criterio valutativo), è ancora un giudizio, un atto mentale soggettivo.

Per ciò che concerne più direttamente la formazione dei concetti e del sistema, la critica al sistema logico-formale dei concetti generali e astratti si incentra sulla sua incapacità a produrre la conoscenza di nuove massime giuridiche, ossia si risolve nella sua derubricazione da preteso sistema interno a sistema esterno (dotato cioè di semplice valore espositivo e non conoscitivo-produttivo) (cfr. STOLL, H. [67], 81, 87; HECK, Ph. [39], 84, 142 ss.; ID., [41], Appendice, § 1, 1b e, più tardi, CANARIS, C.W. [17], 19), in quanto formato su «concetti di comando o di ordine» (per es. diritto soggettivo, atto illecito) e non su «concetti di interesse» (per es. situazione di interesse, interesse al perfezionamento, alla stabilità), i quali, d'altra parte, sono inadatti per la formazione del sistema (STOLL, H. [67], 80, 90, che ritiene però il sistema esterno necessario per la «continuità dell'amministrazione della giustizia»), ma determinanti per la ricerca degli interessi e quindi per l'interpretazione della legge e l'applicazione del diritto (HECK, Ph. [41], 1, contrappone, ad es., il «concetto di ordine» del diritto di credito – come diritto soggettivo del creditore di esigere un comportamento, la prestazione del debitore – al «concetto di interesse» dell'obbligazione, che serve allo scopo di appagare il creditore, per mezzo di un sacrificio imposto al debitore). In definitiva, al «sistema scientifico nel senso di sistema esterno», formato «mediante il raggruppamento di concetti di ordine», in cui è determinante l'interesse alla rappresentazione, cioè, «la ricerca della spiegazione da un lato, della semplificazione e della veduta d'insieme dall'altro» (HECK, Ph. [39], 176), è contrapposto il «sistema interno» come concatenazione di fatto delle soluzioni dei problemi trovate grazie alla ricerca degli interessi) che esiste già nelle relazioni della vita che si tratta soltanto di riprodurre (HECK, Ph. [39], 150 s. e nt. 1).

1.3.3. *Il punto di non ritorno: il momento valutativo nella interpretazione e applicazione del diritto.* – In tutte le concezioni sin qui esaminate il concetto di sistema è distinto da quello di ordinamento giuridico, come insieme delle leggi

positive che il sistema, nelle sue varie accezioni, è rivolto ora semplicemente a rispecchiare, ora ad ordinare, ora ad integrare e sviluppare. Anche nelle concezioni più «positivistiche» – che aspirano all'identificazione del sistema con l'ordinamento, nel senso che il primo dev'essere quanto più possibile lo «specchio» di quest'ultimo – la considerazione degli scopi della legge, pur essendo tendenzialmente od esclusivamente «riservata» al legislatore e «preclusa» al giurista e al giudice, entra tuttavia a comporre un elemento indefettibile nella costruzione del sistema. Tanto è vero che essa risorge comunque nell'opera interpretativa, come considerazione della *ratio legis*. In altri termini il sistema è sempre distinto dall'ordinamento, *in quanto costruito su un ordinamento dato*, pieno di contenuti, anche indipendentemente dal fatto che tali dati contenuti siano di esclusiva pertinenza del legislatore ovvero siano codeterminati dal giurista e dal giudice.

Il tentativo più rigoroso di identificare ordinamento e sistema fu condotto invece dal Kelsen. Se la «dottrina pura del diritto» «non considera lo scopo, che viene perseguito e raggiunto, per mezzo dell'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e lo considera non con riferimento a questo scopo ... ma nell'autonomia propria della sua struttura logica» (KELSEN, H. [47], 33), allora il sistema costruito sull'ordinamento giuridico in generale (non su questo o su quell'ordinamento positivo) è sistema di mere forme logiche, anzi l'ordinamento in generale che ne è l'oggetto è esso stesso un sistema meramente formale. Insomma, se si espunge come «giuridicamente» irrilevante qualsiasi contenuto, il sistema giuridico coincide appieno con l'ordinamento (in generale) come sistema di mere forme. E, infatti, Kelsen definisce espressamente la giurisprudenza «come la geometria del fenomeno giuridico nella sua totalità» (KELSEN, H. [46], 93), dal momento che la scienza giuridica non ha a che vedere con il comportamento reale degli uomini o con processi psichici in quanto tali, ma con le norme giuridiche. E il diritto è appunto «un sistema di norme giuridiche» (KELSEN, H. [47], 66). Le pure forme di questa geometria sono le norme. E il contenuto dei concetti formali fondamentali del diritto «deve risultare unicamente dalla loro *funzione logica* nell'ambito del sistema, per così dire liberamente fluttuante, di questa dottrina giuridica» (LARENZ, K. [50], 102). La dottrina pura di Kelsen rappresenta in realtà l'ultimo (ed anche tardivo) tentativo di salvare il sistema giuridico, identificandolo peraltro *tout court* con un sistema meramente formale, con una struttura di mere forme (le norme) esclusivamente fondata sul *Sollen* e capace di rinchiudere e spiegare (?) giuridicamente qualsiasi contenuto positivo. La dissoluzione dei concetti di Stato, di persona giuridica (di soggetto del diritto), l'identificazione di diritto soggettivo e diritto oggettivo, non sono che gli esempi emblematici e più significativi.

Mentre dunque, secondo le dottrine tradizionali, giusnaturalistiche o posi-

tivistiche, l'ordinamento è l'insieme delle norme o degli interessi o dei rapporti o degli istituti giuridici e il sistema l'insieme dei concetti, costruiti dal giurista a partire da quei dati, che «rispecchiano» e «ordinano» i contenuti da essi offerti, al fine precipuo dell'interpretazione esatta delle norme (conforme alla ragione o alla volontà legislativa o alla realtà degli interessi sociali, ecc.), della loro applicazione ai rapporti sociali e anche al fine dello sviluppo (o del completamento) dell'ordinamento medesimo, per Kelsen l'ordinamento non offre dati o contenuti, ma semplicemente le forme e i procedimenti perché qualsiasi contenuto possa diventare il contenuto di una decisione giuridica, di una norma ai vari livelli del processo di concretizzazione del diritto. L'ordinamento è il complesso delle decisioni-norme prese ai vari livelli (costituzione, legge, regolamento, sentenza, atto amministrativo, negozio, atto coattivo concreto) in quanto complesso di norme ordinate nella loro concatenazione formale-produttiva (gerarchica) indipendentemente dai loro contenuti. Esso s'identifica perciò senza residui con il sistema delle forme e dei procedimenti mediante i quali è prodotto diritto valido. L'ordinamento-sistema disciplina «la sua propria produzione, e precisamente nel senso che una norma giuridica disciplina il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta, ed anche – in grado diverso – il contenuto della norma che deve essere prodotta» (KELSEN, H. [47], 74). Ma – si badi – la determinazione del contenuto della norma inferiore da parte della superiore avviene negativamente, escludendo cioè determinati contenuti come validi: la norma superiore non può mai determinare completamente l'atto mediante il quale essa è eseguita, ossia la posizione della norma inferiore: essa «in rapporto all'atto di produzione normativa o di esecuzione che la esegue, ha sempre e soltanto il carattere di una cornice che deve essere riempita per mezzo di questo atto» (KELSEN, H. [47], 91). Il soggetto chiamato a porre la norma inferiore ha sempre un margine di discrezionalità, di scelta tra «più possibilità, che sono date entro questa cornice» (KELSEN, H. [47], 94), ma questa scelta è sempre il frutto di un atto di volontà e non già, come opina la giurisprudenza tradizionale, di «un atto intellettuale di chiarificazione o comprensione», come se per suo mezzo «potesse essere fatta, tra le possibilità esistenti, una scelta corrispondente al diritto positivo, esatta nel senso del diritto positivo» (KELSEN, H. [47], 95). Non esiste, dunque, per Kelsen «un'unica decisione esatta» presa sulla base di una legge, nell'applicazione al caso concreto, né può dirsi «che l'esattezza di questa decisione, dal punto di vista del diritto positivo, sia fondata sulla legge stessa» (KELSEN, H. [47], 95). Ed aggiunge, significativamente, «come non si possono ricavare dalla costituzione, per interpretazione, leggi esatte, così non si possono ricavare dalla legge, per interpretazione, sentenze esatte» (KELSEN, H. [47], 98). Non vi è dunque, per Kelsen, nel processo di posizione-applicazione del diritto, nel processo di produzione delle norme, alcuna differenza – se non di gra-

do – tra legislazione, giurisdizione, amministrazione e autonomia privata. Corrispondentemente la dottrina pura del diritto «limita il compito dell'interpretazione giuridica alla pura e semplice interpretazione letterale, all'indicazione dei significati possibili secondo il senso delle parole, tra i quali poi chi applica la norma deve operare la sua scelta» (LARENZ, K. [50], 114). L'ordinamento giuridico come ordinamento normativo coincide senza residui con il sistema delle forme prestabilite per la produzione delle norme. Non vi è spazio cioè per un sistema giuridico che riguardi «il contenuto delle norme: ciò che esse descrivono e prescrivono», poiché «l'appartenenza al medesimo ordinamento non dimostra che una pluralità di norme costituisca un sistema» (IRTI, N. [43], 301). In altri termini, l'identificazione kelseniana di ordinamento e sistema significa propriamente riduzione o assorbimento del secondo termine nel primo, per cui «l'unità del diritto assume un nuovo e diverso significato: non più l'unità dei rapporti sociali, che dal basso si espande alle leggi e alla sistemazione scientifica, ma l'unità di un canone logico-giuridico ... Ma questa unità tace sul contenuto delle norme ... L'unità dell'ordinamento è neutrale rispetto alla costruzione del sistema» (IRTI, N. [43], 300-301). Tutto «ciò che il giurista considera come il suo proprio compito: l'interpretazione di massime e istituti giuridici e il perfezionamento del diritto “in conformità al senso”, qual è richiesto dalla concatenazione dei fatti (per mezzo dell’“analogia” o dello sviluppo di un principio giuridico) ... non può in alcun modo pretendere il rango di una “scienza”» (LARENZ, K. [50], 115), anzi è estraneo alla scienza e alla costruzione giuridica.

Nella «giurisprudenza dei concetti», invece, proprio a questo compito era preposto il sistema: dagli enunciati legislativi venivano tratti i concetti dogmatici (i concetti di ordine, secondo la terminologia di HECK, Ph. [39], 63). Questi ultimi, epagogicamente derivati dai concetti normativi, erano considerati cause o archetipi degli altri e dotati dello stesso carattere di normatività. Il sistema rispecchia, in tal modo, l'ordinamento normativo, ne è la riproduzione ordinata. Se l'interpretazione è conoscenza del diritto, la sistematizzazione è, a sua volta, una conoscenza alla seconda potenza: la conoscenza del già conosciuto. Essa, omogenea alla prima, è ritenuta idonea ad ulteriore attività conoscitiva (o produttiva) di altre e nuove norme che vanno a colmare le lacune e servono a decidere i casi non sussumibili ai concetti legali, in un processo di integrazione dell'ordinamento normativo che si svolge attraverso le due fasi – qualitativamente indifferenziate – dell'*analogia legis* e dell'*analogia juris*. Il sistema è dunque strumento per il completamento dell'ordinamento. Ma questa visione si è dimostrata illusoria, per un duplice ordine di ragioni. La prima ragione è lo scambio arbitrario tra «dogma nel senso di regola di comportamento decretata da un soggetto munito di potestà d'impero (e quindi modello vincolante di decisione per il giudice competente ad applicarla), e dogma nel sen-

so di dottrina, insegnamento confermati da un'autorità accettata come guida del pensiero» (MENGONI, L. [55], § 2). Lo scambio o, meglio, la confusione dei due significati deriva dal linguaggio della teologia medievale ed implica che il «dogma» sia concepito come costrittivo del pensiero, che sia pensato come l'unico vero, esclusivo di altri incompatibili punti di vista. L'influenza sul pensiero, proprio dell'insegnamento impartito al fine di conquistare l'adesione e il consenso, si converte – arbitrariamente – in valutazione pratica autoritativamente imposta al fine di determinare la volontà conformandola ad un modello di condotta. Ma i concetti dogmatici, che si aggruppano nelle tre classi delle fattispecie (tipi di azione), delle situazioni soggettive e delle vicende dei rapporti giuridici, non sono in realtà regole di comportamento, non offrono di per sé criteri di soluzione di questioni pratiche, non sono idonei, come tali, a porsi a base delle decisioni. Essi valgono soltanto come criteri o guide per la delimitazione semplificata e tipizzata dei problemi, sono soltanto orientativi per il pensiero giuridico volto alla configurazione di modelli di decisione o alla ricerca di nuovi modelli. La seconda ragione della illusorietà, o meglio della insostenibilità attuale, della dottrina pandettistica della normatività dei concetti dogmatici è che in essi erano immanenti i valori illuministici della società liberale-borghese che si andava costruendo (autonomia e responsabilità dell'individuo, proprietà privata, libertà contrattuale, libera concorrenza, Stato di diritto, primato della legge come concetto politico: come ideologia o mito della autolimitazione della libertà e della proprietà). La razionalità formale del sistema rappresentava, ad un tempo, l'espressione e la garanzia della società liberale-borghese, il cui ordine sociale si manteneva e si ricostituiva spontaneamente accogliendo gli sviluppi di un progresso concepito nel quadro di istituti relativamente semplici e stabili e di una volontà legislativa omogenea e costante. La crisi e il superamento della società liberale-borghese nel nostro secolo hanno rivelato l'aporia della costruzione dogmatica del sistema giuridico, ossia hanno disciolto l'identificazione tra concetti normativi e concetti dogmatici e quindi rivelato l'illusorietà o l'inganno della normatività di questi ultimi.

Non è questo il luogo per illustrare i vari fattori (economici, sociopolitici, istituzionali, giuridici) di questa crisi. Basti solo rammentare, sul piano strettamente giuridico, che l'avvento delle costituzioni, alle quali è vincolata e dalle quali è condizionata la validità della stessa legislazione, ha inferto un colpo mortale al positivismo legislativo, sottoponendo la legislazione ad un controllo di conformità a valori ad essa soprastanti e sottratti al mutamento sempre più veloce delle norme legislative, reso necessario dal vertiginoso sviluppo economico e dal sempre più conflittuale pluralismo sociale. Alla logica politica dei mezzi-fini che presiede alla legislazione si è perciò affiancata la diversa logica dei valori che è entrata a far parte dello stesso patrimonio della scienza giuri-

dico-positiva. Il metodo della «giurisprudenza dei concetti», proprio del gius-positivismo, è risultato inidoneo alla elaborazione della scienza giuridica che, proprio in quanto scienza, oltre alla conoscenza delle norme e dei fatti e alla formazione dei relativi giudizi, è comprensiva della possibilità di conoscenza dei valori e della formazione dei giudizi ad essi relativi. In definitiva il punto di non ritorno, il risultato sul quale oggi non sembra più possibile una seria discussione, è rappresentato dal riconoscimento che il sistema giuridico, inteso come sistema logico-deduttivo di concetti, e la relativa dogmatica non possono più essere gli unici strumenti di conoscenza del diritto inteso come un dato posto esclusivamente dal legislatore, a fronte del quale il giurista, e quindi l'interprete e il giudice – che è l'interprete privilegiato – svolgono un ruolo nettamente differenziato di semplice riproduzione passiva e applicazione della legislazione positiva. Tra *legis latio* e *legis executio* non vi può essere quella contrapposizione netta che ha caratterizzato in modo precipuo il positivismo giuridico e che ha trovato nello stesso sviluppo estremo di tale concezione la sua relativizzazione (Kelsen) e la sua dissoluzione. Se anche l'applicazione della legge è kelsenianamente produzione di norme (subordinate), essa non è però produzione arbitraria, come non può essere produzione arbitraria la stessa legislazione primaria. Il tratto comune che unisce la produzione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto e che contraddistingue qualsiasi giudizio giuridico – in forme e modi certamente diversi – è l'imprescindibile *momento della valutazione* che non può in alcun modo ridursi allo schema logico della mera deduzione.

2. IL SISTEMA E L'ERMENEUTICA

2.1. *Il superamento del positivismo giuridico e la trasformazione della «giurisprudenza degli interessi» in «giurisprudenza valutativa»*

2.1.1. *Il senso della partecipazione del giudice alla formazione del diritto.* – La crisi della concezione sistematica del diritto ha investito ambi i prodotti storici del pensiero sistematico: quello legislativo, ossia la codificazione (sul punto è d'obbligo il rinvio ai lavori di IRTI, N. [44]; ID., [43], 295 ss.; su cui v. LIPARI, N. [52], 154 ss., 160), e quello dottrinario, ossia il sistema logico-deduttivo o piramidale dei concetti giuridici. A cavallo tra la fine del secolo scorso e gli inizi del nostro, declinano in Francia la scuola dell'esegesi (che ignora la nozione di sistema, intendendo l'applicazione del diritto come attività preceduta semplicemente dall'interpretazione grammaticale e logica delle singole leggi), espressione dell'ottimismo della codificazione (contro il quale